

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Tânia Sofia Lopes Duarte

**A RESIDÊNCIA DA CRIANÇA EM CASO DE
DISSOCIAÇÃO FAMILIAR**

**Dissertação no âmbito do mestrado em direito com especialização
em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil
orientada pela Professora Doutora Sandra Passinhas e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Coimbra, 2022

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

A residência da criança em caso de dissociação familiar

CHILD'S RESIDENCE IN THE CASE OF FAMILY DISSOCIATION

Tânia Sofia Lopes Duarte

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos (conducente ao grau de Mestre), na Área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/ Menção em direito civil

Orientador: Professora Doutora Sandra Passinhas

Coimbra, 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Agradecimentos

Aos meus pais, por tudo o que fizeram e continuam a fazer por mim. Sem eles nada seria possível.

À Francisca, a minha sobrinha e afilhada que tanto adoro.

Por fim, à minha orientadora, Senhora Professora Doutora Sandra Passinhas, pela disponibilidade manifestada desde o início.

Muito obrigada por tudo.

Resumo:

Impõe-se reconhecer a criança como um ser dotado de direitos e de uma dignidade, que lhe é reconhecida desde o seu nascimento. Alicerçando-se todo o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais aquando do divórcio (ou separação dos progenitores) no superior interesse da criança, exige-se a ponderação, pelo Tribunal, de vários critérios e fatores de forma a tomar a decisão que permita à criança crescer de forma harmoniosa e saudável. Após a rutura da relação entre os progenitores, é necessário a regulação do exercício das responsabilidades parentais, versando essa regulação em três pontos essenciais, nomeadamente, a residência da criança, a prestação de alimentos ao filho e o direito de visita.

O presente estudo prende-se, precisamente, com a questão da residência da criança em caso de dissociação familiar. Com a Reforma de 2008, houve uma “remodelação” no regime jurídico das responsabilidades parentais e no divórcio. O apego, durante largo tempo, ao regime da residência única em detrimento da residência alternada implicou que muitas crianças ficassem a residir com a progenitora, em face do entendimento que esta seria a pessoa que melhor permitiria assegurar à criança o seu bem-estar e o seu crescimento harmonioso. No entanto, em virtude da evolução da sociedade, o homem tem cada vez mais um papel mais ativo na vida do seu filho. Nessa medida, impõe-se analisar ambas as modalidades de residência a que a criança pode ficar sujeita após o fim do vínculo conjugal dos seus progenitores e perceber o novo alcance do regime da residência alternada, que permite à criança estar com ambos os progenitores por períodos mais consistentes.

Palavras-chave: Responsabilidades parentais; Dissociação familiar; Superior Interesse da Criança; Residência.

Abstract:

The child must be recognized as being endowed with rights and dignity, which is recognized since its birth. Building the entire process of regulating the exercise of parental responsibilities at the time of the divorce (or separation of parents) in the child's best interest, it is demanded the weighting, from the Court, of many criteria and factors, in order to make a decision that allows the child to grow harmoniously and healthy. After the breakup of the relationship between the parents, it is necessary the regulation of the exercise of parental responsibilities, addressing this regulation in three essential points, namely the child's residence, the provision of food and the visiting right.

The present study is concerned, precisely, with the question of the child's residence in the case of family dissociation. With the 2008 reform, there was a "remodeling" in the legal regime of parental responsibilities and the divorce. The attachment, for a long time, to the single residence regime to the detriment of alternate residence implied that many children stayed with their mother, given the understanding that this would be the person who would best ensure the child's well-being and harmonious growth. However, due to the evolution of the society, the man has an increasingly active role in the life of his child. To this extent, it is necessary to analyze both types of residence to which the child may be subject after the end of the marital relationship of their parents, and understand the new scope of the alternative residence regime, that allows the child to be with both parents for more consistent periods of time.

Keywords: Parental responsibilities; Family Dissociation; Child's best interest; Residence.

Lista de Siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
al.	alínea
art./arts.	artigo/ artigos
CC	Código Civil
Cf.	confrontar
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Et. al.	et alii
Nº/nºs	número/ números
p./pp	página/ páginas
Proc.	Processo
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Índice

Agradecimentos.....	3
Resumo:	4
Abstract:	5
Lista de Siglas e abreviaturas	6
Introdução	8
1. Um breve percurso pela evolução do modelo de sociedade familiar	10
2. Responsabilidades parentais: o seu conteúdo	12
3. A regulação do exercício das responsabilidades parentais: no caso de dissociação familiar.....	15
4. A residência da criança	21
4.1 Modelos de residência da criança	22
4.2 Critérios para a fixação da residência da criança:	24
4.3 Residência alternada:.....	31
4.3.1 Condições necessárias para a fixação do regime de residência alternada: ..	35
a) O percurso pela jurisprudência portuguesa:.....	36
b) Alteração introduzida pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro - o debate em torno das propostas legislativas que levaram à referida alteração de regime:.....	42
c) Tomada de posição:.....	47
d) Direito espanhol.....	49
4.3.2 Prestação de alimentos e o regime de residência alternada.....	52
5. Alteração do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais.....	57
Conclusão:	62
Bibliografia	64
Jurisprudência portuguesa:	67
Jurisprudência espanhola:	69

Introdução

A evolução da sociedade originou profundas transformações na instituição familiar, transformações essas que alteraram não só a forma de olhar para a família como também para o casamento.

Face a estas transformações sociais, assiste-se cada vez mais a uma maior ocorrência de casos de divórcio na nossa sociedade. Não obstante, a relação matrimonial ter terminado, ambos os cônjuges continuam ligados quando dessa relação tenham resultado filhos em comum (a relação enquanto progenitores mantém-se). Ora, nas situações em que existem filhos ainda menores, impõe-se a respetiva regulação do exercício das responsabilidades parentais por acordo dos progenitores. Estando os progenitores em desacordo quanto a esse exercício caberá ao tribunal decidir.

O interesse pelo estudo desta matéria prende-se com as profundas alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Na verdade, a Reforma de 2008, veio reestruturar profundamente não só o regime jurídico do divórcio como também o regime do exercício das responsabilidades parentais.

A criança passou a estar no centro das atenções e do núcleo familiar e, portanto, é do ponto de vista do seu superior interesse que as responsabilidades parentais têm de ser definidas. Daqui resulta essencialmente que, não obstante o fim do vínculo conjugal, ambos os progenitores continuam a ter de assegurar não só o bem-estar como também o desenvolvimento harmonioso dos seus filhos.

Com o Diploma em causa deixou de ser acolhido o conceito de “guarda”, para passar a ser acolhido o conceito de residência e esta foi uma das principais alterações introduzidas pela Reforma de 2008. A questão de saber com quem a criança irá residir é fundamental no momento da regulação do exercício das responsabilidades parentais e é sempre objeto de alguma discussão entre os progenitores. Resulta que, só após as referidas alterações é que a residência alternada passou a ser encarada como uma possibilidade de residência a que o filho pode ficar sujeito aquando do divórcio dos pais. Recentemente, perante a nova Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, o legislador demonstrou a necessidade de tornar clara a possibilidade de fixação de tal regime, bem como o estabelecimento das condições para o seu decretamento.

Neste sentido, pretende-se num primeiro momento efetuar a análise, não só das alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, como também analisar a

evolução da jurisprudência relativamente à fixação da residência alternada, isto é, relativamente ao regime que tem sido, desde há muito tempo, objeto de uma acesa controvérsia.

O estudo debruça-se ainda sobre os critérios que têm de ser objeto de ponderação para fixação da residência da criança. Para além disso, pretende-se analisar esta questão noutras localizações, nomeadamente no ordenamento jurídico espanhol e acompanhar as diversas propostas legislativas que apareceram, entre nós, a propósito do regime de residência alternada, bem como o debate que à volta delas foi travado, que culminaram na nova Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro. Por fim, trataremos da questão da alteração da residência da criança no âmbito do processo de alteração das responsabilidades parentais. Assim, trataremos, em paralelo, dois pontos: a fixação da residência da criança em caso de dissociação familiar e sua mudança no âmbito da alteração do regime de regulação das responsabilidades parentais.

1. Um breve percurso pela evolução do modelo de sociedade familiar

Durante largo tempo, cada cônjuge assumia no seio da família uma função concreta e a criança tinha um papel particular dentro da mesma. A família conjugal modelava-se, assim, por uma desigualdade de estatuto. O homem, assumindo-se como o patriarca da família, exercia em exclusivo o poder paternal. A esposa tinha o papel de cuidadora, ou seja, cabia-lhe assegurar o bem-estar e conforto familiar dos seus filhos e do seu marido, estando completamente dependente do seu marido. Neste sentido, havia tradicionalmente, uma clara posição de superioridade de um dos cônjuges.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 concebeu, no entanto, um novo modelo de instituição familiar, mais igualitária, em virtude da consagração do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art.36º, nº3). O casamento passou a ser entendido como uma instituição, na qual os cônjuges “assumem espontaneamente comportamentos de confiança, de partilha, de colaboração e de auxílio mútuo”¹. Para além disso, passou a ser configurado como um meio onde se realizam pessoalmente e estão em igualdade quanto à “manutenção e educação dos filhos.”²

Em face deste princípio constitucional da sociedade familiar, foram introduzidas em 1977 diversas modificações ao Código Civil de 1966. Nessa medida, passou o exercício do poder paternal, no decurso do matrimónio, a pertencer a ambos os progenitores, acabando assim com a hierarquização que até então existia entre os cônjuges (art.1901º na versão dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro). Por outro lado, havendo o rompimento da comunhão conjugal, o poder paternal era atribuído ao progenitor a quem a criança fosse confiada (art.1906º, nº1³).

Entretanto, dois novos diplomas deram uma nova versão ao art.1906º do Código Civil. Particularmente referimo-nos à Lei n.º 84/95, de 31 de agosto. Não obstante, no nº1 do preceito em causa, se encontrar estabelecido que o poder paternal devia ser apenas desempenhado pelo progenitor a quem o filho fosse confiado, a norma passou a reconhecer a possibilidade de escolha, em caso de divórcio, pelo “exercício em comum do poder

¹ RITA LOBO XAVIER, Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, Almedina, 2012, p.510.

² Cf. Art.36º, nº3 da Constituição da República Portuguesa.

³ Cf. Art.1906º, nº1, na versão dada pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro.

paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio”⁴.

Mais tarde, o preceito assumiu uma nova versão, por força da Lei n.º 59/99, de 30 de junho. Passou, assim, a consagrar como regra, ainda que sob a dependência de acordo dos progenitores, o exercício em comum do poder paternal, em caso de divórcio dos cônjuges. Significa isto, que o juiz continuava impedido de estabelecer o exercício em comum do poder paternal contra a vontade de ambos os progenitores ou de um deles.

Em 2008, por força da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o regime do divórcio e o regime do poder paternal sofreram alterações fulcrais. No respeitante à relação entre pais e filhos, o diploma deixou de dar relevância à expressão “poder paternal” e acolheu o conceito de “responsabilidades parentais”, uma vez que o conceito em causa não se mostrava conforme à mutação da sociedade, nem traduzia as necessidades e os direitos da criança.

É de notar que, mesmo antes da Reforma de 2008, já várias vezes da doutrina⁵ se haviam pronunciado no sentido da alteração da expressão “poder paternal”. Esta expressão, nas palavras de Maria Clara Sottomayor, exprimia uma ideia de “posse, domínio e hierarquia” e tinha subjacente a “preponderância do pai que caracterizava a família patriarcal, definida pela posição hierarquicamente superior do chefe masculino, em relação à mulher e aos/às filhos/as”⁶.

Contudo, não parece ser de sufragar o entendimento segundo o qual se trata de um poder apenas exercido pelo pai. O referido termo “paternal” abrange ambos os progenitores e não apenas o pai, pelo que não podemos assumir a expressão de forma estritamente literal. Ou seja, a expressão seria usada, nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, “no seu sentido genérico, mais lato, como derivado, não de pater no singular, mas de patres, no sentido colegial de pai e mãe, como é, aliás, vulgar na linguagem corrente”⁷.

Ainda assim, a nova expressão “responsabilidades parentais” é de facto a mais adequada⁸, na medida em que evidencia melhor a igualdade de ambos os pais, no sentido de

⁴ Cf. Art.1906º, nº2, na versão dada pelo DL n.º 84/95, de 31 de agosto.

⁵ PAULO GUERRA/HELENA BOLIEIRO, *A criança e a família- Uma questão de direitos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2014, p.176. Consideram os autores que “o termo era infeliz pois exprimia logo a ideia (falsa) de um poder sujeição e de uma clara ascendência do pai homem”.

⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª edição, reimpressão, revista, aumentada e atualizada, Almedina, 2016, p.21-22.

⁷ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume V (artigos 1796.º a 2023.º)*, Coimbra Editora, 1995, p.331,

⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, Gestlegal, 7ª edição, 2020, p.260-261, afirma, em sentido oposto, que a “terminologia legal, poder paternal ou responsabilidades parentais, não é a mais

estarem ambos comprometidos na prossecução dos interesses dos filhos menores, entendidos como “sujeitos de direitos”, assegurando o seu bem-estar e o seu crescimento harmonioso.

Para além disso, permite centralizar o foco na criança. Este entendimento é reforçado pela Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, em que assentou a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que refere que “ao substituir uma designação por outra muda-se o centro da atenção: ele passa a estar não naquele que detém o “poder”- o adulto, neste caso- mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças”⁹. A criança passa assim a estar num patamar de idêntica dignidade em relação aos seus progenitores.

Neste sentido, com a Lei n.º 61/2008 adotou-se uma nova designação e, desta forma, o nosso ordenamento jurídico, está em absoluta concordância com vários diplomas internacionais, nomeadamente com a Convenção europeia sobre o exercício dos direitos da criança. A expressão em causa, segundo a Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais, traduz “o conjunto de poderes deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens”.

Para além disso, Portugal veio, assim, seguir com esta nova expressão, vários outros países da Europa que já haviam suprimido das suas legislações, designações semelhantes ao “poder paternal”.

2. Responsabilidades parentais: o seu conteúdo

A partir do estabelecimento da filiação, a relação de parentesco, transforma-se numa relação jurídica regulada pelo direito, produzindo, conseqüentemente, determinados efeitos jurídicos.

A relação entre pais e filhos envolve, desde logo, uma união de esforços, ou seja, implica uma cooperação e um dever de respeito entre os progenitores. Na verdade, os cônjuges encontram-se “reciprocamente vinculados pelo dever de respeito, fidelidade,

adequada”. Refere o autor que “o termo “parental” cria um equívoco. Leva a pensar que o exercício do poder paternal/responsabilidade parental pode competir, indistintamente, a qualquer parente, quando essa competência cabe (em princípio) só aos parentes no 1.º grau da linha recta ascendente.”

⁹ Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c637939595447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a5a6a5a6a566b5a44426b4c574d35596a41744e44686c4e4330344d3259334c54646d4d4441334f54526b4f574a6d4d69356b62324d3d&fich=6cf5dd0d-c9b0-48e4-83f7-7f00794d9bf2.doc&Inline=true>

coabitação, cooperação e assistência”¹⁰. Nessa medida, em função do dever de cooperação, os cônjuges têm de assumir “em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram.”¹¹ Para além disso, a relação matrimonial exige um dever de respeito. Que se traduz, de acordo com Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho¹², num dever que tem paralelamente uma vertente positiva e negativa. A vertente positiva, que é a que agora nos importa, é a vertente de se interessar pelo outro e pela sua família, ou seja, pelos seus filhos¹³. De notar, que tais deveres também se impõem aos vários tipos de organização familiar (por exemplo, união de facto), em virtude do princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, previsto no art. 36º, nº4 da CRP.

Sucedem que, esta relação de filiação gera vários deveres recíprocos (art.1874º do CC), nomeadamente o dever de respeito, assistência e auxílio. Desta decorrem, inclusivamente, vários efeitos, sendo o principal e temporário o exercício das responsabilidades parentais.

As responsabilidades parentais traduzem um “conjunto de poderes/deveres atribuídos legalmente aos pais”¹⁴, na medida em que, são estes, os que melhor conhecem as necessidades dos seus filhos, e, portanto, não podem renunciar às mesmas (art.1882º do CC). De acordo com o preceituado no art.36º, nº5 da Constituição da República Portuguesa, “os pais têm o direito e dever de manutenção dos filhos”. Significa isto, que tal atribuição resulta também da nossa lei constitucional.

Assim, segundo o art.1878º, nº1 do CC, “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros e administrar os seus bens”¹⁵.

¹⁰ Cf. Art. 1672º do Código Civil.

¹¹ Cf. Art. 1674º do Código Civil.

¹² PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, Vol. I, 5ª edição, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, p.410.

¹³ Em todo o caso, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, advertem que nesta vertente positiva não está em causa “o dever de cada um dos cônjuges amar o outro, pois a lei não impõe nem pode impor sentimentos.” Cf. Curso de Direito da Família, Vol. I, 5ª edição, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, p.411. Porém, importa referir que o cônjuge que demonstre um completo desinteresse pelo seu cônjuge e pela sua família desrespeita esse dever.

¹⁴ Ac. do TRP de 25-09-2018, Processo nº4597/16.5T8PRT-C.P1, Relator: Lina Baptista.

¹⁵ HUGO LEITE RODRIGUES, Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais, Coimbra Editora, 2011, p.31. Segundo o autor, o preceito “é uma lista exemplificativa que fornece as linhas de força das responsabilidades parentais, não sendo uma lista demasiado vaga nem tendo a desvantagem de ter a pretensão de ser uma lista exaustiva.” Acrescenta o autor que “caso se tratasse de um elenco fechado, as situações não previstas estariam fora das responsabilidades parentais, colocando, assim, em perigo o interesse do menor.”

Tal como destaca o preceito, os progenitores têm de exercer as responsabilidades parentais não no seu exclusivo interesse, mas no “interesse dos filhos”. Enquanto pais devem prestar todos os cuidados aos seus filhos e realizarem-se pessoalmente enquanto progenitores através dessa prestação de cuidados, da educação que dão aos mesmos e da sua preparação para o futuro.

Relativamente aos filhos, estes até atingirem os dezoito anos de idade¹⁶ (art.122º do CC) ou emancipação, através do casamento (art.132º e 133º do CC), estão submetidos às responsabilidades parentais, recaindo sobre eles o dever de obediência aos progenitores.

No entanto, recai sobre os progenitores o dever de atender à opinião das crianças “nos assuntos familiares importantes” e “reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”¹⁷, atendendo ao desenvolvimento gradual da sua maturidade. Tal explica-se pelo facto de se reconhecer à criança um papel decisivo na sua formação enquanto pessoa e na construção do seu futuro. O que ficou dito, permite-nos ressaltar a importância da sua audição aquando do divórcio dos progenitores. A criança que possua maturidade e aptidão para compreender o assunto em questão será sempre ouvida.

Relativamente ao conteúdo, as responsabilidades parentais compreendem elementos referentes à pessoa dos menores como também aspetos relativos à representação e administração dos bens da criança. Autores há que notam no conteúdo das responsabilidades parentais a distinção entre “aspeto interno” (a “função educativa”) e “aspeto externo” (a “função representativa ou substitutiva”)¹⁸.

Ora, as responsabilidades parentais traduzem-se num “conjunto de direitos e deveres” atribuídos aos progenitores, para que possam proteger os seus filhos e promover progressivamente a sua autonomia.

Segundo a maioria da doutrina, as responsabilidades parentais definem-se como um poder funcional¹⁹, “cujo exercício é obrigatório ou condicionado, em que se acentua a funcionalização dos direitos dos pais ao interesse dos/as filhos/as, os quais não estão na livre

¹⁶ No entanto, a maioridade do filho não é sinónimo de extinção da obrigação de prover ao sustento dos filhos, na medida em que se o filho ainda não houver terminado a sua formação profissional, essa obrigação mantém-se.

¹⁷ Cf. Art. 1878º, nº2 do Código Civil.

¹⁸ JORGE MIRANDA, Sobre o poder parental, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Livraria Almedina, Coimbra, Ano 32, Nºs 1-2-3-4, p.31.

¹⁹ ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, Vol.1, 10ª edição, Almedina, p.61. Entendendo que as responsabilidades parentais são “poderes funcionais ou direitos-deveres”, ou seja, “são direitos conferidos no interesse, não do titular ou não apenas do titular, mas também de outra ou outras pessoas e que só são legitimamente exercidos quando se mantêm fiéis à função a que se encontram adstritos.”

disponibilidade do titular do direito-dever”²⁰. Pelo contrário, outros autores configuram as responsabilidades parentais enquanto direitos subjetivos, na medida em que são também exercidas no interesse dos pais²¹ (estes “não são meros funcionários”²²) e não apenas no interesse das crianças.

Não nos parece o melhor entendimento, na medida em que nos direitos subjetivos os respetivos titulares têm a liberdade de decidir se vão exercer tais direitos e o modo como os vão exercer, ao passo que nas responsabilidades parentais, os seus titulares não são livres de as exercer e a sua atuação deve ser sempre no interesse dos filhos. Afirmo, Jorge Duarte Pinheiro que “a relevância (secundária) do interesse dos pais não basta para enquadrar as responsabilidades parentais na categoria dos direitos subjetivos”²³. Desta forma, e tal como reconhece o autor, as responsabilidades parentais definem-se como um poder funcional²⁴.

3. A regulação do exercício das responsabilidades parentais: no caso de dissociação familiar

As responsabilidades parentais traduzem-se em mecanismos jurídicos que simplificam o fornecimento dos cuidados que os progenitores dão aos seus filhos.

O regime do exercício das responsabilidades parentais tem na sua base a diferenciação entre atos da vida corrente e questões de particular importância. Na vigência do casamento ou quando os progenitores vivem em união de facto, os dois exercem as responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância e quanto aos atos da vida corrente (art.1901º e art.1911º do CC). Quer isto dizer que o princípio constitucional da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento (art.36º, nº4 da CRP)

²⁰ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 6ª edição, Almedina, 2016, p.24.

²¹ JORGE MIRANDA, “Sobre o poder paternal” in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano 32, N.1/2/3/4, jan./dez., 1990, p.35. Sobre o ponto, o autor invoca o entendimento do Prof. Gomes da Silva que advertia a existência de, “pelo menos, um interesse dos pais à realização da sua personalidade por terem filhos e os criarem, um interesse dos pais em se projetarem para o futuro através dos filhos, que deve merecer da ordem jurídica uma elevada consideração.”

²² JORGE DUARTE PINHEIRO, O direito da família contemporâneo, 7ª edição, 2020, GESTLEGAL, p.267-268.

²³ JORGE DUARTE PINHEIRO, O direito da família contemporâneo, 7ª edição, 2020, GESTLEGAL, p.268.

²⁴ Neste sentido, Cf. FRANCISCO PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, Vol. I, 5ª edição, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 179. Segundo os autores, “os direitos familiares pessoais não são direitos subjetivos propriamente ditos mas poderes funcionais, poderes-deveres, e como tais irrenunciáveis, indisponíveis, etc.” Tal como afirma Antunes Varela, tais deveres são “prescritos no exclusivo interesse da outra parte; são verdadeiros deveres morais impostos também, se não principalmente, no interesse da própria pessoa vinculada e ainda no interesse superior da sociedade conjugal ou comunidade familiar.” Cf. ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, Vol.1, 10ª edição, Almedina, p.199.

foi, neste ponto, respeitado pelo legislador. Denote-se, inclusivamente, que desde há alguns anos, nascem mais crianças fora do casamento do que dentro do mesmo. Ou seja, o casamento deixou, com o decurso do tempo, de ser entendido como uma condição necessária para que o casal tenha filhos.

Ora, se houver discordância entre os progenitores sobre as questões de particular importância, “pode qualquer deles requerer ao tribunal a resolução do diferendo”²⁵ (art. 1901º, nº2 do CC). Há lugar a uma tentativa de conciliação pelo tribunal. No entanto, não sendo a mesma possível, nos termos do nº3 do art.1901º, “o tribunal ouvirá o filho, antes de decidir, salvo quando as circunstâncias o desaconselhem”.

Sucedem que se um dos pais praticar um ato que esteja integrado no exercício das responsabilidades parentais, significa que o outro deu consentimento desse ato e, portanto, não se pode desonerar das suas responsabilidades (art.1902º do CC).

Diferente é a questão do exercício das responsabilidades parentais em caso de dissociação familiar. Na hipótese de rutura da vida em comum, por divórcio ou separação dos pais (rutura da união de facto ou até pais que nunca viveram juntos), torna-se imprescindível a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

O processo da respetiva regulação, sendo um processo tutelar cível especial, encontra-se previsto nos arts.34º e ss. do Regime Geral do Processo Tutelar Cível²⁶ e arts.1905º e ss. do CC. Traduz-se num processo de jurisdição voluntária, nos termos do art.12º do RGPTC.

Daqui resulta que “o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna” (art.987º do CPC). Ou seja, existe apenas um determinado interesse que se pretende ver acautelado, que é o superior interesse da criança, pelo que o juiz vai resolver cada caso concreto com base em critérios de oportunidade e conveniência, decidindo em conformidade com esse interesse, não cuidando acautelado o interesse dos progenitores. Para o efeito, o juiz poderá solicitar a realização de certas diligências e requerer determinadas informações que considere imprescindíveis para a tomada da decisão, como também reputar como inúteis certas diligências.

²⁵ Art.44.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

²⁶ Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que revogou o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, que aprovou a Organização Tutelar de Menores.

Isto significa que o juiz aprecia livremente o processo. No entanto, tal não significa arbitrariedade ou discricionariedade. O juiz investigará os factos e procurará a veracidade dos mesmos, não estando, para o efeito, circunscrito à prova requerida e apresentada pelas partes. A finalidade única do processo é a tomada de uma decisão conforme ao interesse da criança e às suas necessidades.

Os cônjuges quando estão de acordo quanto ao divórcio e também quanto aos acordos complementares, ou seja, quando ambos pretendem divorciar-se por mútuo consentimento, devem, havendo filhos menores, acordar sobre o exercício das responsabilidades parentais, caso este não tenha sido anteriormente objeto de regulação judicial (art.1775º, nº1).

O Conservador (uma vez que o divórcio é requerido na Conservatória do Registo Civil) irá enviar este acordo ao Ministério Público “junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória”²⁷, no intuito de obter a pronúncia deste, no prazo de 30 dias, no sentido de o acordo acautelar ou não os interesses do(s) filho(s). Se o acordo acautela o interesse do menor ou o Ministério Público, por considerar que o acordo não é conforme aos interesses da criança, sugere alterações e os pais apresentam novo acordo e este, depois de considerado pelo Ministério, acautelar os interesses da criança, o Conservador irá decretar o divórcio, “procedendo-se ao correspondente registo”²⁸, ao abrigo do disposto no nº3 do art.1776.º-A.

No entanto, nas situações em que os progenitores não se conformam com as alterações apontadas pelo Ministério Público, haverá uma remessa do processo de divórcio para o “tribunal de comarca a que pertença a conservatória, seguindo-se os termos previstos no art.1778.º-A”²⁹. E, assim, estaremos perante um divórcio por mútuo consentimento judicial por remessa, cabendo, conseqüentemente, ao juiz decidir a questão na medida em que os progenitores não chegaram a acordo digno de homologação. Só haverá decretamento do divórcio quando o juiz fixar “as conseqüências do divórcio nas questões referidas no nº1 do artigo 1775º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo (...).”³⁰

Estando em causa um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, os progenitores devem chegar a um acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, tendo o mesmo de ser homologado pelo tribunal. Ou, se pelo contrário, os progenitores não

²⁷ Cf. Art.1776.º-A do Código Civil.

²⁸ Cf. Art.1776.º, nº1 do Código Civil.

²⁹ Cf. Art.1778.º do Código Civil.

³⁰ Cf. Art.1778º-A, nº3 e 5 do Código Civil.

chegarem a acordo, incumbe ao juiz a fixação do regime do exercício das responsabilidades parentais, tendo em conta o interesse do menor, segundo o disposto nos arts.38º e ss. do RGPTC e art.1906º do CC.

Em todo o caso, a modalidade de divórcio em causa não influencia no regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais, consagrado na lei. Vejamos.

O art.1906º, nº1 do CC dispõe que: “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”. Assim, “pela primeira vez, o legislador confere ao tribunal o poder de impor o exercício em comum das responsabilidades parentais, quer contra a vontade de um dos progenitores, quer contra a vontade de ambos”³¹.

Neste sentido, o exercício em comum das responsabilidades parentais relativamente às questões de particular importância é considerado regime-regra. O legislador de 2008 visou, com esta alteração, acentuar a participação e a igualdade de ambos os pais na vida da criança, com o objetivo de impedir que a dissolução do casamento dos cônjuges (ou dissolução da união de facto) provocasse o fim do vínculo parental.

Não nos dá o legislador um conceito de “questões de particular importância”. Porém, tais questões traduzem-se em assuntos de maior relevo para a vida da criança, ou seja, resumem-se “a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”³². O elenco das situações que terão que ser tomadas por ambos os progenitores tem suscitado um grande debate jurisprudencial e doutrinal.

Segundo Guilherme de Oliveira, as questões de particular importância “serão sempre acontecimentos raros”³³. Neste segmento, os progenitores “apenas terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a

³¹ HELENA GOMES DE MELO...[ET AL.], Poder paternal e responsabilidades parentais, 2ª edição, Lisboa: Quid Juris, 2010, p.56-57.

³² Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº509/X, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c637939595447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a5a6a5a6a566b5a44426b4c574d35596a41744e44686c4e4330344d3259334c54646d4d4441334f54526b4f574a6d4d69356b62324d3d&fich=6cf5dd0d-c9b0-48e4-83f7-7f00794d9bf2.doc&Inline=true>

³³ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 7, N.13, 2010, p.23.

vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões”³⁴.

Repara-se, no entanto, que as questões de particular importância³⁵ mais do que se traduzirem em “questões existenciais graves e raras”, são questões importantes para a criança, isto é, suscetíveis de alterar o seu futuro, bem como o seu desenvolvimento. Ora, por se tratar de questões tão relevantes têm de ser tomadas por ambos os progenitores. Ou seja, um deles não pode tomar tais decisões, sem o consentimento do outro, na medida em que não se presume tal consentimento.

O Tribunal pode, no entanto, recusar, através de um juízo fundamentado, o exercício conjunto das responsabilidades parentais atinentes às questões de particular importância, estabelecendo que o mesmo seja atribuído a apenas um dos pais (art.1906º, nº2 do CC), sem prejuízo de o mesmo ter de informar e consultar o outro progenitor das decisões tomadas. Ou seja, o progenitor a quem foi conferido o exercício (exclusivo) das responsabilidades parentais não pode exercê-las de forma discricionária. As várias situações que podem justificar o exercício exclusivo das responsabilidades parentais contemplam uma certa gravidade e são indicadoras da falta de aptidão do progenitor para cuidar do(s) filho(s), pensemos nomeadamente nas situações de violência doméstica ou “outras formas de violência familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças”³⁶.

Por outro lado, há que ter em conta que os cônjuges aquando do divórcio não podem estabelecer por acordo que o exercício das responsabilidades parentais caberá somente a um dos pais, na medida em que só ao tribunal cabe essa decisão, decisão essa devidamente fundamentada. Dito por outras palavras, não podem os progenitores afastar de forma voluntária, o regime-regra.

Note-se, no entanto, que o tribunal pode, atendendo à vontade dos progenitores expressa no acordo e perante aquele caso em concreto, conferir o exercício exclusivo, por considerar que o exercício comum das responsabilidades parentais é prejudicial ao interesse

³⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, N.13, 2010, p.23.

³⁵ HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *A criança e a família- uma questão de direito(s)*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2014, p.196-197. Enumeram os autores “alguns possíveis exemplos dessas questões de particular importância”, dos quais destaco: “decisão sobre intervenções cirúrgicas (inclusive as estéticas); saída do filho para o estrangeiro, não em turismo mas em mudança de residência, com algum carácter duradouro; (...) Obtenção de licença de condução de ciclomotores; Escolha de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho (...).”

³⁶ Cf. Art.1906.º-A do Código Civil.

do menor. Isto quer dizer que, o tribunal “não se limita a aceitar o acordo, apenas por ser acordo espontâneo dos pais ou por ser bom manter os interessados de acordo.”³⁷ O tribunal limita-se sim a tomar a decisão atendendo ao superior interesse dos menores.

Por outro lado, os atos da vida corrente, são os atos da vida quotidiana do menor³⁸ e, portanto, ocorrem com muita frequência. Não há também uma noção deste conceito, em face da variabilidade de situações que englobam a vida da criança.

A decisão sobre estas questões é muitas vezes momentânea e, portanto, o exercício cabe ao progenitor com quem a criança vive habitualmente ou ao progenitor não residente.

No entanto, o exercício de tais atos por parte do progenitor não residente está condicionado, ou seja, nos termos do nº3 do art.1906º, o progenitor com quem a criança se encontra temporariamente, “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”.

O progenitor com quem a criança reside habitualmente pretende inculcar-lhe determinadas regras e valores, de forma a dar à criança os alicerces para a formação do seu “eu”, ou seja, todas as bases para sedimentar a sua personalidade. Com efeito, o progenitor que não habita de forma regular com o menor, deve observância a essas regras, respeitando quer o outro progenitor, quer a criança, na medida em que contribui para a estabilidade da vida da mesma (ainda que nada o impeça de demonstrar o seu desacordo perante as regras).

Nos termos do nº4 do art.1906º do CC, “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”. De acordo com alguma doutrina, este preceito permitiu a delegação do exercício de tais atos a “terceiros cuidadores”³⁹, na falta dos pais por motivos profissionais, ou por outras razões igualmente atendíveis. Por outro lado, outra doutrina considera que com esta norma procurou a lei estabelecer “uma solução para as “famílias

³⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio” in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra Editora, p.24.

³⁸ Estão abrangidas todas as decisões quanto à disciplina do menor; à sua alimentação; decisões sobre atividades e ocupação de tempos livres, os contactos sociais; transporte para a escola; acompanhamento nos trabalhos escolares; as decisões relativas à higiene diária, ao vestuário e calçado; as decisões sobre idas ao cinema e saídas à noite, consultas médicas de rotina como também decisões sobre o uso e a utilização de tecnologia. Cf. *GUIA PRÁTICO DO DIVÓRCIO E DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS*, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p.76, disponível online, em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/GuiaDivorcioRespParent_v103.pdf

³⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª edição, revista, aumentada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016, p.323.

recombinadas”, isto é, pretendeu “autorizar o progenitor com quem o filho vive, ou com quem ele se encontra temporariamente, a delegar os seus poderes de exercício, livremente, num novo cônjuge ou companheiro”⁴⁰.

Tendo como plano de fundo estas considerações, importa referir que a regulação do exercício das responsabilidades parentais tem de incidir sobre três pontos essenciais, nomeadamente: a residência do menor, o convívio com o progenitor não residente e o montante da prestação de alimentos que será dado à criança.

O nosso propósito será, apenas, de concretizar uma destas questões, isto é, a questão da residência da criança. Após a rutura da relação, os progenitores deixam de residir em conjunto, e, nessa medida, a questão de saber com quem é que a criança irá residir revela-se fundamental para concretizar o contacto que cada um dos progenitores tem com a criança. Não obstante, o nosso foco ser a questão da residência da criança, iremos igualmente atender à relação desta questão com os outros pontos essenciais da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

4. A residência da criança

A fixação da residência da criança reveste uma importância fundamental, desde logo por ter influência nos restantes pontos essenciais da regulação do exercício das responsabilidades parentais. De facto, concretiza o grau de proximidade ou ligação que cada progenitor tem com a criança.

Com a Reforma de 2008, o legislador suprimiu a expressão “guarda”, passando a dar destaque ao conceito de “residência”. A este propósito, Maria Clara Sottomayor diz-nos que o legislador com esta eliminação do conceito, pretendeu “atender a pressões de grupos de pais-homens divorciados”, demonstrando “que não adotou o sistema antigo de guarda única, utilizando um conceito mais asséptico e vazio - a residência- que não teria as conotações exclusivistas do conceito de guarda”⁴¹.

De facto, antes das alterações protagonizadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, um dos pontos essenciais da regulação do poder paternal era a fixação da guarda da criança. A fixação da guarda da criança incluía concretizar com qual dos progenitores iria residir a

⁴⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, N.13, 2010, p.25-26.

⁴¹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 6ª edição, revista, aumentada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016, p.26.

criança e a quem caberia o exercício do poder paternal. Ou seja, existia uma conexão direta entre a guarda e o exercício do poder paternal.

Pelo exposto, com a alteração conceitual passou a existir uma diferenciação entre o exercício das responsabilidades parentais e a determinação da residência da criança.

A nossa posição vai no sentido de louvar esta mudança conceitual, na medida em que não existe assim qualquer possibilidade de confusão com a questão do exercício das responsabilidades parentais. Particularmente importante a este ensejo é então a questão de saber com quem a criança irá residir, em caso de dissociação familiar.

4.1 Modelos de residência da criança

Na hipótese de rutura da relação em comum, por divórcio ou separação dos progenitores, ainda que o exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância pertença a ambos os pais, pode a criança ficar a residir somente com um dos progenitores. É a designada residência única, que determina que a criança viva junto de um dos pais, tendo o outro progenitor apenas direitos de visita (art.1906.º, nº5 do CC).

O direito de visita traduz-se no direito de o progenitor não residente continuar a relacionar-se com o seu filho. Ou seja, permite-lhe manter e desenvolver o vínculo familiar e afetivo com o mesmo, dar-lhe amor, atenção e os valores necessários para sedimentar a sua personalidade. Caso contrário, o corte radical da relação da criança com o progenitor seria prejudicial para a mesma em todos os sentidos, quer a nível pessoal, psicológico e relacional. Ora, tal direito concretiza-se na possibilidade de o progenitor poder ter a criança consigo durante um curto espaço de tempo, em regra aos fins de semana, dias festivos, como por exemplo, o aniversário da criança, do progenitor, ou nas férias do menor (da Páscoa, Natal e férias de verão), permitindo suprimir a falta de contacto diária. Pode, inclusivamente, ser acordado por ambos os progenitores, a visita do progenitor não residente sempre que o mesmo entender, desde que comunique ao progenitor residente com alguma antecedência.

O que ficou dito, permite-nos convocar o princípio constitucional segundo o qual “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”⁴². Na hipótese de não

⁴² Artigo 36º, nº6 da Constituição da República Portuguesa.

cumprimento dos seus deveres enquanto progenitores, o direito de visita pode ser suspenso ou mesmo excluído em face do superior interesse da criança⁴³.

Outra possibilidade, é o designado modelo de residência alternada, em que a criança reside um período com a mãe e outro período com o pai, podendo esse período ser mensal, semanal ou mesmo quinzenal (sendo o mais usual o estabelecimento da residência alternada, semanalmente entre o pai e a mãe). Tal modelo permite às crianças crescerem e interagirem com ambos os progenitores por períodos de tempo regulares. Ou seja, permite à criança conservar a relação afetiva com ambos os progenitores (e com os familiares de cada um deles, pensemos nomeadamente nos avós, apelidados muitas vezes como segundos pais) na medida em que está próxima de cada um deles.

Nas palavras de Alexandra Anciães e Rute Agulhas⁴⁴, esta partilha entre ambos os progenitores “não tem de ser 50/50 ou semanal”. Basta para ser considerada equitativa “que a criança passe, pelo menos, 35% do tempo com um dos pais”. Assim, como diria Guilherme de Oliveira, “a residência alternada não é mais do que a expressão visível (...) daquilo que verdadeiramente importa: a partilha das responsabilidades”⁴⁵.

Uma outra alternativa é a guarda e a residência do menor ser confiada a terceira pessoa (pensemos, por exemplo, nos avós paternos ou maternos), cabendo a esta o exercício das responsabilidades dos progenitores (art.1907.º do CC). Ou seja, neste caso, entende-se que a terceira pessoa se encontra em melhores condições de assegurar a estabilidade da criança e o seu saudável desenvolvimento (sem prejuízo, de continuar a relacionar-se com os seus progenitores).

Esta possibilidade deriva ou do acordo dos progenitores, por decisão judicial ou “quando se verifique algumas das circunstâncias previstas no art.1918º do CC”, ou seja,

⁴³ Saliente-se, igualmente, que quando o progenitor que reside habitualmente com a criança não cumpre “o regime de visitas, criando significativas dificuldades ao convívio entre a menor e o seu pai, há que declarar o seu incumprimento, justificando-se a aplicação do disposto no art.41º do RGPTC, onde se estatui que se relativamente à situação da criança um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Min. Público ou do outro progenitor, condenar o remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos”. Cf. Ac. do TRP de 15/12/2020, Processo nº 2148/15.8T8GDM-D.P2, Relator: Rodrigues Pires.

⁴⁴ ALEXANDRA ANCIÃES/ RUTE AGULHAS, “Residência alternada: Nem sempre sim, nem sempre não”, disponível online em <https://pontosj.pt/especial/residencia-alternada-nem-sempre-sim-nem-sempre-nao/>

⁴⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a Residência Alternada (considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República-2020)”, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/styled/>

“quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais”⁴⁶.

Além-fronteiras, existe ainda uma outra hipótese, considerada muitas vezes transitória, chamada “Bird’s nest arrangement”⁴⁷, em que a criança se mantém a residir na sua residência habitual e os progenitores vão-se alternando. A criança continua assim a estar no conforto da residência em que viveu com os pais durante o casamento dos mesmos, a frequentar a mesma escola e a ter o mesmo grupo de amigos. Compreende-se o caráter provisório do modelo, em face da inviabilidade deste a longo prazo devido ao surgimento de novos parceiros na vida de cada progenitor e à conseqüente reconstituição familiar.

4.2 Critérios para a fixação da residência da criança:

O art.1906º, nº5 do CC estabelece que, em casos de dissociação familiar, compete ao tribunal determinar a residência da criança, bem como os direitos de visita do progenitor não residente.

Concita-se, então, uma dúvida: quais os critérios utilizados pelo tribunal para a fixação da residência da criança. O principal critério apontado para a definição da residência da criança, é o superior interesse da criança. Tal critério visa criar as condições para o seu desenvolvimento, na medida em que a criança é um ser em permanente evolução. Na verdade, este é o “critério orientador que deve guiar o juiz em qualquer decisão relativa ao exercício das responsabilidades parentais”⁴⁸. Ou seja, é a base que enforma todo o processo de regulação do regime do exercício das responsabilidades parentais.

O superior interesse da criança deve ser perspectivado em função de cada criança em concreto, dado o sentido amplo deste conceito e, portanto, necessita de ser densificado (cada criança assume necessidades diferentes em função da realidade em que vive). Traduz-se assim numa tarefa complexa, que requer a convocação de determinados critérios previstos pelo legislador. Assim sendo, o julgador deve ter em conta todas as circunstâncias que rodeiam cada criança, de forma a tomar uma decisão que garanta e promova o seu desenvolvimento integral. A este propósito, Helena Gomes de Melo [et al.], refere que “a

⁴⁶ Cf. Art.1918º do Código Civil.

⁴⁷ PERSIA WOOLLEY, “Shared Custody- Demanded by Parents, Discouraged by Courts”, Family Advocate, vol.1, nº1, 1978, p.8.

⁴⁸ Acórdão do TRL de 7 de novembro de 2013, Processo nº 7598/12.9TBCSC-A.L1-6, Relator: Maria de Deus Correia.

prosecução do interesse do menor, em caso de ruptura de vida dos progenitores, tem sido entendida em estreita conexão com a garantia de condições sociais, morais e psicológicas, à margem da tensão e dos conflitos que eventualmente oponham os progenitores⁴⁹”.

Note-se que estamos a lidar com a vida de uma criança, criança essa que tem interesses diferentes de outra, podendo esses próprios interesses modificarem-se, com a repercussão do tempo. A noção de interesse da criança é evolutiva, ou seja, varia consoante as diversas variações da realidade.

O critério apontado apoia-se no artigo 1906º, nº8 do Código Civil, no art.40º, nº1 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, bem como no art.3º da Convenção sobre os Direitos das Crianças⁵⁰. Tal como dispõe este último preceito “todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Ora, se é verdade que o princípio do superior interesse da criança assume uma importância crucial no momento da decisão sobre a fixação da residência da criança, não é menos verdade que para a sua concretização torna-se imprescindível ouvir a criança, pelo que há que perceber em que é que se traduz este corolário.

A criança é titular do direito a ser ouvida⁵¹. O que está subjacente no art.4º e 5º do RGPTC, é o reconhecimento da sua “capacidade de compreensão dos assuntos em discussão”, embora essa capacidade esteja condicionada pela sua idade e pela sua maturidade⁵². A audição da criança permite perceber a sua perspectiva sobre as questões, nomeadamente sobre uma possível decisão do Tribunal, os seus objetivos, necessidades, a sua vivência diária, compreender se a criança tem laços de proximidade com outros familiares, nomeadamente com os avós (maternos e/ou paternos), bem como outras informações consideradas pertinentes. É claro que daqui não resulta que a decisão que venha

⁴⁹ HELENA GOMES DE MELO [ET AL.], Poder paternal e responsabilidades parentais, 2ª edição, revista, atualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris, 2010, p.65.

⁵⁰ Adotada em 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

⁵¹ Cf. Art.5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, art.12º da Convenção sobre os Direitos da Criança e art.84º da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo.

⁵² Refira-se que, anteriormente, configurava-se obrigatória a audição da “criança e jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe” (Cf. Art.84º, nº1 da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro). No entanto, Portugal influenciado pelas diretrizes internacionais, nomeadamente pela Convenção Europeia dos Direitos das Crianças, eliminou a fixação do limite dos 12 anos de idade. Consequentemente, deixou de haver um limite mínimo de idade, embora a opinião da criança só possa ser tida em conta quando esta tenha capacidade para compreender as questões objeto de discussão.

a ser adotada pelo tribunal tenha de corresponder à vontade da criança. Ela influencia essa decisão e, portanto, deve ser tida em conta⁵³.

Assim, nos termos do n.º6 do art.5º do RGPTC, “sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento.”⁵⁴

Neste contexto, a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro adicionou ao art.1906º do Código Civil o atual n.º9, que dispõe que “O tribunal procede à audição da criança, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível”. Ao aditar este número ao preceito em causa, o legislador pretendeu fortificar, ainda mais, a importância da audição da criança pelo tribunal nas decisões que contendam diretamente com a sua vida, na medida em que o exercício do direito de audição da criança já estava expressamente consagrado na Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

Ora, a lei estipula ainda dois critérios que permitem concretizar o conceito de superior interesse da criança, nomeadamente o acordo apresentado pelos pais no tocante à fixação da residência, bem como a “disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”⁵⁵.

O princípio da consensualização⁵⁶ é um dos princípios pelo qual se rege o processo tutelar cível. De facto, configura-se mais simples resolver um conflito vivenciado pelos pais mediante o consenso entre os mesmos. Assim, o juiz como forma de obter esse consenso e a atenuar o processo complexo do divórcio (inclusivamente para a criança), pode “determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação”⁵⁷. No fundo, ainda que não se possa obrigar os progenitores a chegarem a um acordo, pelo menos deve dar a conhecer a mediação familiar, nomeadamente os objetivos desses serviços. De acordo com

⁵³ Saliente-se, a este propósito o Ac. do TRG de 20-03-2018 (Proc. n.º1910/16.9T8BRG-A.G1, Relator: Margarida Sousa), que considerou e acolheu, em função do superior interesse, a vontade da criança. Pode ler-se no sumário do mesmo que, “no âmbito da regulação das responsabilidades parentais, é em prol da criança que a decisão deve ser proferida, é no futuro da criança que a decisão se vai refletir- ela é o sujeito no centro de todo o processo conducente à decisão-, pelo que a sua vontade, desde que não sujeita a distorções externas, nem reveladora da falta de perceção adequada de riscos visíveis para o julgador- isto é, depois de devidamente valorada no contexto em que foi assumida e em função do seu superior interesse -, deve ser acolhida na decisão a proferir.”

⁵⁴ O art.5º do RGPTC explicita ainda no seu n.º7, as regras para a “tomada de declarações” por parte da criança.

⁵⁵ Cf. Artigo 1906º, n.º5 do Código Civil.

⁵⁶ Assume, igualmente uma importância crucial, no que se refere ao processo de promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo (artigo 36º, da Lei n.º147/99, de 1 de setembro).

⁵⁷ Art.24º, n.º1 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Maria Clara Sottomayor, a mediação familiar “pretende ser um meio extrajudicial e informal de resolução dos conflitos parentais que estimula a cooperação entre as partes, permite a estas exprimir as suas emoções e elimina a hierarquia que caracteriza a relação juiz/parte e advogado/cliente, revelando-se um processo mais humano do que o sistema judicial”⁵⁸.

Por outro lado, na hipótese de os progenitores recusarem a intervenção da mediação familiar, o juiz tem a possibilidade de determinar a audiência técnica especializada, que nos termos do n.º2 do art.23.º do RGPTC, “consiste na audição das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo (...), que melhor salvaguarde o interesse da criança”.

Em suma, tal critério significa que não se pode deixar de ter em conta a perspetiva dos pais relativamente ao futuro dos seus filhos. Aliás, é aos progenitores que compete decidir o que consideram ser o melhor para a criança, na medida em que são as pessoas que melhor conhecem a criança e só eles sabem o que lhes podem proporcionar de melhor. Daqui resulta, a importância da proteção da autonomia e da intimidade familiar. Assim, cabe ao tribunal determinar a residência da criança atendendo ao acordo dos pais⁵⁹.

Ora, o critério da “disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”, tem o propósito de assegurar que, mesmo depois da rutura do vínculo conjugal dos progenitores, a criança continue a manter o contacto e uma ligação afetiva forte com ambos os pais (em moldes semelhantes aos que tinha antes da dissociação familiar). Daqui se depreende que ambos os pais devem estar envolvidos na vida da criança e zelar pelo seu bem-estar e pelo seu desenvolvimento, de forma a atenuar as consequências do divórcio. Importa considerar que este critério não existia antes da Reforma de 2008. A introdução e a valorização de tal vetor traduz assim, segundo Guilherme de Oliveira, um “corolário da preferência pela responsabilização conjunta e pela manutenção

⁵⁸ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades parentais nos Casos de Divórcio*, 8ª edição, 2021, Edições Almedina, pág. 53-54.

⁵⁹ Maria Clara Sottomayor considera que o “art.1906º, n.º5 parece (...) ter retirado força jurídica ao acordo dos pais, no que diz respeito à determinação da residência e do regime de visitas, pois refere-se ao acordo como um factor a ter em consideração pelo juiz na decisão e não como um modo de regulação do exercício das responsabilidades parentais sujeito a homologação judicial, conforme a redação anterior do art.1905º, n.º1. Neste sentido, sustenta a autora que se verifica “uma contradição entre as normas do RGPTC, que continuam na linha da antiga OTM, a considerar o acordo como um modo de regulação distinto da decisão judicial, e o art.1906º, n.º5, que parece sugerir que o juiz não pratica um ato de homologação ou de recusa de homologação do acordo, seguido de decisão judicial na segunda hipótese, mas decide sempre a questão através de uma sentença reguladora, podendo divergir do acordo dos pais, em função de outras circunstâncias”. Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das Responsabilidades parentais nos Casos de Divórcio*, 8ª edição, 2021, Edições Almedina, pág. 47.

dos contactos entre o filho e os dois progenitores”⁶⁰. Podemos concluir que se o julgador se apercebe que um dos progenitores é mais hostil em relação ao outro, significa que o primeiro pode criar mais dificuldades ao contacto da criança com o outro progenitor se a residência da criança lhe for atribuída. Não se pode admitir que um dos progenitores coloque barreiras à manutenção do contacto da criança com o outro progenitor, pois tal colocaria em causa o superior interesse da criança.

Podemos assim constatar, através dos critérios enunciados, da cada vez maior necessidade de ambos os progenitores estarem presentes e envolvidos na vida da criança.

A ponderação do critério do superior interesse da criança pelo tribunal (atendendo à disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro, bem como ao acordo de ambos), não é suficiente. Dito de outro modo, a determinação da residência da criança é uma tarefa de enorme complexidade, que não se basta com a convocação de um único critério. A tarefa exige, pois, a ponderação não só de uma série de outros fatores, como também uma análise concreta do caso, a menos que se exclua um dos progenitores por alguma circunstância evidente.

Pela jurisprudência dos nossos tribunais surgiu (no sentido de orientar o julgador), o designado critério da presunção ou preferência maternal, que atribuída em caso de rutura do vínculo conjugal, o exercício das responsabilidades parentais em exclusivo à mãe, nomeadamente quando estavam em causa crianças mais pequenas⁶¹. Este critério parte da ideia de que a mãe, “por razões biológicas e sociológicas, seria o progenitor mais apto a cuidar dos filhos e a satisfazer as suas necessidades físicas, emocionais e psicológicas (...).”⁶² A partir da Reforma de 1977, passou, de facto, a haver esta clara preferência pela figura materna, motivada pelo término da superioridade do homem.

A verdade é que este deixou de ser um critério a atender, uma vez que não compadecia com o princípio da igualdade dos progenitores, nomeadamente previsto no

⁶⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, nº10, 2008, p.69.

⁶¹ Na verdade, este critério da “tenra idade” teve a sua origem nos Estados Unidos. Durante largo tempo, não era reconhecida capacidade judiciária nem de exercício à mulher, em virtude do casamento. Nas palavras de Ângela Cerdeira, ambos os cônjuges constituíam um só e isso decorria “de inspiração bíblica” (Cf. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, 2000, p.19). O marido era assim quem exercia o poder parental. No entanto, face à emancipação da mulher, a superioridade do homem terminou. A partir daí, passou a haver a tendência de entregar as crianças de tenra idade às mães.

⁶² HELENA GOMES DE MELO [ET AL.], *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, Lisboa: Quid Juris, 2010, p.68.

art.36º, nº3 da CRP⁶³. A mãe tinha uma especial preferência, somente por ser mãe. No entanto, uma vez que o progenitor pai não queria ser excluído da vida da criança e o facto do papel da mulher ter alterado e esta também passar a trabalhar fora de casa, fez com que este critério esteja hoje ultrapassado. Pensemos, inclusivamente, na hipótese de serem duas mães. No fundo, não existem razões para haver uma diferenciação entre os dois progenitores e, portanto, uma preferência por qualquer um deles, na medida em que ambos são aptos a “ficar” com os filhos.

Refira-se ainda que o critério em causa, só foi completamente eliminado do ordenamento jurídico português após a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro⁶⁴. Antes da Reforma de 2008, o art.1911º do CC, surgia com a seguinte redação: “quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os pais e estes não tenham contraído matrimónio após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho”. Presumindo-se, no seu nº2, que a mãe tinha a guarda da criança e “esta presunção só é ilidível judicialmente”.

Assim sucedeu o critério da figura primária de referência (“primary caretaker”). Neste quadro, privilegia-se o progenitor que antes da rutura da relação matrimonial tinha um papel mais ativo na vida da criança⁶⁵. Trata-se, assim, daquele progenitor que levava a cabo, com maior dedicação, as tarefas e os cuidados permanentes e diários da criança, ou seja, aquele que, por exemplo, lhe dava as refeições, o banho, que o auxiliava nos trabalhos da escola, que cuidava dele quando ele estava doente, que o transportava para a escola, para as atividades extracurriculares.

Por outro lado, ainda que tal critério não contrarie o princípio da igualdade dos progenitores é “um facto notório que, na maior parte dos casos, esta figura de referência

⁶³ A este propósito, afirma Helena Gomes de Melo [ET AL.], que “a nova lei reforça o princípio da igualdade dos pais, não fazendo, hoje, qualquer sentido que o critério da presunção ou preferência maternal assuma, por si só, relevância bastante para a determinação da residência do menor.” Cf. HELENA GOMES DE MELO [ET AL.], Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, 2ª edição, Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 70.

⁶⁴ JOAQUIM MANUEL DA SILVA, A família das crianças na separação dos pais- A guarda compartilhada e a Justiça Restaurativa, Petrony Editora, 2ª edição, 2019, p.60. Adverte, no entanto, o autor que, mesmo após a Lei n.º 61/2008, 31 de outubro, “as decisões continuam a excluir em regra as crianças do ‘lugar’ do pai, que em percentagens em tudo semelhantes às anteriores, continuam a fixar a residência exclusiva às mães, tendo uma profunda desconfiança quanto às capacidades parentais dos homens em cuidarem dos filhos, designadamente se de tenra idade.”

⁶⁵ Este critério da figura primária de referência foi mobilizado no caso decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça de 17-12-2019 (Proc. nº1431/17.2T8MTS.P1.S1, Relator: Jorge Dias). Sumariamente, entendeu o Tribunal que o superior interesse da criança é melhor acautelado se o menor ficar com o progenitor que se traduz na sua figura primária de referência. Mais acrescenta que, “é uma questão de prioridades e, numa escala gradativa a figura primária de referência da menor sobrepõe-se a qualquer outro critério.”

coincide com a mãe”, conforme indica o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de julho de 2019⁶⁶.

Jorge Duarte Pinheiro considera que a “figura primária de referência enquanto critério revela-se há muito inadequada”. Afirma, então, que “cada progenitor é e deve ser a figura primária de referência. Há que pôr fim à cultura do divórcio ou separação de progenitores como o momento para abrir no tribunal um concurso público destinado a apurar quem é, foi o melhor pai”⁶⁷.

Ou seja, cada um dos progenitores deve assumir, numa situação de igualdade, um papel relevante no quotidiano da criança, desde o seu nascimento, com vista ao seu desenvolvimento e bem-estar⁶⁸. Refira-se, ademais, que cada vez mais, face à vida profissional de ambos os progenitores (que ocupa grande parte do seu dia), há uma partilha de tarefas entre ambos e, portanto, ambos são entendidos como figuras de referência para o filho e, portanto, tal critério parece desadequado face à evolução da nossa sociedade.

No mesmo sentido, afirma Guilherme de Oliveira, que no quadro da “evolução no sentido da “co-parentalidade”, com as suas ambições e complexidade, qualquer decisão judicial acerca do destino das crianças tem de sopesar inúmeras circunstâncias. Portanto, a redução desta complexidade à mera preferência pelo “cuidador principal” é abusiva e inconveniente.”⁶⁹

No fundo, o que se pretende é que o Tribunal, aquando da determinação da residência da criança, coloque ambos os progenitores em posição de igualdade e mobilize várias fatores e critérios (e não apenas um em exclusivo), de forma a tomar a decisão que promova o superior interesse da criança.

⁶⁶ Ac. do TRG de 10-07-2019, Processo n.º: 1982/15.3T8VRL-A.G1, Relator: Eugénia Cunha.

⁶⁷ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7ª edição, Gestlegal, 2020, p.290-291.

⁶⁸ Veja-se a este propósito e neste sentido, Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas sobre a residência alternada (considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República- 2020)”, 2ª edição, p.3, salientando a importância do começo da partilha das responsabilidades parentais durante a vida em comum. O autor crê “que a continuidade dos tempos de prestação de cuidados adotado espontaneamente pelo casal durante a vida em comum pode dar mais suscetibilidade ao regime que há de vigorar depois da separação, apesar de ser imperioso considerar que, a partir dessa altura, cada membro passará a viver por sua conta, e devem ser tidos em mente outros fatores que o tribunal entenda relevantes (como uma disposição clara e viável, por parte de um dos responsáveis, de aumentar o tempo de prestação de cuidados; ou a verificação de violência doméstica).”

⁶⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal” in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra Editora, Ano 8, n.º16, 2011, p.17.

4.3 Residência alternada:

Atentemos novamente ao art.1906º do Código Civil. O preceito dispõe, no seu nº5, que “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”. Esta redação do preceito, resultante da Reforma de 2008, suscitou dúvidas quanto à admissibilidade da fixação do regime de residência alternada. Com efeito, foram vários os argumentos trocados na doutrina e na jurisprudência, quanto à questão de saber se a legislação admitia a fixação do regime em causa, dada a circunstância de apenas conter uma explícita alusão ao modelo em que a criança vive junto de um dos progenitores, tendo o outro apenas direito de visita (regime de residência única)⁷⁰.

Repara-se, no entanto, que o preceito não impossibilita a fixação do regime de residência alternada. Simplesmente, impõe ao Tribunal a definição da residência da criança, não tendo forçosamente de fixar um regime de residência única⁷¹. Guilherme de Oliveira, salienta que o próprio preceito sugere o “caminho para a partilha crescente da convivência (...), sobretudo, na recomendação geral de que o tribunal deve fomentar amplas oportunidades de contacto com ambos os progenitores”⁷²⁷³. Não faria sentido a lei vincar e importância da continuação do contacto da criança com ambos os progenitores e, não consagrasse a possibilidade de a criança residir alternadamente com cada um dos progenitores.

Nem teríamos aliás, que ficar presos ao preceito em causa, para tirar essa ilação, uma vez que outros diplomas legais já promoviam esse regime. Olhemos nomeadamente para o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que consagra no seu art.40º, nº1, a hipótese de ser fixado um modelo de residência alternada após a rutura da relação matrimonial dos progenitores. Dispõe o preceito que “na sentença,

⁷⁰ Jorge Duarte Pinheiro considera que “a letra do art.1906.º, nºs 1 e 3, favorece indevidamente a prática de residência única”. Cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, O direito da família contemporâneo, 7ª edição, Gestlegal, 2020, p.296.

⁷¹ Neste sentido, PEDRO RAPOSO FIGUEIREDO, “A Residência Alternada no Quadro do Atual Regime de Exercício das Responsabilidades Parentais- A questão (pendente) do acordo dos progenitores” in *Julgar*, nº33, 2017, p.103.

⁷² GUILHERME DE OLIVEIRA, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Manual de Direito da Família, Almedina, 2020, p.311.

⁷³ Resulta inclusivamente da Exposição de motivos do Projeto de Lei nº509/X, em que assentou a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, p.15, que “na determinação da residência do filho, valoriza-se a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor”.

o exercício das responsabilidades parentais é regulado de harmonia com os interesses da criança, devendo determinar-se que seja confiada a ambos ou a um dos progenitores, a outro familiar, a terceira pessoa ou a instituição de acolhimento, aí se fixando a residência daquela.”

Da mesma forma, o Estatuto do Aluno e Ética Escolar, aprovado pela Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro, “que estabelece os direitos e os deveres do aluno dos ensinos básico e secundário e o compromisso dos pais ou encarregados de educação e dos restantes membros da comunidade educativa na sua educação e formação”⁷⁴, consagra que “em caso de divórcio ou de separação e, na falta de acordo dos progenitores, o encarregado de educação será o progenitor com quem o menor fique a residir”⁷⁵. E o n.º 6 do art.43º, refere que “estando estabelecida a residência alternada com cada um dos progenitores, deverão estes decidir, por acordo ou, na falta deste, por decisão judicial sobre o exercício das funções de encarregado de educação”. Isto quer dizer que já existia uma alusão explícita a este modelo de residência alternada, anteriormente à entrada em vigor do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Ponto assente é que a “guarda alternada” já era considerada, antes da Reforma de 2008, como o “melhor regime do exercício do poder paternal”, na medida em que a criança “passará a ter duas casas, cada qual com as suas características próprias, contactando com intimidade e naturalidade com os dois progenitores em igual proporção, em idênticas situações- praticamente todas as crianças normais, na sua extraordinária adaptabilidade ao meio ambiente, seriam capazes de viver com a normalidade possível nesse regime”⁷⁶.

Assim, podemos concluir que transpira do art.1906º do CC, a importância da continuação do contacto da criança com ambos os progenitores, bem como a circunstância da colocação de ambos os progenitores num plano de igualdade, de forma a contribuir para o bem-estar e para o crescimento harmonioso da criança.

Refira-se, no entanto, que a fixação do modelo de residência alternada, tem gerado, ao longo do tempo, alguma controvérsia na doutrina e na jurisprudência, em face da questão de saber se este regime acautela ou não o superior interesse da criança.

De um lado, alguns autores olham para o modelo em causa, como um modelo suscetível de poder afetar a estabilidade e o equilíbrio emocional da criança, na medida em que não permitiria à mesma construir uma rotina, com determinados hábitos e determinadas

⁷⁴ Cf. Art.1º da Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro.

⁷⁵ Cf. Art.45º, n.º3 da Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro.

⁷⁶ Cf. Ac. do TRL de 14-12-2006, Proc. n.º 3456/2006-8, Relator: Bruto da Costa.

regras. Acresce que no regime em causa, cada progenitor dirige a educação da criança de forma distinta. Por outro lado, considera-se que aumenta a esperança na criança que os progenitores venham a reconciliar-se, comprometendo a aceitação do divórcio dos mesmos.

Nas palavras de Maria Clara Sottomayor o modelo de residência alternada consiste num “sistema salomónico que, repartindo a criança entre ambos os pais como se de um objeto se tratasse, satisfaz os interesses dos pais, sacrificando o dos filhos”⁷⁷.

Mais refere que “apesar de conforme com o princípio da igualdade dos pais consagrado no art.36º, nº5 da CRP e de consistir num modelo que permite à criança uma relação efectiva, de tipo quotidiano, com ambos os pais, cria o risco de colocar a criança no centro do conflito dos pais e de provocar competição entre estes pelo amor da criança, susceptível de permitir que a criança utilize o sistema para minar a autoridades dos pais.”⁷⁸

E continua a autora, dizendo que, possibilita “que cada progenitor tome sozinho, no seu turno, as decisões de particular importância, aumenta os riscos de conflito e de as decisões de um dos pais frustrarem e anularem as decisões do outro, aumentando a instabilidade e a insegurança na vida dos/as filhos/as.”⁷⁹

Diferenciadamente, outros autores e a jurisprudência maioritária, reconhecem o regime de residência alternada como mais benéfico para a salvaguarda do interesse do menor.

Desde logo, porque permite que a criança continue a ter a possibilidade de estar com os pais por longos períodos de tempo. E, deste modo, o distanciamento entre a criança e os progenitores é atenuado. De facto, é crucial para o bom desenvolvimento de uma criança, manter uma relação efetiva e de confiança com ambos os pais (bem como com os respetivos avós paternos e maternos, por exemplo), e isso é conseguido através deste modelo.

A circunstância de a criança não poder conviver quotidianamente com um dos progenitores, em face da rutura da relação matrimonial dos progenitores, não é favorável ao seu bom desenvolvimento, pois cria na criança uma grande tristeza e desânimo por não ter ambos os progenitores presentes em todos os momentos do seu quotidiano e, pode, até, causar um mau aproveitamento escolar. Assim, tal como pode ler-se no sumário do Acórdão

⁷⁷ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Exercício do poder paternal, Estudos e Monografias, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, p.439 e ss.

⁷⁸ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 6ª edição, revista, aumentada e atualizada, Almedina, 2016, p.307-308.

⁷⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 6ª edição, revista, aumentada e atualizada, Almedina, 2016, p.308.

do Tribunal de Lisboa de 18 de junho de 2019, “o estabelecimento da residência alternada permite equilibrar o princípio da igualdade entre os progenitores e o superior interesse da criança”⁸⁰.

No mais, não existe neste modelo qualquer diferenciação entre os progenitores. O regime de residência alternada tem, inclusivamente, o potencial de poder anular o atrito que possa existir entre os progenitores, no sentido em que ambos têm de estar “unidos” em prol da criança.

Ora, a residência única determina que a criança viva junto de um dos pais, tendo o outro direito de visita. Este último, estará com a criança um fim de semana, em regra, de quinze em quinze dias. E de facto, consideramos que esse período de tempo não é o tempo suficiente para que alguém se realize como progenitor⁸¹. Coloca-se, inclusivamente, a questão de saber como poderá o progenitor desenvolver uma boa e forte relação com o seu filho, durante tão curto espaço de tempo.

Diferentemente, com a fixação do regime de residência alternada dar-se-ia à criança “dois pais, em vez de um só ou de um e meio”⁸³. Ou seja, “a criança sentirá que pertence aos dois lares em igualdade de circunstâncias e não se sentirá uma “visita” quando está com o outro progenitor e restantes pessoas do seu agregado familiar, mantendo em ambos os lares um «espaço» próprio para a criança e não um espaço sentido por ela sentido como «provisório» ou considerado como tal pelos outros elementos do agregado familiar.”⁸⁴ Para

⁸⁰ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-06-2019, Proc. n.º29241/16.7T8LSB-A.L1-7, Relator: Ana Rodrigues da Silva.

⁸¹ Neste sentido, pode ler-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-01-2019 (Proc. n.º22967/17.0T8PRT.P1, Relator: Miguel Baldaia de Morais), que a “solução da residência alternada tem vindo a ganhar força pela consciência de que os laços afetivos se constroem dia-a-dia e não se compadecem com o tradicional regime de fins-de-semana quinzenais, sendo igualmente posto em evidência que a fixação da residência junto de um só dos progenitores leva ao progressivo esbatimento da relação efectiva com o outro progenitor, fazendo com que o menor se sinta uma mera visita em casa deste e levando a que o progenitor não guardião desista de investir na relação por se sentir excluído do dia-a-dia da criança.”

⁸² A este propósito, cf. ANA TERESA LEAL, na ação de formação realizada pelo Centro de Estudos Judiciários data de 1 de junho de 2012, “Novos modelos e tendências na regulação das responsabilidades parentais- A residência alternada”, elencou as desvantagens da residência única, tais como o facto de poder “violar o princípio da igualdade entre os cônjuges (art.36º n.º3 da CRP); potencia a disputa entre os pais; importa muitas vezes que a separação constitua também uma separação destes dos filhos; impede que o exercício da RP após a separação seja o mais possível próximo de quando vigorava a união do casal; e a criança sofre duas perdas, a família e o pai.”

⁸³ JORGE DUARTE PINHEIRO, O direito da Família Contemporâneo, 7ª edição, Gestlegal, 2020, p.295.

⁸⁴ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2020, Processo n.º7090/10.6TBSXL-B.L1-7, Relator: Luís Filipe Sousa.

além disso, permite que ambos os progenitores se sintam realizados como tal e nenhum deles se sinta como um “perdedor”⁸⁵.

A família é o espaço por excelência em que o ser humano desenvolve a sua personalidade⁸⁶. É, portanto, no seio da mesma que a criança sedimenta os seus valores, a sua personalidade e recebe amor. Isto quer dizer que, mesmo com o fim da relação conjugal dos progenitores, a criança não pode deixar de manter uma relação sedimentada com ambos (e não apenas com um deles) na medida em que estes são fundamentais para o seu desenvolvimento e para a formação da sua personalidade.

Em suma, se da análise do caso concreto não existir qualquer circunstância ou fator que demonstre que o modelo em causa não funciona naquela família, consideramos ser de aplicar o regime da residência alternada dados os manifestos proveitos do mesmo.

É de notar que, a Resolução 2079 do Conselho da Europa de 2015⁸⁷, no seu ponto 5.5⁸⁸, já promovia a fixação da residência alternada. E, portanto, torna-se, aqui evidente o reconhecimento da virtualidade deste modelo permitir o bom crescimento da criança e satisfazer o seu superior interesse.

4.3.1 Condições necessárias para a fixação do regime de residência alternada:

Tradicionalmente, a tónica da discussão centrava-se na questão de saber se, aquando da rutura da relação matrimonial dos progenitores, era ou não admissível fixar um regime da residência alternada. A verdade é que, resultou claro que tal regime era (e é) passível de ser fixado pelo Tribunal.

⁸⁵ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2020, Processo nº7090/10.6TBSXL-B.L1-7, Relator: Luís Filipe Sousa.

⁸⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, 3ª ed., aumentada e inteiramente revista, Coimbra Almedina, 2005, Vol. 1- Parte Geral, TOMO I, p.167-168. Considera o autor que “a família, na sequência de dados psicológicos, sociológicos, morais e culturais (...), constitui um alargamento primordial das esferas das pessoas. Em termos causais, ela antecede-as mesmo, uma vez que, por razões estruturais, os seres humanos dependem, totalmente, durante uma significativa percentagem do seu tempo de vida, da família, nas mais diversas dimensões.” Mais acrescenta que “um reconhecimento da personalidade humana sem o da família não seria possível; impõe-se, pois, a conexão.”

⁸⁷ Cf. Resolução do Conselho da Europa 2079 (2 de outubro de 2015), disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22220&lang=en>.

⁸⁸ Que estabelece a recomendação aos Estados Membros de introduzirem “na sua legislação o princípio da residência alternada depois da separação, limitando as exceções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades”.

Hodiernamente, a questão controversa contende, pelo contrário, com as condições necessárias para que o modelo em causa seja fixado e as condições que desaconselham a fixação do regime.

As situações em que se vislumbra um bom entendimento entre os titulares das responsabilidades parentais, em que a distância entre as suas residências é curta e quando a criança tem uma relação próxima com ambos os pais, podem conduzir à fixação deste sistema pelo Tribunal, ainda que tudo dependa da apreciação pormenorizada de cada caso em concreto.

Fundamental, é os progenitores conseguirem colocar as disparidades, que possam existir de parte de forma a assegurarem em conjunto o bem-estar da criança. Na verdade, a relação entre os cônjuges nem sempre termina da melhor forma. Nessa medida, acabam por não ter capacidade de separar a mágoa, frustração e desilusão, que resultou daquela relação, da questão do exercício das responsabilidades parentais do seu filho. De alguma forma, acabam por contagiar a relação que têm com a criança com toda essa decepção que tiveram da relação com aquela pessoa que foi o seu cônjuge e é o(a) progenitor(a) da criança.

a) O percurso pela jurisprudência portuguesa:

A existência de um grande conflito entre os progenitores é uma razão apontada por certa doutrina para afastar a aplicação do regime de residência alternada a uma criança, após a separação dos progenitores⁸⁹. Saliente-se, a título de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de maio de 2019. Pode ler-se que “se existe este clima de conflito e se estamos perante uma criança de tenra idade como o é a D..., entendemos que não se deverá enveredar por uma solução de residência alternada, que significará uma exposição muito acentuada desta aos conflitos entre os progenitores com todos os inconvenientes que daí poderão advir para a sua estabilidade e para a sua saúde física e psíquica.” Conclui o

⁸⁹ A este propósito, Maria Clara Sottomayor afirma que “nos casos de conflito parental (...), também se recomenda que os tribunais não recorram à guarda partilhada para decidir o litígio”. A Autora aduz, no entanto, que “a alternância de residência ou a guarda partilhada não é sempre e necessariamente negativa para a criança. Na verdade, desde que não haja conflito entre os pais e que estes tenham capacidade de cooperação (...), a dupla residência pode ser positiva para as crianças e funcionar como uma dupla fonte de afetos e de segurança.” Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “O interesse da criança e a guarda partilhada nos casos de divórcio” in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. de Elsa Vaz de Sequeira, Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p.575.

aresto que o que “se impõe é a preservação da criança dos focos de conflituosidade que possam existir entre os progenitores”⁹⁰.

Cremos, contudo, tal como já foi referido acima, que o regime de residência alternada tem a capacidade de desvanecer a divergência existente entre os progenitores⁹¹, na medida em que ambos têm de estar unidos pelo bem da criança. E, portanto, não entendemos que este fator “tenha um valor assim tão sintomático e perentório para a decisão a tomar pelo tribunal”⁹². Vejamos que no regime de residência única, um dos progenitores fica privado de estar com a criança diariamente e, isso sim, pode avivar ainda mais o conflito entre os pais da criança. Desta feita, o regime de residência única não protege o conflito, ainda tem a capacidade de o intensificar.

Por outro lado, já não se poderá equacionar a possibilidade de impor o regime em que a criança vive um período com a mãe e outro período com o pai, nas situações de violência doméstica, pois estar-se-ia a pôr em causa o superior interesse da criança⁹³. Ou seja, a continuação da exposição da vítima à violência produziria efeitos negativos na criança. Ainda que essa violência não seja perpetrada contra a criança, o facto de esta assistir à violência afeta gravemente o seu desenvolvimento a todos os níveis⁹⁴. Ou seja, o seu desenvolvimento enquanto pessoa, na sua relação com o outro, como também pode pôr em causa o rendimento escolar da criança, pois tal circunstância pode levar a uma falta de

⁹⁰ Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 07 de maio de 2019, Processo nº1655/18.5AVR-A.P1, Relator: Rodrigues Pires.

⁹¹ No fundo, “quando se favorece o envolvimento parental dos dois progenitores não é necessária uma relação de amizade para que ambos exerçam plenamente a sua parentalidade”. Cf. SOFIA MARINHO E SÓNIA VLADIMIRA CORREIA, “Uma família parental, duas casas”, Edições Sílabo, 1ª edição, Lisboa, setembro de 2017, p. 257.

⁹² Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de janeiro de 2022, Processo nº20994/15.0T8SNT-E-7, Relator: Luís Filipe Pires de Sousa.

⁹³ O Projeto de Lei n.º52/XIX/1.ª, apresentado pelo PAN para a alteração do art.1906º do Código Civil colocava enfoque nesta questão. O Projeto de Lei privilegiava o regime de residência alternada sempre que correspondesse ao superior interesse da criança. No entanto, excecionava tal regime nos casos em que se verificasse “a existência da pendência de processos relativos ao crime de violência doméstica, bem como aos casos em que se verifique negligência ou abuso infantil sobre a criança, assim como a aplicação judicial de medidas de afastamento ou decisão de condenação”.

⁹⁴ Pode ler-se no sumário do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-11-2018, Proc. nº2879/17.8T8PRT.P1, Relator: Alexandra Pelayo, que “a violência verbal e psicológica exercida recorrentemente por um progenitor sobre o outro, na presença dos filhos constitui, também ela uma forma de violência sobre os próprios filhos, prejudicial ao seu são e normal desenvolvimento. Mostrando ambos os progenitores adequação ao exercício das funções parentais, o superior interesse das crianças justifica que os menores, nascidos no Chile em 2013 e 2014, país onde já residiram antes de viverem em Portugal, passem a residir com a mãe naquele país, onde já se encontram desde Dezembro de 2017, quando se verifica risco da conduta agressiva que o pai (residente em Portugal) exerceu sobre a mãe (na presença daqueles) pode vir a ser direccionada para as crianças.”

concentração, face à dificuldade de a criança se conseguir dispersar do problema. Para além disso, o agressor poderia servir-se da criança como forma de controlar a vida da vítima, nunca possibilitando quer à criança, quer à vítima reorganizar a sua vida e recuperar do sofrimento causado pela violência que sofreram.

Como forma de combater o problema da violência contra as mulheres e a violência doméstica surgiu a denominada Convenção de Istambul, adotada a 11 de maio de 2011⁹⁵. Nos termos do seu art.31º, nº1 estabeleceu que “as partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que os incidentes de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção sejam tidos em conta na tomada de decisões relativas à guarda das crianças e sobre o direito de visita das mesmas.”

Neste contexto, o ordenamento jurídico português⁹⁶ consagrou no art.1906ºA do Código Civil (introduzido pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio) que nas situações em que “for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores” ou “estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças”, devem os Tribunais determinar que as responsabilidades parentais sejam exercidas por um dos pais em exclusivo. O Regime Geral do Processo Tutelar Cível⁹⁷ estabelece, do mesmo modo, no seu art.40º, nº 9 que se presume “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”.

Ora, a convocação da idade da criança como um dos termos a ter em conta pelo Tribunal para a fixação da residência alternada, é também alvo de alguma dissonância na doutrina. Em causa, propriamente, está a questão de saber se existe ou não algum limite mínimo de idade para que este sistema seja fixado (viável).

Quando falamos desta questão da idade da criança o nome de Maria Clara Sottomayor ecoa no discurso. A autora sustenta que “num quadro de separação dos pais, as mudanças constantes de residência e de cuidador podem provocar, nas crianças mais

⁹⁵ Elaborada pelo Conselho da Europa.

⁹⁶ Ademais, a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, versão atualizada) estabelece no seu art. 14º, nº1 e 2, que apresentada denúncia da prática do crime de violência doméstica e existam fortes indícios da prática do crime e filhos menores, “o regime de visitas do agressor deve ser avaliado, podendo ser suspenso ou condicionado, nos termos da lei aplicável”.

⁹⁷ Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

pequenas, pelas separações repetidas em relação à mãe, a sua cuidadora primária na maioria dos casos, a desorganização do seu vínculo com esta, sem que, em contrapartida, sejam estabelecidos vínculos seguros e fortes com o pai, dado que este também convive com a criança num sistema de divisão do tempo com a mãe.”⁹⁸

Ora, segundo a Autora, “o enfraquecimento dos vínculos com a mãe, em idades precoces, dos 0 aos 3 anos, pode comprometer o desenvolvimento psíquico e mental da criança, e a sua capacidade para confiar nos outros e para se relacionar com os outros”⁹⁹. Conclui assim que o sistema em causa não deve ser decretado “para crianças com menos de 4 anos, em que é decisiva a continuidade, sem separações prolongadas, da pessoa de vinculação principal.”¹⁰⁰

Em sentido oposto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de novembro de 2017 sustenta que “quando as crianças são mais novas, têm tendência a adaptar-se melhor às circunstâncias. Convenhamos: será mais fácil a uma criança de tenra idade que não tem grande memória de ver os pais juntos adaptar-se à realidade das duas residências do que propriamente uma criança com mais idade.”¹⁰¹

Também no Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de junho de 2021, pode ler-se que “a circunstância de a criança ter pouco mais de um ano não obsta ao estabelecimento de um regime provisório de exercício das responsabilidades parentais que compreenda um sistema de residência alternada.”¹⁰²

Ora, entendemos que face à grande vinculação que a criança tem com a progenitora nos primeiros meses e anos de vida, nomeadamente em virtude da amamentação (onde a criança encontra o seu conforto afetivo e emocional), deve a residência ser fixada junto da mesma. Para além disso, a criança é nesta fase muito dependente da mãe (que é a sua figura principal, conseguindo até sentir a sua presença) e necessita de uma rotina serena e tranquila

⁹⁸ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “O interesse da criança e a guarda partilhada nos casos de divórcio” in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. de Elsa Vaz de Sequeira, Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p.572-573.

⁹⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “O interesse da criança e a guarda partilhada nos casos de divórcio” in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. de Elsa Vaz de Sequeira, Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p.573.

¹⁰⁰ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “O interesse da criança e a guarda partilhada nos casos de divórcio” in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. de Elsa Vaz de Sequeira, Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p.576-577.

¹⁰¹ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 02/11/2017, Processo nº996/16.0T8BCL-C.G, Relator: Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha.

¹⁰² Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/06/2021, Processo nº394/21.4T8AMD.L1-7, Relator: Diogo Ravara.

e, de facto, a alternância da residência da criança, iria de certa forma pôr em causa essa estabilidade. No entanto, advogamos que a partir dos dois, três anos de idade, a criança deve passar a residir alternadamente com cada um dos progenitores, nomeadamente pela capacidade de adaptação que as crianças têm nessa idade. Denote-se, inclusivamente, que o regime do exercício das responsabilidades parentais pode ser alterado a todo o tempo, por se tratar de um processo de jurisdição voluntária. Deste modo, se o regime de residência alternada não acautelasse o superior interesse da criança, seria objeto de alteração.

Diríamos, assim, que não se pode deixar de fixar um regime de residência alternada para se fixar um regime de residência única, pelo facto de “apenas” estar em causa uma criança de tenra idade.

Por outro lado, o Tribunal não deve estabelecer o regime de residência alternada no caso de as habitações dos progenitores serem a uma grande distância uma da outra e do estabelecimento escolar que a criança frequenta. Isto porque, seria inexecutável para a criança frequentar, quando estivesse com cada um dos progenitores, estabelecimentos de ensino diferentes, pois para além de prejudicar a sua aprendizagem, a criança teria muitas dificuldades em estabelecer e sedimentar amizades com os colegas.

Vários são os acórdãos¹⁰³ que consagram este entendimento. Assim, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17 de dezembro de 2018, sustenta que “tendo o menor 3 anos de idade, iniciando este ano a sua actividade pré-escolar, não é praticável que frequente um estabelecimento escolar numa localidade numa quinzena, para na quinzena seguinte alternar com outro estabelecimento escolar noutra localidade, ou sequer que a menor realize numa quinzena uma viagem diária de cerca de 240 kms (ida e volta) para não faltar às aulas, ou ainda que seja colocada num estabelecimento de ensino a meia distância de ambas as localidades.”¹⁰⁴

Outro ponto de clivagem entre a doutrina e a jurisprudência reporta-se à exigência ou não de acordo para o estabelecimento do sistema de residência alternada. Nas palavras de Helenas Gomes de Melo, et. al., é pressuposto essencial para a fixação da residência alternada “a existência de acordo de ambos os pais quanto a esta questão”¹⁰⁵. Em causa

¹⁰³ Nomeadamente, o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 08/07/2021, Processo nº661/17.8T8LMG-A.C1, Relator: Luís Cravo.

¹⁰⁴ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 17/12/2018, Processo nº60/16.2T8VLF.G1, Relator: Fernanda Proença Fernandes.

¹⁰⁵ HELENA GOMES DE MELO [ET. AL.], Poder Paternal e responsabilidades parentais, 2ª edição, revista, atualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris, 2010, p.87.

estaria a impossibilidade de impor aos progenitores tal regime na ausência de um bom entendimento entre ambos.

O Tribunal da Relação do Porto¹⁰⁶, debruçando-se, em sede de recurso, sobre a manutenção (ou alteração) de uma decisão provisória que fixava a residência da criança com a progenitora, estabeleceu que dos autos resultava de forma evidente “a ausência de acordo entre os progenitores”, o que decorria de forma clara “das declarações prestadas por cada um deles (...) na Conferência de Progenitores (...)”. Assim, veio o Tribunal considerar que “perante a factualidade supra descrita (...) resulta evidente que a residência alternada é incompatível, neste momento, com a defesa do superior interesse da D...”.

Contudo, não cremos, que seja esta a posição a adotar^{107 108}. Desde logo, denote-se que só quando não há acordo entre os progenitores é que se recorre aos Tribunais e para além disso, esse desacordo seria o mote para que um dos progenitores ficasse com a criança, afastando-a do outro progenitor. Ou seja, essa discordância não seria mais do que a oposição de um dos progenitores, a que a criança continuasse a ter um envolvimento parental com o outro progenitor.

Ora, se após o divórcio dos progenitores, o regime de residência alternada se revela mais adequado àquela criança em concreto, não é o desacordo entre os progenitores da criança que vai afastar esse sistema.

Restringir a aplicação do regime em causa ao acordo entre os pais significaria exigir algo utópico. Isto porque o fim da relação conjugal causa, comumente, um clima de mau

¹⁰⁶ Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 24-10-2019, Proc. nº3852/18.4T8VFR-A.P1, Relator: Carlos Portela.

¹⁰⁷ A não ser que essa discordância assente em factos (fundamentos) plausíveis como, por exemplo, violência doméstica ou maus-tratos à criança ou na falta de capacidade do outro progenitor de tratar da criança, ou ser adicto a produtos estupefacientes ou ao consumo de álcool.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, Guilherme de Oliveira, “considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República-2020”, que afirmavam “que a determinação da “residência alternada” não exige o acordo dos pais (...). Compreende-se que o “acordo dos pais”- em geral recomendável- não afaste a solução concreta que o tribunal preferira, com fundamentos bastantes; (...)”. Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, Notas sobre a Residência Alternada (considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República-2020, 2ª edição, p.2, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/styled/>. Também Pedro Raposo de Figueiredo, considera que não “encontra fundamento legal bastante para limitar o estabelecimento de uma residência alternada às situações em que se verifica o referido acordo, limitação que é, de resto, contrariada pelo tradicional princípio interpretativo “ubi lex non distinguit, necnos distinguere debemus”. Mais acrescenta que “ao impor a adoção de medidas que favoreçam amplas oportunidades de contactos com ambos os progenitores e de partilha de responsabilidades entre eles, o art.1906.º, número 7, do Código Civil não só não afasta como, salvo melhor opinião, aponta francamente para a possibilidade de o tribunal tomar a decisão de fixação de residência alternada, ainda que à margem do acordo dos pais”. Cf. PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO, “A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais- a questão (pendente) do acordo dos progenitores”, Revista Julgar, nº33, 2017, p.104-105.

estar entre os ex-cônjuges. Como já foi anteriormente referido, a maior parte das relações conjugais terminam com uma grande mágoa e desilusão e, os ex-cônjuges, tendem a transpor para a relação parental essa decepção. Por fim, há que considerar que não há na lei qualquer referência à necessidade de acordo dos pais.

b) Alteração introduzida pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro - o debate em torno das propostas legislativas que levaram à referida alteração de regime:

Sucedem que o art.1906º do Código Civil conheceu modificações com a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro. O preceito citado, no seu nº6, afirma que “quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”.

Estabelece-se assim, pela primeira vez, uma menção expressa, no Código Civil, à residência alternada. Esta consagração explícita, evidencia o reconhecimento do legislador do mérito deste regime. Por outro lado, o preceito ao prescrever que o regime de residência alternada pode ser fixado pelo Tribunal, “independentemente de mútuo acordo nesse sentido” veio pôr fim à acesa controvérsia a que nos referimos acima. Dir-se-ia, assim, que o preceito absorveu a posição mais consentânea com a realidade dos tribunais, ou seja, a posição maioritária da doutrina e da maioria das decisões judiciais. Não se justificaria de facto, que o desacordo dos pais no tocante ao regime de residência alternada dita-se a não aplicação desse sistema, quando todas as circunstâncias sugeriam que ele era o melhor para aquela criança em concreto.

Neste ponto, somos reconduzidos à Petição n.º 530/XIII/3¹⁰⁹, elaborada pela Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Defesa dos Direitos dos Filhos, que foi dirigida à Assembleia da República, a 17 de julho de 2018. Um dos acentos tónicos da referida Petição foi propor a consagração de uma “presunção jurídica da residência alternada para crianças cujos pais e mães se encontrem em processo de divórcio, separação judicial de

¹⁰⁹ Petição em Prol da Presunção Jurídica da Residência Alternada para Crianças de Pais e Mães Separados ou Divorciados, que reuniu 4169 assinaturas, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c31526c65485276526d6c75595778515a5852705932396c637938314d7a42685a475a695a4330315a5468684c54526d4d6a6b7459545a6b5a4330775a5445334d7a51354f44566d4f5467756347526d&fich=530adfbf-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>

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.”¹¹⁰ Apontando, assim, o regime de residência alternada como o regime que não só atende “às necessidades da criança”, como também permite a igualdade de género e o envolvimento de ambos os progenitores nos cuidados da criança¹¹¹.

Ao mesmo tempo, advertia que tal regime continuava a não ter consagração legal no nosso ordenamento jurídico¹¹², em face das desvantagens que lhe são e vinham sendo apontadas por certa “doutrina jurídica e nas práticas judiciais”¹¹³.

Em face das mudanças na realidade social e no seio da família, a “manutenção do regime tradicional de residência com um progenitor (em regra, a mãe) e de períodos de contacto quinzenais de pequena duração com o outro (em regra, o pai)”¹¹⁴ revela-se, segundo a Petição em causa, desatualizada, por intensificar o conflito entre os progenitores e alimentar as “desigualdades no envolvimento parental de mulheres e homens”¹¹⁵.

Em suma, a Petição pretendia que fosse modificado o art.1906º do Código Civil, de forma que fosse estabelecida uma “presunção jurídica” de residência alternada. Dito por outras palavras, pretendia reconfigurar a norma relativa ao exercício das responsabilidades parentais após o divórcio dos progenitores, nomeadamente no que respeita à questão da residência da criança.

¹¹⁰ Cf. Petição n.º 530/XIII/3.

¹¹¹ Petição em Prol da Presunção Jurídica da Residência Alternada para Crianças de Pais e Mães Separados ou Divorciados, disponível em

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c31526c65485276526d6c75595778515a5852705932396c637938314d7a42685a475a695a4330315a5468684c54526d4d6a6b7459545a6b5a4330775a5445334d7a51354f44566d4f5467756347526d&fich=530adfbf-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>

¹¹² Repara-se, no entanto, que o ordenamento jurídico português já reconhecia o modelo em causa, tal como já tivemos oportunidade de referir.

¹¹³ Petição em Prol da Presunção Jurídica da Residência Alternada para Crianças de Pais e Mães Separados ou Divorciados, disponível em

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c31526c65485276526d6c75595778515a5852705932396c637938314d7a42685a475a695a4330315a5468684c54526d4d6a6b7459545a6b5a4330775a5445334d7a51354f44566d4f5467756347526d&fich=530adfbf-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>

¹¹⁴ Cf. Petição n.º 530/XIII/3.

¹¹⁵ Cf. Petição n.º 530/XIII/3.

Ora, ainda que se concitem aplausos à referida proposta, em virtude de ter aguçado a discussão sobre a questão da residência da criança em casos de dissociação familiar, não se poderá deixar de referir que a mesma também suscitou muita oposição.

A tal propósito, Ricardo Bragança de Matos considera que, “a proposta em análise (...), corre o risco de redundar numa inversão regressiva, no que respeita à garantia concreta de satisfação do interesse da criança.”¹¹⁶ Mais refere o autor que, “a proposta de consagração da “presunção jurídica de residência alternada”, nos termos em que é apresentada, revela-se (...) inconsciente com o quadro jurídico-material em que a questão deve ser analisada, apresentando-se como uma solução legislativa incompatível com a natureza profundamente diversa, plural e policromada da realidade sobre a qual visa normativamente atuar. Não é, neste preciso sentido, uma evolução”¹¹⁷.

Para além disso, a presunção jurídica em causa traduz-se numa presunção *Juris tantum*, que permite que seja ilidida. Ao progenitor caberia assim ilidir a presunção, ou seja, provar que aquele regime não se adequava àquela criança em concreto, ou seja, “explicar o porquê de, na sua opinião, não ser benéfico para o menor ver fixada uma residência partilhada”¹¹⁸. Dito por outras palavras, competiria a um dos progenitores a prova de um facto negativo, carreando para os autos factos demonstrativos disso mesmo. Ter que provar que o modelo em causa não acautela o superior interesse da criança afigurar-se-ia, segundo os críticos, muito complicado e muito moroso.

Não obstante as críticas que lhe são dirigidas, importa vincar o papel, que a “Petição em Prol da Presunção Jurídica da Residência Alternada para Crianças de Pais e Mães Separados ou Divorciados” teve no sentido de suscitar uma alteração legislativa, nomeadamente em virtude da carência, que existia no texto legal, de uma referência explícita à possibilidade de o julgador poder aplicar o modelo de residência alternada.

Ora, mais tarde, apareceram, a este propósito, diversas propostas legislativas apresentadas por todos os partidos políticos.

¹¹⁶ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, “A “presunção jurídica de residência alternada” e a tutela do superior interesse da criança”, in Revista do Ministério Público 156: Outubro/Dezembro 2018, p.150.

¹¹⁷ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, “A “presunção jurídica de residência alternada” e a tutela do superior interesse da criança”, in Revista do Ministério Público 156: Outubro/Dezembro 2018, p.153.

¹¹⁸ Parecer da Ordem dos Advogados da Petição n.º 530/XIII/3.ª (datado de 15 de março de 2019). A Ordem dos Advogados, considerou “não só desnecessário, como contrário aos direitos das crianças uma alteração legislativa nos termos propostos pelos autores da Petição, sendo certo que o modelo atualmente em vigor já permite que, quando isso mesmo for ao encontro dos interesses da criança e daquela família em concreto, seja aplicada a guarda conjunta.”

Diríamos que, no geral, todos os Projetos de Lei apresentados focaram nos benefícios do modelo de residência alternada, em especial na possibilidade de a criança poder estar quer com o pai, quer com a mãe regularmente e, estes últimos, poderem estar envolvidos, de igual forma, na vida da criança. Ora, ainda que os Projetos de Lei constatassem, que tal modelo, já podia ser fixado pelo Tribunal, após os casos de dissociação familiar, pretendiam que isso fosse esclarecido no texto legal. E, para além disso, que houvesse uma previsão expressa da possibilidade de o regime ser fixado, mesmo sem acordo de ambos os pais e que tal fixação não obstasse à determinação de uma prestação de alimentos à criança.

Os Projetos de Lei n.ºs 107/XIV/1ª do Partido Social Democrata e 110/XIII/4ª do CDS-PP, propunham a alteração do preceito relativo ao exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, estabelecendo, no seu nº6, a possibilidade de o tribunal poder “determinar a Residência Alternada do filho com cada um dos progenitores”¹¹⁹. Ambas as propostas, resumiam-se, assim, a tornar mais clara essa possibilidade no texto legal.

Por outro lado, os Projetos dos restantes partidos políticos vão mais longe e não se cingem a isso mesmo. Propunham que o regime de residência alternada fosse tido como regime preferencial desde que “tal corresponda ao superior interesse” daquela criança em concreto, ou seja, fosse entendido como regime de eleição. Tal consagração, seria, assim, uma forma de orientar o julgador.

O Partido Socialista pretendia que fosse alterado o art.1906º do Código Civil e fosse introduzida uma nova versão do seu nº6, com a seguinte redação: “o tribunal privilegia a residência alternada do filho com ambos os progenitores, independentemente do mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação de alimentos, sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes, tal corresponda ao superior interesse daquele”¹²⁰.

A proposta do Partido das Pessoas, dos Animais e da Natureza (PAN), segue em moldes semelhantes a proposta do Partido Socialista. No entanto, estabelecia a salvaguarda que tal regime não poderia ser decretado “nos casos em que se verifique a existência de processos relativos ao crime de violência doméstica, bem como os casos em que se verifique

¹¹⁹ Projetos de Lei n.ºs 107/XVI/1ª do PSD e 110/XIV/1ª do CDS-PP, redação do nº6 do art.1906º do Código Civil.

¹²⁰ Projeto de lei nº87/XIV/1ª.

negligência ou abuso infantil sobre a criança, assim como a aplicação judicial de medidas de afastamento ou decisão de condenação”¹²¹.

Precisamente, o Projeto de Lei nº114/XIV/1ª, do Bloco de Esquerda estabelecia como nova redação do nº8 do art.1906º do CC que o modelo de residência alternada poderia “ser julgado contrário aos interesses das crianças nos casos em que: a) Exista pendência de processos relativos ao crime de violência doméstica, ou; b) For decretada medida de coação, aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores ou decisão de condenação, ou; c) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.”

Importa sublinhar que, estes últimos três Projetos de Lei, consideram que o modelo em causa nem sempre é o modelo que melhor se adequa àquela criança em concreto. Ou seja, perante as circunstâncias do caso concreto, o regime pode ser considerado prejudicial e desaconselhável, no sentido de comportar vários riscos e problemas para a criança, nomeadamente em casos de violência doméstica, entre outros (art.1906.º-A do Código Civil).

É notória, também, a advertência, por parte das propostas, que o julgador manteria a sua liberdade, em virtude de se tratar de um processo de jurisdição voluntária. E, portanto, ele surge sempre, com a sua autonomia, para “adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna”¹²². Seria inaceitável, fixar uma solução, sem considerar e apreciar o caso em concreto. Não podemos esquecer que cada criança é um sujeito para o direito e, portanto, o seu superior interesse tem que ser aferido e salvaguardado.

Atentemos, novamente, na nova versão do preceito. Este prescreve no seu nº6 que “quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”.

Ora, acompanhando todas estas propostas legislativas que apareceram a propósito da consagração do regime de residência alternada e tendo em conta o debate que à volta delas

¹²¹ Projeto de lei nº52/XI/1ª.

¹²² Cf. Art.987º do Código do Processo Civil.

foi travado, posso afirmar, pelo menos no meu juízo, que afinal tudo redundou num texto legislativo que não nos traz uma significativa e verdadeira alteração legislativa de regime.

Em rigor, o que apenas transpira do preceito é precisamente que o regime de residência alternada pode ser implementado na hipótese de divórcio entre os progenitores, ou separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, sendo prescindível a concordância de ambos os pais para o efeito. Quer isto dizer, que esta alteração legislativa converge com os Projetos de Lei quer do PSD, quer do CDS-PP. No entanto, afasta-se das restantes propostas apresentadas pelos Partidos Políticos sobranes.

Ou seja, tal como resulta do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de julho de 2021, o legislador ordinário não acrescentou “a expressão “privilegiará”. Consagrou a possibilidade de fixação do modelo em causa, mas sem a dita expressão. Significa isto que “deu ao aplicador o sentido de que a residência alternada não é regra para todas as crianças filhos de pais sem comunhão de vida”. Dito por outras palavras, “o legislador deu oportunidade ao Tribunal para ponderar a fixação da residência alternada, nas circunstâncias concretas de cada caso, mas não de a privilegiar.”¹²³

Para além disso, reconheceu, tal como já há muito reconhecia parte da doutrina a possibilidade de o fixar mesmo com a discordância de ambos os progenitores. Ou seja, esta alteração introduzida pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, foi uma “alteração meramente clarificadora e interpretativa”.¹²⁴ Denote-se, aliás, tal como já foi referido acima, que o Regime Geral do Processo Tutelar Cível já consagrava no seu nº1, do art.40º, o seguinte: “na sentença, o exercício das responsabilidades parentais é regulado de harmonia com os interesses da criança, devendo determinar-se que seja confiada a ambos ou a um dos progenitores (...) aí se fixando a residência daquela”.

Posto isto, teremos de reconhecer que o regime de residência alternada continua a não ser entendido como regime preferencial ou como regime-regra.

c) Tomada de posição:

Cremos, contudo, que uma verdadeira alteração de regime seria a consagração do regime de residência alternada como regime preferencial.

¹²³ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-07-2021, Proc. nº14658/17.8T8LSB.L1-2, Relator: Néilson Borges Carneiro.

¹²⁴ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 10-11-2020, Proc. nº 3162/17.4T8CSC.L1-7, Relator: Diogo Ravara.

Antes de dissecar tal entendimento, não podemos deixar de rememorar certos pontos-chave. A criança ocupa, no seio da família, uma posição central e, portanto, o ordenamento jurídico tem todo o interesse em garantir o seu superior interesse. A evolução da sociedade determinou profundas transformações na instituição familiar, transformações essas que alteraram a forma de olhar para a família. De facto, hodiernamente, confrontamo-nos com uma maior igualdade no seio das famílias, em que ambos os progenitores (e não apenas um deles) estão focados em garantir a estabilidade da vida da criança. É esse envolvimento conjunto de ambos os pais que permite à criança sedimentar e desenvolver a sua personalidade. É, neste segmento, que a determinação da residência da criança em caso de dissociação familiar, assume uma importância crucial, nomeadamente pela circunstância do modelo de residência alternada permitir que, mesmo após a separação dos progenitores, ambos continuem a ter esse envolvimento conjunto na vida da criança. No fundo, não há, com o regime em causa, o divórcio dos filhos. Inclusivamente, para além de permitir que ambos os pais se realizem como progenitores, possibilita que a criança mantenha uma relação de vinculação forte com ambos, caso contrário essa vinculação seria muito difícil de existir, pelo menos com um dos progenitores.

Desta feita, julgamos ser a solução proposta pelo Partido Socialista a mais adequada em face da nova realidade social. Ao ser estabelecido tal regime como regime preferencial, dar-se-ia ao julgador uma indicação (dar uma base pela qual o julgador deveria partir), de que se não existissem circunstâncias (factos) que o desaconselhassem, este seria o regime que melhor acautelaria o superior interesse da criança. Desta forma, o regime de residência única seria apenas fixado nessas situações problemáticas, ou seja, quando o modelo não acautelasse o superior interesse da criança. Significa isto, que o regime de residência alternada não é um regime que se adequa a todos os progenitores.

É certo que, grande parte da doutrina alerta para os riscos da fixação do regime de residência alternada em sede de regulação provisória, nomeadamente quando existem indícios de violência doméstica. Denote-se que quando o menor tem contacto com a família de ambos os progenitores é melhor supervisionada. Para além disso, esses riscos não deixam de existir se for fixado um regime de residência única, em que a criança fica a residir, normalmente com a mãe. O regime de residência única não isenta que a criança possa estar a residir com o progenitor agressor. Tal como afirma, Joaquim Manuel da Silva “também as mulheres são violentas, como bem o demonstram alguns casos ocorridos em Portugal, como

foi o caso da mãe que matou dois filhos menores para se vingar do pai na zona de Alenquer em 2012.”¹²⁵ Importa ainda notar que, os problemas que se põem à fixação da residência alternada na regulação provisória também teriam então de ser colocados no exercício comum das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância.

Ora, o problema que enfrentamos passa sempre pela avaliação do julgador de cada caso em concreto. Em causa, está a vida de uma criança e o que vale para uma pode não valer para outra.

Assumindo o processo tutelar cível “a natureza de jurisdição voluntária”¹²⁶, o juiz tem a faculdade de apurar os factos que considere pertinentes. Denote-se, aliás, que a fixação da decisão não é definitiva. Ou seja, se posteriormente existirem elementos que inviabilizem o regime fixado, o julgador pode proceder à alteração do regime das responsabilidades parentais. Dito por outras palavras, se em sede de regulação provisória das responsabilidades parentais for fixado um regime de residência alternada e, conseqüentemente, se denote que tal regime não é o mais adequado a salvaguardar o superior interesse da criança, pode ser alterado o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

d) Direito espanhol

Ora, esta questão da determinação da residência da criança em caso de dissociação familiar não é restrita ao nosso ordenamento jurídico.

Ou seja, denota-se, igualmente noutros países, a tendência em considerar o modelo em que a criança reside um período com a mãe e outro período com o pai, como aquele que melhor salvaguarda o superior interesse da criança. E, isso, é evidente, por exemplo, em Espanha onde, em termos gerais, podemos ver uma evolução idêntica àquela que foi descrita atrás, no tocante, ao nosso ordenamento jurídico.

Como afirma Héctor Fernández Gaona, “a fixação da guarda é um dos principais focos de conflito quando um casal, casado ou não, decide pôr fim à sua relação e, há um ou mais filhos em comum, que têm de encontrar o seu lugar no novo cenário de relações familiares”¹²⁷.

¹²⁵ JOAQUIM MANUEL DA SILVA, A família das crianças na separação dos pais- A guarda compartilhada e a Justiça Restaurativa, Petrony Editora, 2ª edição, 2019, p.73.

¹²⁶ Cf. Art.12º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

¹²⁷ HÉCTOR FERNÁNDEZ GAONA, “El perfil de «familia ideal» bajo el régimen de guarda compartida” in Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº37, janeiro de 2018, p. 134 (tradução livre).

Tradicionalmente, no direito espanhol estabelecia-se que as responsabilidades parentais, em caso de divórcio dos progenitores, eram exercidas pelo progenitor com quem a criança residia. No entanto, se o outro progenitor o solicitasse, o juiz poderia fixar, no interesse da criança, o seu exercício conjunto ou repartir entre cada um as funções relativas ao exercício das responsabilidades parentais¹²⁸. Havia somente uma referência expressa à residência com um dos progenitores, no entanto, possibilitava-se a fixação do exercício em comum das responsabilidades parentais, por solicitação de um deles mesmo sem acordo do outro nesse sentido. Considerava-se que o regime de alternância da residência da criança não acautelava o seu superior interesse, em face da instabilidade que poderiam criar as mudanças permanentes.

Ora, podemos afirmar que a jurisprudência maioritária espanhola atribuía a “guarda y custodia” da criança em exclusivo à mãe, tendo o pai apenas o direito de visita. Entendia-se que a figura materna era a figura mais adequada a cuidar da criança. Neste sentido, estipulava o art.159º do Código Civil Espanhola, na redação dada pela Lei n.º 11/1981, de 13 de maio, que “se os pais vivem separados e não decidirem de comum acordo, os filhos e as filhas menores de sete anos ficam ao cuidado da mãe, salvo se o juiz, por motivos especiais, decidir de outro modo”.

Posteriormente, a Lei n.º 11/1990, de 15 de outubro, veio dar uma nova redação ao preceito em causa, consagrando que o julgador irá fixar, em conformidade com o interesse da criança, com qual dos progenitores ficaria a mesma, na hipótese de ambos não chegarem a acordo. Significa isto que, nada obstava a que os progenitores acordassem na fixação de um regime de “guarda y custodia compartida”. No entanto, a falta de acordo dos progenitores nesse sentido, impossibilitava a fixação desse regime. A este propósito, afirmam Maria Paz Rubio e Marta Otero Crespo “que até à reforma de 2005, a custódia compartilhada era uma medida entendida pela jurisprudência como de carácter excepcional essencialmente, pela falta de previsão legal expressa, pelas circunstâncias especiais que deviam concorrer para que pudesse ser entendida como a medida mais favorável para os filhos, assim como pelo peso da prática anterior.”¹²⁹

¹²⁸ Cf. Art.156º do Código Civil Espanhol, na redação dada pela Lei n.º 11/1981, de 13 de maio.

¹²⁹ MARIA PAZ GARCIA RUBIO/ MARTA OTERO CRESPO, “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Lei 15/2005” in Revista Jurídica de Castilla y León, Nº8, Febrero 2006, p.85 (tradução livre).

Em 2005, o regime da separação e do divórcio espanhol assistiu a importantes mudanças, por força da Lei n.º 15/2005, de 8 de julho. Desta feita, o artigo 92º, nº4 do Código Civil Espanhol passou a prescrever que “os progenitores podem acordar na convenção reguladora ou o juiz pode decidir, em benefício dos filhos, que a «patria potestad» seja exercida total ou parcialmente por um dos deles”¹³⁰.

Para além disso, o nº5 do preceito em causa, passou a prever que, aquando do divórcio, sempre que os progenitores o requeiram na proposta da convenção reguladora ou na hipótese de ambos chegarem a este entendimento no decorrer do procedimento, pode ser fixado o exercício compartilhado da guarda e custódia da criança. De qualquer modo, o juiz vai tomar a decisão mais conforme ao superior interesse da criança, devendo, para o efeito, colher um parecer do Ministério Público e proceder à audição da criança.

De notar que, ainda que não haja consenso entre os progenitores, o julgador pode mediante a solicitação de um dos progenitores e parecer favorável do Ministério Público, estabelecer a “guarda y custodia compartida”, por ser, naquele caso concreto, o regime que melhor salvaguarda o superior interesse daquela criança. Significa isto que, a fixação da “guarda y custodia compartida” não está dependente do acordo dos progenitores. No entanto, a exigência do parecer “favorável” do Ministério Público para que o juiz pudesse fixar a guarda e a custódia compartilhada contida no preceito, de acordo com a versão dada pela Lei n.º 15/2005, de 8 de julho, foi declarada inconstitucional e nula por Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 185/2012¹³¹.

Por outro lado, embora não seja tido como regime preferencial, tal regime da guarda e custódia compartilhada tem sido aplicado progressivamente pela jurisprudência espanhola, por ser entendido como o regime que melhor salvaguarda o superior interesse da criança. Assim, por exemplo, no Acórdão do Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014, considerou-se que “a redação do art.92º não nos permite concluir que se trata de uma medida excecional, mas deve, pelo contrário, ser considerada normal e até desejável, pois permite que as crianças tenham o direito de se relacionarem de forma efetiva com ambos os progenitores, mesmo nas situações de crise, sempre que isso seja possível e enquanto o for”¹³².

¹³⁰ Cf. Art.92º, nº4 do Código Civil Espanhol.

¹³¹ Acórdão datado de 17 de outubro de 2012.

¹³² Acórdão do Supremo Tribunal de 25 de Abril de 2014, resolução nº200/2014, Relator: Jose Antonio Seijas Quintana.

No mesmo sentido, a Audiência Provincial de Mérida de 22 de fevereiro de 2021, afirmou que a “custódia compartilhada”, “longe ser um regime excepcional, deve ser o regime ordinário e desejável de guarda das crianças menores. Este regime é o ideal, pois é o que mais se aproxima do modelo de convivência que existia antes da rutura do casamento. Para além disso garante aos pais a possibilidade de continuar a exercer os direitos e deveres (...) e de participar em igualdade de condições no desenvolvimento e crescimento dos seus filhos”¹³³.

Na comunidade autónoma do País Basco, foi adotado o “regime de guarda y custodia compartilhada” como regime preferencial. Nos termos do artigo 9º, nº1, da Lei n.º 7/2015, de 30 de junho, “cada um dos progenitores em separado, ou de comum acordo, poderá solicitar ao juiz, no interesse dos menores, que a guarda e a custódia dos filhos e filhas menores ou incapacitados seja exercida de forma compartilhada ou por um só deles (...)”. De notar que, a falta de acordo não obsta à fixação pelo juiz da guarda compartilhada. O juiz irá proceder à fixação de tal modelo sempre que da análise das circunstâncias do caso concreto, se revele mais adequado a satisfazer o interesse daquela criança.

Em suma, denota-se a tendência da jurisprudência e da doutrina majoritária espanhola em considerar o regime da “guarda e custódia compartilhada”, como aquele que melhor salvaguarda o superior interesse da criança, devendo ser aplicado se estiverem reunidas determinadas circunstâncias no caso concreto, caso contrário o tribunal deve fixar um regime de guarda e custódia única ou exclusiva, ou seja, o modelo em que a criança reside com um dos pais, tendo o outro progenitor apenas o direito de visita.

4.3.2 Prestação de alimentos e o regime de residência alternada

A regulação do exercício das responsabilidades parentais, aquando da rutura da relação dos progenitores, tem de incidir sobre três pontos essenciais, nomeadamente: a residência do menor, o convívio com o progenitor que não reside com a criança de forma habitual e o montante da prestação de alimentos que será dado à criança. Neste sentido, importa considerar um dos pontos essenciais, a obrigação de prestação de alimentos¹³⁴ e a sua relação com a residência do menor.

¹³³ Acórdão da Audiência Provincial de Mérida de 22 de fevereiro de 2021, resolução nº53/2021, Relator: Joaquín Gonzalez Casso.

¹³⁴ Tal obrigação de alimentos também existe quando os cônjuges estão separados, em decorrência do dever de assistência a que os cônjuges estão vinculados em virtude do casamento (art.1672º e art.1675º do CC). Neste caso, estamos perante um verdadeiro dever de crédito.

O art.1878º do Código Civil estabelece que: “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Daqui decorre um dos deveres específicos que recai sobre os progenitores, que é o designado dever de sustento, que se encontra igualmente previsto na nossa Constituição da República Portuguesa, no seu art.36º, nº5. Quando os filhos estiverem capazes de prover ao seu próprio sustento, os progenitores deixam de estar onerados pelo dever em causa, ou seja, deixa de lhes ser exigível tal dever para com os filhos.

O conceito de “alimentos” abarca não só “tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário”, como também “a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor”¹³⁵. Quer isto dizer que esta obrigação tem como objetivo dar à criança as condições necessárias para que esta possa ter um desenvolvimento saudável, a todos os níveis e garantir as suas necessidades primárias. Dito por outras palavras, esta obrigação dos pais consiste em “partilhar com os filhos o pouco que possam ter e colocar-se em posição de angariar os meios necessários e indispensáveis ao sustento do filho menor”¹³⁶.

Aquando da rutura da relação matrimonial, tal dever concretiza-se, em virtude do preceito constitucional supramencionado, na obrigação de um dos progenitores em prestar alimentos ao seu filho. Ou seja, em consequência da separação conjugal, afigura-se necessário proceder à fixação da prestação de alimentos. Neste contexto, estabelece o nº1 do art.1905º do Código Civil que os alimentos e a forma de os prestar devem ser “regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação”. Homologação que pode ser recusada “se o acordo não corresponder ao interesse do menor”.

Ora, os alimentos que o progenitor terá de prestar à criança terão que corresponder ao nível de vida que a criança tinha antes da rutura da relação matrimonial dos progenitores. No mesmo sentido, referem Helena Bolieiro e Paulo Guerra que “a obrigação de alimentos (...) visa tutelar (...) o direito a beneficiar do nível de vida de que a família gozava antes do divórcio ou da ruptura da convivência de facto, de forma a que as alterações no seu estilo de

¹³⁵ Cf. Artigo 2003º do Código Civil.

¹³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-03-2015, Processo nº 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A, Relator: Fernanda Isabel Pereira (Ac. uniformizador de jurisprudência).

vida e no seu bem-estar sejam o mais reduzidas possíveis”¹³⁷ ¹³⁸. Ou seja, “não sendo eles- pelo menos voluntária e/ou diretamente- os causadores da rutura, pela mesma não devem ser prejudicados.”¹³⁹ ¹⁴⁰

Para determinar o quantum da obrigação afigura-se necessário ter em conta dois vetores, nomeadamente as possibilidades económicas do progenitor e as necessidades do filho (art.2004º do Código Civil), pensemos nomeadamente na sua condição de saúde, na sua idade (uma criança mais velha tem mais despesas do que uma criança mais nova), etc. No que concerne às possibilidades económicas do progenitor, as mesmas resultam não só do rendimento do seu trabalho, bem como “do rendimento dos bens do obrigado (...) e ainda dos seus rendimentos de carácter eventual, como gratificações, emolumentos, etc.”¹⁴¹

A maioria do filho não é sinónimo de extinção da obrigação do progenitor em lhe prestar alimentos. Ou seja, a pensão de alimentos estabelecida durante a menoridade vale até aos 25 anos, uma vez que se depreende que a formação profissional termina, normalmente, aos 25 anos. De facto, em face da evolução da nossa sociedade, os jovens prosseguem os seus estudos e, nesse sentido, não têm, mesmo depois de atingirem a maioria, os meios necessários para assegurar a sua independência e autonomia. E, por isso, exige-se que o progenitor continue automaticamente a cumprir a obrigação de prestação de alimentos. No entanto, prevê o art.1905º, nº2 do CC¹⁴², que se o respetivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido, é ao progenitor que compete fazer prova da irrazoabilidade da sua exigência.

Ora, a fixação da prestação de alimentos devidos ao filho configura um dos aspetos que tem de constar, obrigatoriamente, da regulação do exercício das responsabilidades

¹³⁷ HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *A criança e a família- uma questão de direito(s)*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2014, p.228-229.

¹³⁸ Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Outubro de 2021 (Processo nº2089/16.1T8CLD.C1, Relator: Carlos Moreira) afirma que “os filhos têm, tendencialmente, o direito de manter o mesmo trem ou nível de vida que os respetivos progenitores e, mesmo, aquele que, num juízo de prognose, teriam, se os pais continuassem a viver juntos.”

¹³⁹ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-10-2021, Proc. nº2089/16.1T8CLD.C1, Relator: Carlos Moreira.

¹⁴⁰ Cf. ainda HELENA GOMES DE MELO [ET AL.], *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, 2010, 2ª edição, p.97. Afirmam os autores que deve procurar manter-se o “nível de vida do menor, na tentativa de minimizar os efeitos decorrentes da separação dos pais, de modo a que não seja mais um factor destabilizante do seu equilíbrio psicológico. Se o menor tiver que lidar, simultaneamente, com a separação dos pais e com a mudança de um colégio privado para um estabelecimento de ensino público, o que implica mudar de amigos e de professores, ser-lhe-á mais penoso do que lidar somente com a separação dos pais.”

¹⁴¹ MOITINHO DE ALMEIDA, do Conselho Distrital de Lisboa, “Os alimentos no Código Civil 1966”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1968, p.100.

¹⁴² Versão introduzida pela Lei n.º 122/2015 de 1 de setembro.

parentais, conjuntamente com a fixação da residência da criança e do convívio com o progenitor que não viva regularmente com a criança. Por isso, se do acordo não constar uma alusão aos alimentos da criança, a respetiva homologação será recusada pelo tribunal¹⁴³.

No que respeita à fixação da prestação de alimentos na hipótese de ser fixado um modelo de residência alternada, a tendência antes da nova redação do art.1906º, nº6 do CC (introduzida pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro) era não proceder à fixação de uma prestação alimentícia a favor do menor. Assim, limitavam-se ambos os progenitores a “prover ao sustento da criança durante o período em que ela se encontra consigo”¹⁴⁴ e a contribuir na proporção de metade em relação a outras despesas do filho.

Ora, não nos parece ser a melhor solução. Não podemos associar a fixação da residência alternada à não fixação de qualquer quantia a título de pagamento da prestação de alimentos por parte do progenitor. Tal entendimento seria inclusivamente potenciador de discórdia entre os pais e, portanto, ainda que no caso concreto esteja fixado um regime de residência alternada afigura-se necessário proceder-se à fixação de uma prestação de alimentos a favor da criança.

¹⁴³ Por outro lado, pergunta-se se perante a situação económica difícil do progenitor pode não constar do acordo de regulação das responsabilidades parentais a prestação de alimentos que este terá de prestar à criança. Os tribunais nacionais têm entendido, de modo frequente, que “a simples situação de desemprego não afasta a obrigação de prestar alimentos.” (Cf. Ac. do TRP de 16-12-2020, Proc. nº2628/16.8T8GDM-H.P1, Relator: Carlos Portela). Dito por outras palavras, “a situação de desemprego não dispensa o progenitor de cumprir a obrigação de alimentos, a qual deve ser calculada atenta a sua capacidade de trabalhar e de auferir rendimentos.” (Cf. Ac. do TRP de 16-12-2020, Proc. nº2628/16.8T8GDM-H.P1, Relator: Carlos Portela).

Note-se que, o que se pretende é tutelar o superior interesse daquela criança e a não fixação de uma pensão de alimentos acaba por ter o efeito contrário, ou seja, deixa a criança numa posição complexa. Neste sentido, pode ler-se no sumário do Ac. do TRC de 12-03-2013 (Proc. nº648/12.0TBTNV-A.C1, Relator: Moreira Do Carmo), “O tribunal deve proceder à fixação de alimentos a favor do menor, ainda que o respetivo progenitor esteja temporariamente desempregado ou se desconheça a concreta situação de vida desse progenitor obrigado a alimentos.” Também Remédio Marques afirma que, mesmo que o progenitor esteja “desempregado ou a cumprir uma pena privativa da liberdade” e “não tenha possibilidades económicas atuais de prover ao sustento do menor” a prestação de alimentos deve constar sempre no acordo de regulação das responsabilidades parentais, mesmo que a prestação em si mesma seja reduzida (Cf. REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre Alimento (Devidos a menores)*, Coimbra Editora, 2ª edição revista, 2007, p.191).

Em sentido contrário, Esaguy Martins considera que estando o progenitor numa situação económica difícil pode não ser fixada a pensão de alimentos. No entanto, uma vez que “O Supremo Tribunal de Justiça tem vindo, de forma unânime e uniforme, a seguir a primeira orientação, ou seja, a decidir pela obrigatoriedade da concretização da obrigação legal de alimentos a cargo do progenitor, cuja situação económica seja desconhecida ou em que se apure não auferir rendimentos, nomeadamente por estar desempregado”, considera o autor que é escusado “continuar a sustentar e a expor os argumentos em sentido contrário, por manifesta e óbvia inutilidade prática” (Cf. ESAGUY MARTINS, “Os alimentos devidos à criança”, in *Direito da Família-Vária*, Centro de Estudos Judiciários, Outubro 2018, p.17).

¹⁴⁴ HELENA BOLIEIRO/ PAULO GUERRA, *A Criança e a Família- Uma Questão de Direito(s)*, Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens, Coimbra Editora, 2ª edição, 2014, p.211.

A este ensejo, refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de outubro de 2019¹⁴⁵, que “o que a lei determina é que os alimentos serão proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los (art.2004º, do CC). Assim, estando ambos os progenitores obrigados ao dever de alimentos relativamente ao filho, devem cumprir tal obrigação na medida das capacidades económicas de cada um.”¹⁴⁶

Na verdade, acontecia que muitos dos progenitores, nomeadamente os pais homens, pretendiam a fixação do regime de residência alternada, não porque tencionavam ter a criança consigo, mas porque não pretendiam proceder ao pagamento da prestação de alimentos.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de fevereiro de 2020¹⁴⁷, debruçando-se sobre a alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, no sentido de ser fixada a residência do menor alternadamente com a mãe e com o pai, veio considerar que “os pais devem alimentos aos filhos (art.1874/2 do CC) e os alimentos devem ser proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los (art.2004/1 do CC), pelo que, havendo uma desproporção evidente de meios entre os progenitores (como é o caso dos autos), aquele que tem mais tem de pagar mais do que o outro, mesmo que seja fixado o regime de residências alternadas”. A progenitora em contra-alegações referiu que “2-O pai pretendia a residência alternada e, com esse regime, sempre poderia evitar o pagamento da pensão de alimentos.”¹⁴⁸

Por seu turno, o Tribunal considerou que mesmo que seja fixado o modelo de residência alternada, há também que ser fixada uma prestação de alimentos. Tal prestação justifica-se pela circunstância de ambos os progenitores apresentarem padrões de vida distintos e assim a prestação de alimentos permitiria equilibrar a manutenção do padrão de vida.

¹⁴⁵ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-10-2019, Proc. n.º3267/18.4T8VCT.G1, Relator: Rosália Cunha.

¹⁴⁶ A este propósito, Cf. HELENA GOMES DE MELO [ET. AL.], Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, Quid Juris, 2010, 2ª edição, p.97. Referem os autores que “a lei em momento algum estabelece que ambos os progenitores devem contribuir em igual quantia para o sustento dos filhos. A medida da contribuição dependerá dos rendimentos de cada um.”

¹⁴⁷ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-02-2020, Proc. n.º6334/16.5T8LRS-A-2, Relator: Pedro Martins.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14-12-2020, Proc. n.º360/17.4TBFIG-C.C1, Relator: Alberto Ruço, “a recorrente alegou nos autos e também referiu isso quando participou das diligências relativas à elaboração do Relatório de Avaliação Psicológica de 2020, que o pedido de residência alternada foi motivado pelo desejo do pai dos menores se libertar da prestação de alimentos”. Contudo, “não se provou que este interesse do pai dos menores tenha estado na origem do pedido.”

A Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro veio por termo à controvérsia sobre a relação entre a prestação de alimentos e a residência da criança. A redação atual do n.º6 do art.1906º do CC passou a consagrar que “quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente do mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”.

A nova versão do preceito permitiu assim alertar e clarificar que a fixação da residência alternada não determina a não fixação da prestação de alimentos. Ou seja, constituem ambos, aspetos essenciais da regulação das responsabilidades parentais, não havendo uma conexão direta entre os mesmos e, portanto, devem estar especificamente regulados na regulação do exercício das responsabilidades parentais.

5. Alteração do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais

Enfrentamos agora, o problema da alteração do regime das responsabilidades parentais. O regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais estabelecido por acordo ou fixado pelo tribunal é passível de modificação.

Neste ponto, estabelece o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, no seu art. 42º, n.º1, que “quando o acordo ou a decisão final não sejam cumpridos por ambos os pais, ou por terceira pessoa a quem a criança haja sido confiada, ou quando circunstâncias supervenientes (e relevantes) tornem necessário alterar o que estiver estabelecido, qualquer um deles ou o Ministério Público podem requerer ao tribunal, que no momento for territorialmente competente, nova regulação do exercício das responsabilidades parentais.” O requerimento do progenitor a requerer a alteração da regulação das responsabilidades parentais corre por apenso “ao processo onde se realizou o acordo ou foi proferida decisão final”, tal como indica o n.º2, al.b) do art.42º do RGPTC.

A alteração do regime do exercício das responsabilidades parentais só pode ocorrer em dois casos específicos, ou seja, quando existam circunstâncias supervenientes¹⁴⁹ que justifiquem a alteração do regime consagrado e na hipótese de um ou ambos os progenitores não cumprirem o regime instituído. Percebe-se que assim seja. A limitação das situações que

¹⁴⁹ Nos termos do art.988º, n.º1 do CPC “nos processos de jurisdição voluntária, as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração; dizem-se supervenientes tanto as circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso.”

tornam necessária a alteração do regime estabelecido justifica-se na medida em que a questão do exercício das responsabilidades parentais, em consequência da rutura da relação matrimonial dos progenitores, atinge fortemente a criança e a estrutura familiar.

Nesta medida, para que haja uma alteração do regime do exercício das responsabilidades parentais não basta um mero incumprimento do regime fixado. Da mesma forma, não pode o progenitor, para fundamentar a alteração, alegar uma mera eventualidade (pois pode nem acontecer), ou seja, é necessário que a situação no caso concreto se tenha modificado e que determine a inadequação do regime. De facto, só faz sentido a alteração do que se encontra já fixado se houver a existência de factos consideráveis e relevantes, caso contrário estar-se-ia a pôr em causa o superior interesse da criança¹⁵⁰.

Aliás, o Tribunal, depois de analisar os factos em concreto, se considerar que o pedido de alteração das responsabilidades parentais é “infundado”, ou que a modificação do regime estabelecido é escusada, face há inexistência de uma situação considerável que fundamente essa modificação de regime, “manda arquivar o processo, condenando em custas o requerente”¹⁵¹.

Ora, o incumprimento¹⁵² refere-se a dois pontos essenciais da regulação das responsabilidades parentais em caso de divórcio, em particular, à prestação de alimentos e ao direito de visita do progenitor que não reside de forma habitual com a criança.

Efetivamente, a violação do direito do progenitor não residente ao convívio com o menor pode originar a alteração do regime de regulação das responsabilidades parentais. Por exemplo, o Tribunal da Relação de Évora de 25 de março de 2021¹⁵³, foi chamado a pronunciar-se, em sede de recurso, sobre o Despacho proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca de Beja, que alterou o regime provisório do exercício das responsabilidades

¹⁵⁰ No caso decidido pelo Tribunal da Relação de Évora de 7-11-2019 (Proc. nº566/09.0TMFAR-A.E1, Relator: Maria João Sousa e Faro), o progenitor “intentou ação de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais contra a progenitora DD, requerendo que a residência da criança seja fixada junto do requerente, alegando, em síntese, que o mesmo revela maior capacidade para zelar pela saúde e educação da criança do que a mãe, tendo em conta as necessidades educativas especiais do menor.” O tribunal estabeleceu que “não são essas competências- que nem sequer são supervenientes- que podem justificar a alteração de um regime vigente há tantos anos.” Assim, não existindo “quaisquer circunstâncias supervenientes, não havia qualquer motivo ponderoso que justificasse ter o Tribunal decidido alterar a residência do menor (...).”

¹⁵¹ Cf. Art.42º, nº4 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

¹⁵² O incumprimento do regime fixado pode determinar a condenação em multa e indemnização a favor do menor, do progenitor ou a ambos (art.41º do RGPTC).

¹⁵³ Ac. do TRE de 25-03-2021, Proc. nº544/19.0T8FAR-B.E1, Relator: José Manuel Barata. Em sentido idêntico, Cf. Ac. do TRE de 14/01/2021, Proc. nº214/09.8TBFTTR-J.E.2, Relator: Maria da Graça Araújo.

parentais alterando a residência da criança para junto do progenitor, dado o reiterado incumprimento da progenitora relativamente ao regime de visitas. A progenitora interpôs recurso da decisão, alegando que é a sua figura primária de referência e, nessa medida, deveria a criança continuar a residir com a progenitora.

No entanto, o Tribunal da Relação de Évora julgou improcedente o recurso e confirmou a decisão recorrida. Estabeleceu o Tribunal que “o insistente e abusivo incumprimento da mãe da criança quanto ao regime de visitas, não permitindo que a (...) conviva com o pai, revela-se demasiado lesivo para o seu particular interesse, o que não pode ser permitido pelo sistema de justiça.” Em síntese, o Tribunal considerou que o reiterado incumprimento da progenitora relativamente ao regime de visitas, que põe em causa o superior interesse do menor, “é motivo adequado e proporcional a alteração provisória das responsabilidades parentais, fixando-se a residência da criança com o pai, ainda antes de estar decidido em definitivo o pedido de alteração dessas responsabilidades.”

De notar que, tal factualidade é também suscetível de configurar o crime de subtração de menor. Ou seja, nos termos do artigo 249º, nº1, al.c) do CP, quem “de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento” pode incorrer na prática de um crime de subtração de menor¹⁵⁴. Ou seja, o objetivo do preceito penal é evitar quaisquer ações (reiteradas) que possam levar à separação física entre um dos pais e a criança e conseqüentemente a um corte do vínculo entre ambos. Denote-se que tal afastamento da criança de um dos progenitores pode, inclusivamente, causar danos ao seu desenvolvimento da criança.

Importa ainda, no âmbito da alteração do regime do exercício das responsabilidades parentais em virtude do não cumprimento do regime de visitas chamar à colocação o chamado síndrome de alienação parental¹⁵⁵. Consiste na faculdade de um dos progenitores

¹⁵⁴ RITA LOBO XAVIER, Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei nº61/2008, de 31 de outubro, reimpr. da edição de abril de 2009, Coimbra, Almedina, p.71-72. A Autora afirma que ainda que sejam muito frequentes “as situações de incumprimento dos regimes de convivência”, esta solução normativa parece ser desmesurada.

¹⁵⁵ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 08-10-2015, Proc. nº508/05.1TMBRG-A.G1, Relator: Isabel Silva.

fazer crer propositadamente na criança que o outro não é um bom progenitor, incentivando-a assim a não estabelecer qualquer contacto com o mesmo¹⁵⁶.

Ponto assente é que o regime de residência alternada permite diminuir a ocorrência do síndrome em causa, no sentido em que ambos os progenitores estão com a criança por semelhantes períodos de tempo.

Ora, em sede de regulação provisória do regime do exercício das responsabilidades parentais, ainda não há a existência de uma decisão definitiva. Tal significa, que se posteriormente existirem elementos plausíveis que inviabilizem o regime fixado, o julgador pode proceder à alteração do regime das responsabilidades parentais. Nas palavras de Diogo Ravara, “a alteração provisória das decisões provisórias no âmbito dos processos regulados no RGPTC não depende de qualquer requisito específico nomeadamente a alteração das circunstâncias de facto que motivaram a decisão a alterar.”¹⁵⁷ Basta, segundo o autor, “a verificação de motivo atendível, e objetivamente adequado que justifique a alteração, à luz do critério geral do superior interesse da criança.”¹⁵⁸

No tocante, à alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais para alterar a residência da criança afigura-se necessária a presença de circunstâncias ou acontecimentos supervenientes que demonstrem que o modelo anteriormente fixado (modelo de residência alternada ou residência única) já não é o adequado a satisfazer o superior interesse da criança.

Ora, a mudança de residência da criança para o estrangeiro, configura uma questão de particular importância, na medida em que é suscetível de afetar o futuro da mesma. Tal como refere Hugo Manuel Leite Rodrigues “a perda e o ganho de amigos, a mudança de língua, a nova cultura a que se terá de adaptar, o afastamento de alguns familiares (ou a

¹⁵⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, Revista Julgar, nº13, 2011, Coimbra Editora, p.74 sustenta uma posição crítica relativamente à teoria da síndrome da alienação parental. Segundo a autora o facto de uma criança se recusar a relacionar-se com um dos progenitores resulta sempre de múltiplos fatores, não tendo origem numa “só causa, como pretende a tese da síndrome da alienação parental, que faz a rejeição da criança derivar necessariamente de uma campanha difamatória levada a cabo por um dos pais contra o outro.”

¹⁵⁷ DIOGO RAVARA, “Alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais e questões de particular importância: dúvidas e interrogações”, in IV Jornadas Direito da família e das crianças- O feliz cruzamento do Direito da Família com outros ramos do Direito Civil, Vol.I, Jurisdição da Família e das Crianças, outubro 2021, p.201.

¹⁵⁸ DIOGO RAVARA, “Alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais e questões de particular importância: dúvidas e interrogações”, in IV Jornadas Direito da família e das crianças- O feliz cruzamento do Direito da Família com outros ramos do Direito Civil, Vol.I, Jurisdição da Família e das Crianças, outubro 2021, p.201.

aproximação de outros que estejam no país de destino), entre muitos outros factores, mudam radicalmente a vida de uma pessoa.”¹⁵⁹ Sem prejuízo da maior facilidade de adaptação das crianças mais pequenas.

Para além disso, a longa distância que separa a criança e o progenitor irá afetar o relacionamento afetivo entre ambos, uma vez que o impede de manter um contacto próximo com o menor. Por outro lado, não podemos deixar de ter em conta o disposto no artigo 44º da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “a todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional”.

Nessa medida, existindo discordância entre os progenitores, é necessário que o Tribunal fixe a decisão mais conforme ao superior interesse da criança. A este propósito, indica Hugo Manuel Leite Rodrigues, que para que o Tribunal possa proceder à referida alteração do regime é necessário ter em consideração “o efeito da mudança no menor, as consequências da própria alteração da regulação das responsabilidades parentais passando o menor a residir com o outro progenitor, etc.”¹⁶⁰ Para além disso, afigura-se necessário proceder à audição da criança e ter em conta a ligação da criança com ambos os progenitores.

Se da análise do caso concreto se conclui que a mudança de residência do menor para o estrangeiro colide com o superior interesse da mesma não deve ser permitida.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de outubro de 2021¹⁶¹ considerou-se que “ainda que isso acarrete dificuldades na convivência da criança com um dos progenitores que deve ser tanto quanto possível, acautelada, a mudança de residência da criança para Inglaterra, juntamente com o progenitor guardião, que ali passa a residir e a trabalhar com estabilidade, só não deve ser admitida se daí advier prejuízo para o superior interesse do filho.”¹⁶²

¹⁵⁹HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, 2011 p.158.

¹⁶⁰HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra Editora, 2011, p.159.

¹⁶¹ Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 12-10-2021, Proc. nº 8369/1701T8VNG.P1, Relator: Anabela Dias da Silva.

¹⁶² Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 4-02-2016 (Proc. nº 1233/1408TBGMR.G1, Relator: Jorge Teixeira) estabelece que “só será de concluir que a deslocação do menor para a nova residência do progenitor guardião não é a solução mais conforme aos seus interesses se o impacto negativo no equilíbrio social, emocional e afetivo do menor for de tal modo grave que não seja devidamente contrabalançado pelo facto de manter a relação com a figura primária de referência.”

Conclusão:

A família é o espaço por excelência, onde a criança sedimenta, na relação com os outros, a sua pessoa, adquire valores e recebe amor. Nessa medida, em caso de dissociação familiar, tem de ser fixado o regime do exercício das responsabilidades parentais, tendo em conta o seu superior interesse. Um dos pontos essenciais da regulação do exercício das responsabilidades parentais é a questão da residência da criança, ou seja, determinar com quem a criança irá residir em face da separação dos seus progenitores.

A Reforma de 2008, reestruturou o regime do exercício das responsabilidades parentais e suprimiu a expressão “guarda” passando a dar destaque ao conceito de residência. Das várias modalidades de residência, podemos notar que o modelo de residência alternada tem vindo a ganhar cada vez mais importância ao longo dos tempos.

Durante longo tempo, a tónica da discussão centrava-se, precisamente, na questão de saber se, aquando da rutura da relação matrimonial dos progenitores, era ou não admissível fixar um regime da residência alternada. A questão controversa, passou, no entanto, a contender, com as condições necessárias para que o modelo seja fixado.

A Petição da Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direito dos Filhos, “em prol da presunção jurídica da residência alternada” para crianças cujos progenitores romperam a relação, teve um importante papel no sentido de suscitar a importância de uma alteração legislativa em face da não previsão expressa na lei (segundo a Petição) da possibilidade de ser fixado o modelo de residência alternada. Mais tarde, vários partidos apresentaram vários projetos de lei. Consequentemente, o artigo 1906º do Código Civil conheceu modificações com a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro. A percepção de que o modelo de residência alternada é o que melhor acautela o interesse da criança, levou à consagração expressa na lei da possibilidade de o julgador poder “determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente do mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da prestação de alimentos”¹⁶³.

No entanto, percorrendo as propostas legislativas firmadas relativamente à consagração no Código Civil do modelo de residência alternada, é possível constatar que tudo se reduziu a um mero texto legislativo clarificador, não havendo uma considerável alteração de regime.

¹⁶³ Cf. Artigo 1906º, n.º6 do Código Civil.

Advogamos a necessidade de tal regime ser estabelecido na lei como regime preferencial, na medida em que é o único que permite que ambos os pais se realizem como progenitores e, para além disso, possibilita que a criança mantenha uma relação de vinculação consistente com ambos, caso contrário essa vinculação será muito difícil de existir, pelo menos com um dos progenitores. Permite ainda aos pais, estarem unidos pelo bem da criança, esforçados em garantir o seu crescimento saudável e harmonioso.

Bibliografia

- ALMEIDA, MOUTINHO DE, “Os alimentos no Código Civil 1996”, in Revista da Ordem dos Advogados, 1968;
- ANCIÃES, ALEXANDRA, AGULHAS, RUTE, “Residência alternada: Nem sempre sim, nem sempre não”, disponível online em <https://pontosj.pt/especial/residencia-alternada-nem-sempre-sim-nem-sempre-nao/>
- CERDEIRA, ÂNGELA, Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si, Coimbra Editora, 2000;
- COELHO, FRANCISCO PEREIRA, OLIVEIRA, GUILHERME DE, Curso de Direito da Família, Vol. I, 5ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Tratado de Direito Civil Português, 3ª edição, aumentada e inteiramente revista, Coimbra Almedina, Vol.1- Parte Geral, TOMO I, 2005;
- FIGUEIREDO, PEDRO RAPOSO, “A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais- A questão (pendente) do acordo dos progenitores” in Revista Julgar, nº33, 2017;
- GAONA, HÉCTOR FERNÁNDEZ, “El perfil de «família ideal» bajo el régimen de guarda compartida” in Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº37, janeiro de 2018;
- GUERRA, PAULO, BOLIEIRO, HELENA, A criança e a família- uma questão de direito(s), 2ª edição, Coimbra Editora, 2014;
- Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, Centro de Estudos Judiciários, 2013, disponível online, em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/guia_pratico_divorcio_responsabilidades_parentais.pdf
- LEAL, ANA TERESA, “Novos modelos e tendências na regulação das responsabilidades parentais- A residência alternada”, Ação de formação realizada pelo Centro de Estudos Judiciários datada de 1 de junho de 2012;
- MATOS, RICARDO BRAGANÇA DE, “A presunção jurídica de residência alternada e a tutela do superior interesse da criança”, Revista do Ministério Público 156: Outubro/Dezembro, 2018;
- MARINHO SOFIA, CORREIA, SÓNIA VLADIMIRA, “Uma família parental, duas casas”, Edições Sílabo, 1ª edição, Lisboa, setembro de 2017;

- MARQUES, REMÉDIO, Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a menores), Coimbra Editora, 2ª edição revista, 2007;
- MARTINS, ESAGUY, “Os alimentos devidos à criança” in Direito da Família- Vária, Centro de Estudos Judiciários, Outubro, 2018;
- MELO, HELENA GOMES [et al.], Poder paternal e responsabilidades parentais, 2ª edição, rev., atual. e aument., Lisboa: Quid Juris, 2010;
- MIRANDA, JORGE, Sobre o poder paternal, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Livraria Almedina, Coimbra, Ano 32, N°s 1-2-3-4 (Jan./Dez.1990);
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, Manual de Direito da Família; Coimbra: Almedina, 2020;
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “A nova lei do divórcio”, Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 7, nº13, 2010;
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”, Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra Editora, Ano 8, nº16, 2011;
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, nº10, 2008;
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Notas sobre a Residência Alternada (considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República-2020), disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/styled/>
- PINHEIRO, JORGE DUARTE, O direito da família contemporâneo, 7ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2020;
- RAVARA, DIOGO, “Alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais e questões de particular importância: dúvidas e interrogações” in IV Jornadas Direito da família e das crianças- O feliz cruzamento do Direito da Família com outros ramos do Direito Civil, Vol. I, Jurisdição da Família e das Crianças, outubro 2021;
- RODRIGUES, HUGO MANUEL LEITE, Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais, Centro de Direito da Família, nº 22, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;
- RUBIO, MARIA PAZ GARCIA, CRESPO, MARTA OTERO, “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Lei 15/2005” in Revista Jurídica de Castilla y León, nº8, febrero 2006;
- SILVA, JOAQUIM MANUEL DA, A família das crianças nas separações dos pais- A guarda compartilhada e a Justiça Restaurativa, Petrony Editora, 2ª edição, 2019;

- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, Revista Julgar, nº13, Coimbra Editora, 2011;
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, “O interesse da criança e a guarda partilhada nos casos de divórcio”, in Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coor. De Elsa Vaz de Sequeira, Fernando Oliveira e Sá, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017;
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, Exercício do poder paternal, Estudos e Monografias, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003;
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 6ª edição, revista, aumentada, atualizada, Coimbra, Almedina, 2016;
- SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 8ª edição, Edições Almedina, 2021;
- VARELA, ANTUNES/ LIMA, PIRES, Código Civil Anotado, Vol. V (arts. 1796º a 2023º), Coimbra Editora, 1995;
- VARELA, ANTUNES, Das obrigações em geral, Vol.1, 10ª edição, Almedina;
- WOOLLEY, PERSIA, “Shared Custody- Demanded by Parents, Discouraged by Courts”, Family Advocate, vol.1, nº1, 1978;
- XAVIER, RITA LOBO, Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, Almedina, 2012;
- XAVIER, RITA LOBO, Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei nº61/2008, de 31 de Outubro, Coimbra Editora, 2009.

Jurisprudência portuguesa:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de janeiro de 2022, Processo nº20994/15.0T8SNT-E-7, Relator: Luís Filipe Pires de Sousa

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14-01-2021, Processo nº214/09.8TBFTR-J.E.2, Relator: Maria da Graça Araújo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25-03-2021, Processo nº 544/19.0T8FAR-B.E1, Relator: José Manuel Barata

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/06/2021, Processo nº394/21.4T8AMD.L1-7, Relator: Diogo Ravara.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08-07-2021, Processo nº 661/17.8T8LMG-A.C1, Relator: Luís Cravo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-07-2021, Processo nº14658/17.8T8LSB.L1-2, Relator: Néilson Borges Carneiro.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12-10-2021, Processo nº8369/1701T8VNG.P1, Relator: Anabela Dias da Silva.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12/10/2021, Processo nº2089/16.1T8CLD.C1, Relator: Carlos Moreira.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-02-2020, Processo nº6334/16.5T8LRS-A-2, Relator: Pedro Martins.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10-11-2020, Processo nº 3162/17.4T8CSC.L1-7, Relator: Diogo Ravara.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14-12-2020, Processo nº nº360/17.4TBFIG-C.C1, Relator: Alberto Ruço

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-12-2020, Processo nº7090/10.6TBSXL-B.L1-7, Relator: Luís Filipe Sousa.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2020, Processo nº 2148/15.8T8GDM-D.P2, Relator: Rodrigues Pires.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-12-2020, Processo nº nº2628/16.8T8GDM-H.P1, Relator: Carlos Portela.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-01-2019, Processo nº 22967/17.0T8PRT.P1, Relator: Miguel Baldaia de Moraes

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07-05-2019, Processo nº1655/18.5AVR-A.P1, Relator: Rodrigues Pires.

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 18-06-2019, Processo nº29241/16.7T8LSB-A.L1-7, Relator: Ana Rodrigues da Silva.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-07-2019, Processo nº: 1982/15.3T8VRL-A.G1, Relator: Eugénia Cunha.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-10-2019, Processo nº nº3267/18.4T8VCT.G1, Relator: Rosália Cunha.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-10-2019, Processo nº nº3852/18.4T8VFR-A.P1, Relator: Carlos Portela.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07-11-2019, Processo nº566/09.0TMFAR-A.E1, Relator: Maria João Sousa e Faro.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-12-2019, Processo nº1431/17.2T8MTS.P1.S1, Relator: Jorge Dias.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20-03-2018, Processo nº1910/16.9T8BRG-A.G1, Relator: Margarida Sousa.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25-09-2018, Processo nº4597/16.5T8PRT-C.P1, Relator: Lina Baptista.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-11-2018, Processo nº2879/17.8T8PRT.P1, Relator: Alexandra Pelayo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17-12-2018, Processo nº nº60/16.2T8VLF.G1, Relator: Fernanda Proença Fernandes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02/11/2017, Processo nº996/16.0T8BCL-C.G, Relator: Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04-02-2016, Processo nº 1233/1408TBGMR.G1, Relator: Jorge Teixeira.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-03-2015, Processo nº 252/08.8TB SRP-B-A.E1.S1-A, Relator: Fernanda Isabel Pereira (Ac. uniformizador de jurisprudência).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08-10-2015, Processo nº508/05.1TMBRG-A.G1, Relator: Isabel Silva.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-03-2013, Processo nº648/12.0TBTVN-A.C1, Relator: Moreira Do Carmo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-12-2006, Proc. nº 3456/2006-8, Relator: Bruto da Costa.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7-11-2013, Processo nº 7598/12.9TBCSC-A.L1-6, Relator: Maria de Deus Correia.

Jurisprudência espanhola:

Acórdão do Tribunal Constitucional nº185/2012, datado de 17 de outubro de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de 25 de Abril de 2014, resolução nº200/2014, Relator: Jose Antonio Seijas Quintana.

Acórdão da Audiencia Provincial de Mérida de 22 de fevereiro de 2021, resolução nº53/2021, Relator: Joaquin Gonzalez Casso.