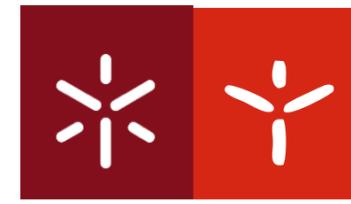




**Estudos sobre a aplicação da residência alternada (dupla residência)
da criança no ordenamento jurídico luso-brasileiro**

Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira

UMinho | 2019

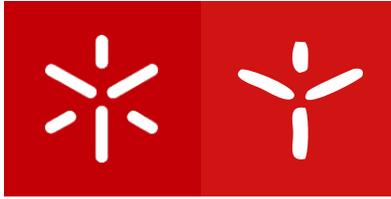


Universidade do Minho
Escola de Direito

Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira

**Estudos sobre a aplicação da residência
alternada (dupla residência) da criança no
ordenamento jurídico luso-brasileiro**

Junho de 2019



Universidade do Minho

Escola de Direito

Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira

Estudos sobre a aplicação da residência alternada (dupla residência) da criança no ordenamento jurídico luso-brasileiro

Tese de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Rossana Martingo Cruz

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

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

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

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



Atribuição
CC BY

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

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre.

À minha família, em especial à minha mãe, pelo amor, dedicação e constante apoio em todas as etapas da minha vida.

Aos meus filhos, a quem também dedico esta dissertação, por me demonstrarem todos os dias a importância de se exercer a parentalidade partilhada.

Ao meu marido, amigo e companheiro, por ter aceitado esse desafio e caminhado ao meu lado na realização deste trabalho.

À Defensoria Pública do Estado do Amazonas, instituição da qual muito me orgulho em fazer parte, pelo incentivo e suporte a este projeto.

À minha orientadora, Prof^a. Dra. Rossana Martingo Cruz, pela disponibilidade e valiosa atenção a mim dispensada, bem como pelas críticas construtivas realizadas ao longo da minha escrita, imprescindíveis à concretização deste estudo.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

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

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

ESTUDOS SOBRE A APLICAÇÃO DA RESIDÊNCIA ALTERNADA (DUPLA RESIDÊNCIA) NO ORDENAMENTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

Este trabalho propôs-se a desenvolver estudos comparativos entre o ordenamento jurídico português e o brasileiro no concernente à prática da residência alternada (dupla residência) da criança pós-divórcio ou separação, com o intuito de avaliar se há viabilidade jurídica para a sua aplicação, bem como se tal instituto tem efetiva incidência nos processos em que sejam reguladas as responsabilidades parentais e em que circunstâncias. Para tanto, examinaram-se as origens dessa dinâmica de organização familiar pós-divórcio que remonta aos Estados Unidos da América, na figura da *joint physical custody*, abordando o seu conceito e principais atributos, após o que se adentrou no contexto jurídico de países como a Espanha e França, onde o instituto já usufrui de mais aceitação social e jurídica, através do cotejo doutrinário e jurisprudencial. A seguir, dedicou-se um capítulo para o estudo do ordenamento jurídico brasileiro com foco no poder familiar, discorrendo-se acerca das modalidades de guarda admitidas pela legislação civilista, além de se examinar como os tribunais brasileiros se posicionam atualmente a respeito da dupla residência da criança após divórcio, no contexto da guarda compartilhada e, por fim, expôs-se os casos de inaplicabilidade do instituto. O último capítulo é dedicado ao estudo do ordenamento jurídico português, ocasião em que se teceu breve evolução legislativa do exercício exclusivo do poder paternal ao exercício conjunto das responsabilidades parentais a partir da Lei nº 61/2008, bem como se avaliaram as principais repercussões dessa reforma legislativa no tocante à residência da criança, à luz do art.º 1.906º do Código Civil Português (CCP). Ademais, destacaram-se os posicionamentos doutrinários desfavoráveis à aplicação do instituto, bem como se examinou o posicionamento da jurisprudência portuguesa no que tange à residência alternada da criança pós-divórcio. O presente estudo pretendeu, pois, demonstrar que ambos os países possuem embasamento jurídico para a implementação da alternância de residência da criança após divórcio, contudo há premente necessidade de se ampliar o debate sobre o tema, considerando ainda haver grande resistência, principalmente no Brasil, em se aplicar tal modalidade de arranjo familiar, que tanto favorece a coparentalidade e atende às necessidades da criança de vinculação afetiva com ambos os progenitores.

PALAVRAS-CHAVE

Coparentalidade; guarda conjunta; residência alternada; responsabilidades parentais.

STUDIES ON THE APPLICATION OF SHARED RESIDENCE (SHARED PHYSICAL CUSTODY) IN THE PORTUGUESE-BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

The purpose of this study was to develop comparative studies between the Portuguese and Brazilian legal systems concerning the practice of shared residence (shared physical custody) of the child after divorce or separation, in order to assess whether there is legal feasibility for its application, as well as whether such institute has an effective impact on the processes in which parental responsibilities are regulated and under what circumstances. For this purpose, we examined the origins of this dynamics of post-divorce family organization that goes back to the United States of America, in the figure of the joint physical custody, addressing its approaching and main attributes, after this it was inserted in the legal context of countries as Spain and France, where the institute already enjoys more social and legal acceptance, through the doctrinal and jurisprudential comparison. Next, a chapter was devoted to the study of the Brazilian legal system with a focus on parental responsibility, discussing the modalities of custody allowed by civil law, and examining how the Brazilian courts currently stand on dual residence of the child after divorce, in the context of shared custody, and, finally, the inapplicability of the institute were exposed. The last chapter is devoted to the study of the Portuguese legal system, in which legislative brief was developed from the exclusive exercise of parental responsibility to the joint exercise of parental responsibilities as of the Law under n. 61/2008, as well as evaluating the main repercussions of this legislative reform on the child's residence in the light of Article 1.906 of the Civil Code. In addition, the doctrinal positions unfavorable to the application of the institute were highlighted, as well as the positioning of the Portuguese jurisprudence regarding the shared residence of the post-divorce child. The present study aimed to show that both countries have a legal basis for the implementation of the child's shared residence after divorce, but there is a strong need to broaden the debate on this topic, considering that there is still great resistance, especially in Brazil, in applying this modality of family arrangement, which both favors co-parenting and meets the needs of the child of affective attachment with both parents.

KEYWORDS

Co-parenting; joint physical custody; shared residence; parental responsibilities.

ÍNDICE

Agradecimentos.....	iii
Resumo.....	v
Abstract.....	vi
Índice de Figuras.....	ix
Lista de Abreviaturas, Siglas e Acrónimos	x
Introdução.....	1
1. Origens da residência alternada da criança pós-divórcio e a sua aplicação no ordenamento jurídico estrangeiro	5
1.1 <i>Joint custody and Shared Parenting</i> nos Estados Unidos da América.....	5
1.2 Residência alternada: análise conceitual, principais atributos e fundamentos jurídicos.....	14
1.3 A experiência da residência alternada em Espanha.....	25
1.4 A experiência da residência alternada em França.....	34
2. A dupla residência da criança no Brasil	43
2.1 O Poder Familiar conforme o atual Código Civil Brasileiro	43
2.2 As modalidades de guarda no Sistema Jurídico Brasileiro	49
2.2.1 Notas introdutórias	49
2.2.2 A guarda unilateral segundo o Código Civil de 2002	51
2.2.3 A guarda partilhada: jurídica e física.....	58
2.3 A fixação da residência do (s) filho (s) no pós-divórcio: como se posicionam os Tribunais Brasileiros acerca da dupla residência.	66
2.4 Os casos de inaplicabilidade da guarda partilhada com dupla residência da criança após divórcio e/ou separação	77
3. A residência alternada em Portugal	85
3.1 Evolução legislativa antes e a partir da Lei n.º 61/2008: do exercício do poder paternal ao exercício conjunto das responsabilidades parentais	85
3.2 O exercício das responsabilidades parentais inserto no art.º 1.906 do CC, com redação promovida pela Lei n.º 61/2008.....	89
3.3 A fixação da residência do (s) filho (s) no pós-divórcio: posição dos Tribunais Portugueses acerca da residência alternada.....	100

3.3.1 Breve exame do contexto processual em que se insere a regulação das responsabilidades parentais.....	100
3.3.2 Análise da evolução jurisprudencial portuguesa relativa à aplicação da residência alternada da criança após o divórcio.....	105
3.4 As justificativas doutrinárias contra a aplicação da residência alternada da criança após o divórcio.	112
Conclusão	123
Referências Bibliográficas	128
Decisões judiciais	133
Legislação consultada/Utilizada.....	135
Webgrafia	137

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 - Guarda compartilhada – Estatutos dos Estados Americanos.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

APIPDF - Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos

APMJ - Associação Portuguesa de Mulheres Jurídicas

Art.º - artigo

CC - Código Civil

CCB – Código Civil Brasileiro

CCE – Código Civil Espanhol

CCF – Código Civil Francês

CCP - Código Civil Português

CEJ - Centro de Estudos Judiciários

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ - Conselho Nacional da Justiça

CP - Código Penal

CPB - Código Penal Brasileiro

Des. - Desembargador

ECE - Estatuto da Criança e do Adolescente

EUA. – Estados Unidos da América

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IC. – Indiana Code

Md. – Maryland

MP - Ministério Público

N.C. Gen. Stat – North Carolina General Statutes

NCSL - National Conference of State Legislature

OTM- Organização Tutelar de Menores

PAN – Partido Pessoas- Animais-Natureza

PS - Partido Socialista

RGPTC - Regime Geral do Processo Tutelar Cível

Séc.- Século

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STS - Sentença do Tribunal Supremo

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação de Porto

v.g. – verbi gratia

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo realizar uma abordagem de direito comparado entre o ordenamento jurídico português e brasileiro, no que diz respeito ao instituto da residência alternada (dupla residência) da criança pós-divórcio ou separação, examinando a sua efetiva aplicação nos processos em que sejam reguladas as responsabilidades parentais¹ e, para o alcance de tal desiderato, analisar-se-ão as suas origens, assim como o seu conceito e características, através do posicionamento doutrinário luso-brasileiro e estrangeiro, apontando-se os principais aspetos positivos e negativos suscitados pelos juristas expoentes nesta temática.

No que tange à relevância do tema escolhido, trata-se de instituto jurídico presente nos mais recentes debates no ramo do Direito de Família, considerando as novas formas de arranjo familiar atualmente existentes, a decorrerem grande parte do crescente número de divórcio e separação de pessoas, o que torna imprescindível aprofundarem-se as discussões acerca da questão, eis que ainda se constata demasiada resistência por parte dos tribunais em aplicar a residência alternada nos países *sub examinen*, não obstante a diversidade de estudos científicos apontando para a referida prática, no contexto da coparentalidade, como sendo uma forma de organização parental após divórcio ou separação que atende aos interesses e necessidades da criança e, como consequência, de seus pais.

Para melhor entendimento da matéria, dedicar-se-á o primeiro capítulo deste trabalho ao exame das raízes do instituto da residência alternada nos Estados Unidos da América, a partir da década de 70, momento em que se observavam, no mundo ocidental, transformações em vários aspetos da vida familiar, tais como diminuição das taxas de nupcialidade e casamentos católicos; o aumento das uniões de facto; o aumento de nascimentos fora do casamento; o aumento significativo da taxa de divórcio e na configuração de novas realidades parentais nas famílias monoparentais e reconstituídas².

Consoante será devidamente destacado, observou-se uma evolução da dinâmica familiar, com a gradual alteração do seu padrão estrutural, em que as mulheres passaram de cuidadoras exclusivas dos seus filhos e do lar para exercerem atividades também no mercado de trabalho, e contribuir, cada vez mais, para o sustento do seu núcleo familiar. Assim, culminou o aparecimento de novas formas de organização parental, sendo possível observar a participação cada vez mais intensa dos pais no

¹ No caso do Brasil, nos processos em que seja fixada a guarda da criança.

² MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p.13.

quotidiano da família, a refletir maiores responsabilidades na educação e criação dos seus filhos, tanto na conjugalidade como após divórcio ou separação.

Nesse contexto, emergem, no seio familiar, práticas de igualdade parental, sendo possível observar o exercício da coparentalidade, conceituada como a forma dos pais cooperarem no cumprimento dos seus papéis parentais para com seus filhos. Seria, portanto, nas palavras do psicólogo e Professor da Universidade de Laval, Canadá, Richard Cloutier *o entendimento na partilha de responsabilidades, a sincronização das funções de cada um dos progenitores, a qualidade da comunicação no dia-a-dia e na altura das tomadas de decisão, o respeito pelo que foi acordado, as estratégias de controlo dos conflitos*³.

É precisamente nesse ambiente de responsabilidades parentais conjuntas que surge a dinâmica da residência alternada, após divórcio/separação, a consistir no exercício da residência da criança de forma alternada ou rotativa com cada um dos progenitores, com os quais a criança passa tempo tendencialmente similar, a possibilitar o desenvolvimento de vivências comuns e o estabelecimento do quotidiano familiar e social estável com ambas as células familiares⁴.

Conforme será salientado nesta dissertação, as legislações do mundo ocidental sofreram constantes transformações no que diz respeito ao tratamento das responsabilidades parentais, pretendendo-se discutir, nesse contexto internacional, como a prática da alternância de residências tem sido abordada em países como a França e a Espanha, através do exame da legislação civil que regulamenta a matéria, bem como, mediante a observação do posicionamento jurisprudencial.

Após breve digressão histórico-normativa do instituto da residência alternada, propõe-se para o segundo capítulo um minucioso estudo do ordenamento jurídico brasileiro alusivo à matéria, avaliando-se a evolução do Código Civil Brasileiro (CCB) no que diz respeito ao exercício e titularidade do poder familiar, assim como das modalidades de guarda existentes na legislação civilista brasileira, chegando-se às alterações promovidas pelas importantes Leis nº 11.680/08 e nº 13.058/14, responsáveis pela introdução no direito brasileiro dos conceitos de guarda compartilhada, tendo esta última lei complementado aspetos relevantes do instituto, ao legitimar a guarda física compartilhada, no âmbito da qual se insere a prática da dupla residência.

³ CLOUTIER, Richard e FILION, Lorraine e TIMMERMANS, Harry, *Quando os pais se separam... para melhor lidar com a crise e ajudar a criança*, Tradução de Emanuel Pestana, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p.69

⁴ PERQUILHAS, MARIA, *O exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada (alternada). Consensos e controvérsias*, in *Divórcio e Parentalidade* (ANCIÃES, Alexandra, AGULHAS, Rute e CARVALHO, Rute), Lisboa: Edições Silabo, 2018, p. 68.

Pretende-se clarificar que, embora a lei utilize a expressão “guarda compartilhada”, sugerindo portanto que, no aspeto da residência do filho, houvesse a referida divisão igualitária, tal prática não tem sido utilizada pelos tribunais brasileiros, sendo diminuta a sua incidência, se a compararmos com a jurisprudência portuguesa. Almeja avaliar-se, portanto, quais os fundamentos utilizados para a não aplicação da residência alternada nos casos em que se restou fixada a guarda compartilhada.

Além disso, o segundo capítulo tem por intuito, além de demonstrar como os Tribunais brasileiros têm decidido acerca da dupla residência da criança, expor os posicionamentos favoráveis e contrários apresentados pela doutrina brasileira acerca da referida forma de arranjo familiar.

Por fim, reservou-se o terceiro e último capítulo para detida análise da aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico português, ocasião em que será realizado o estudo da legislação cível, sendo forçoso, desde já, salientar a inexistência, até ao momento, de qualquer referência à terminologia “residência alternada”⁵. Contudo, alguns tribunais têm aplicado o instituto, no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais, homologando acordos apresentados pelos progenitores que estabeleçam a alternância de residências ou mesmo decidindo, nesse sentido, conforme será fortemente exposto no mencionado capítulo. Além disso, serão avaliadas as recentes propostas de alteração legislativas de iniciativa tanto da sociedade civil como de partidos políticos portugueses, no sentido de incluir como presunção jurídica a prática da residência alternada.

Não obstante Portugal possua melhores índices de sua aplicação, ainda existe grande resistência em relação à residência alternada, tanto por parte de Juizes, membros do Ministério Público, ou mesmo de juristas, por pressuporem que tal prática, ao invés de acalmar os conflitos entre os progenitores, os acentuam, colocando os filhos no centro da disputa entre os pais, prejudicando o seu bem-estar psicológico⁶.

É de se ter por certo não se tratar de um regime de convívio que possa ser aplicado em todas as situações⁷, consoante será adequadamente exposto nos capítulos a seguir, impondo-se aos operadores jurídicos e demais profissionais envolvidos sensibilidade na avaliação do caso concreto, a averiguar se as competências parentais estão conservadas, bem como as demais características do instituto, visando sempre o superior interesse da criança.

⁵ O Código Civil Francês (CCF), por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de aplicação da residência alternada, no seu artigo 373-2-9.

⁶ Este é o posicionamento da nobre jurista Maria Clara Sottomayor, Magistrada do Tribunal Constitucional, conforme destacado em sua obra *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p.67.

⁷ Em casos de violência doméstica ou abuso sexual de crianças, entre outros a serem estudados e apresentados na presente dissertação de Mestrado.

Diante do exposto, é evidente que o tema da residência alternada é bastante polêmico, recente e, ainda, pouco explorado, sendo uma mais-valia para a comunidade jurídica luso-brasileira aprofundarem-se os estudos sobre a sua aplicação, em caso de separação/divórcio dos progenitores, de maneira a difundir o seu debate, a partir do exame dos argumentos favoráveis e contra a sua incidência, colhidos da análise doutrinária e jurisprudencial, bem como mediante a avaliação de alguns dos importantes estudos científicos já publicados sobre o tema, sendo esse o objetivo a que se propõe a presente investigação.

1. ORIGENS DA RESIDÊNCIA ALTERNADA DA CRIANÇA PÓS-DIVÓRCIO E A SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESTRANGEIRO

1.1 *Joint custody and Shared Parenting* nos Estados Unidos da América

A dinâmica da alternância de residência da criança no contexto do pós-divórcio pode ser identificada inicialmente nos Estados Unidos da América (EUA) no final da década de 1960, embora a própria legislação da época não referendasse tal tipo de arranjo familiar. Conforme a pesquisa de Alice Abarbanel, psicóloga clínica do Estado da Califórnia/EUA, apresentada em 1978 na reunião anual do *American Orthopsychiatric Association*, em São Francisco/EUA, em virtude da alteração dos padrões de parentalidade, bem como em face do princípio do melhor interesse da criança após o divórcio, o exercício em conjunto das responsabilidades parentais⁸ (*joint custody*) emergiu como uma questão de grande relevância entre os profissionais da área jurídica e da área de saúde⁹.

Enquanto tal prática era relativamente incomum entre os arranjos familiares determinados pelas cortes americanas na década de 1960, um estudo conduzido por L. Weitzman no *Center for Law and Society*, na Califórnia/EUA, indicava um crescimento na concessão judicial da guarda compartilhada a partir de 1968¹⁰. Tratava-se da dinâmica familiar cuja aplicabilidade vinha ganhando espaço entre os ex-cônjuges, os quais manifestavam interesse na manutenção de um relacionamento contínuo, duradouro e mais próximo com a criança, após a separação conjugal¹¹.

Antes de adentrar no desenvolvimento histórico-legislativo acerca da custódia da criança nos EUA, que culminou na aceitação da prática da residência alternada, faz-se imperioso dissecar os conceitos adotados pela doutrina anglo-saxônica, que serviram de base para o arcabouço jurídico de diversos países ocidentais, dos quais Portugal e Brasil, no que diz respeito às formas de custódia¹² da criança.

A expressão *sole legal custody* refere-se à tradicional custódia única, unilateral, ou exclusiva, atribuída a um dos progenitores que detém o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, tomando, dessa forma, todas as decisões relacionadas com a criança, sem necessitar de consultar ou

⁸Correspondente à guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

⁹ ABARBANEL, Alice, *Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 49(1979), p. 320.

¹⁰ *Ob. Cit.*, p.320.

¹¹ Frise-se que a aplicação da residência alternada da criança pode se dar mesmo em casos de progenitores que nunca residiram juntos, contudo esta dissertação cingir-se-á ao estudo da aplicabilidade do instituto no âmbito do pós-divórcio ou separação.

¹² A expressão “custódia” será utilizada no decorrer da dissertação como sinônimo de “guarda”, termo que, embora não conste expressamente do texto da legislação portuguesa, encontra guarida na doutrina e jurisprudência portuguesas. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a nomenclatura é largamente utilizada no CCB e nas legislações esparsas.

informar o outro progenitor¹³. Nesse tipo de arranjo familiar pós-divórcio, há fixação de uma residência exclusiva, assegurando-se ao progenitor não-residente o direito de visitas.

Por sua vez, a nomenclatura *joint custody* corresponde ao instituto jurídico da guarda compartilhada, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, e ao exercício em conjunto das responsabilidades parentais em Portugal, admitindo-se duas modalidades: a) *joint legal custody*, em virtude da qual ambos os progenitores tomam em conjunto decisões a respeito de questões relevantes da vida da criança, tais como saúde, educação, religião, permanecendo fixa a residência da criança com um dos pais¹⁴; b) *joint physical custody* ou *dual residence*, referindo-se à guarda física compartilhada, pela qual a criança residiria com ambos os pais, através da partilha de períodos de tempo sucessivo de convivência¹⁵ e das responsabilidades parentais, inserindo-se a prática da residência alternada nesta modalidade de guarda. Verifica-se, portanto, que a *joint physical custody* propõe que a criança conviva períodos significativos de tempo com ambos os pais, embora não necessariamente 50/50 de partilha de tempo. Conforme salienta Joan B. Kelly, investigadores definiram *joint physical custody* ou *dual residence* como a partilha de tempo de convivência parental entre 33% e 50% com cada progenitor¹⁶.

Esclarecidas tais premissas, é imperativo recordar que o arranjo familiar pós-divórcio, largamente utilizado no século XX nos EUA, é determinado judicialmente ou mesmo praticado de facto pelas famílias, consubstanciava-se na custódia única da criança a um dos progenitores, em geral à mãe, sendo assegurado ao pai o direito de visitas, normalmente em finais de semanas alternados¹⁷.

Nesse âmbito, cabe realçar os estudos realizados por Judith S. Wallerstein e Joan B. Kelly, investigadoras americanas de renome internacional no âmbito dos efeitos do divórcio nas crianças (*children of divorce*), em que apontam para o formato dominante, na década de 1970, em mais de 80%

¹³ KELLY, Joan B., *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research*, in *Family Process*, Vol. 46, No. 1(2007), março, p.37.

¹⁴ Tal conceito aproxima-se do regime regra atualmente em vigor no CCP, art.º1906º, nº 1, após alteração promovida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, de exercício comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, cuja temática será abordada devidamente no Capítulo III da presente dissertação. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito de Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6763-6, p. 236.

¹⁵ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael - *Guarda Compartilhada – física e jurídica*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 173.

¹⁶ KELLY, Joan B., *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research*, in *Family Process*, Vol. 46, No. 1, março, 2007, p.37.

¹⁷ NIELSEN, Linda, *Shared Physical Custody: Does it benefit most children?* in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 28 (2015), p. 80.

das famílias pós-divórcio, qual seja, a concessão da custódia única à progenitora (*sole legal custody*), com quem a mesma residia, cabendo ao pai os direitos de visita¹⁸.

Baseada na cultura tradicional do séc. XX, em que as mães eram as cuidadoras do lar e das crianças, enquanto os pais trabalhavam, sendo estes os responsáveis pelo sustento da família, havia uma presunção de que as mães seriam as principais guardiãs das crianças, após a dissolução matrimonial, podendo os pais “visitá-las”, evidenciando a sua menor participação na criação dos filhos¹⁹. Estabelecia-se, portanto, uma residência primária da criança, cabendo ao seu guardião tomar as decisões mais importantes da sua vida, assim como atender às suas necessidades diárias. Ao progenitor não-residente era assegurado acompanhar o desenvolvimento do filho, contudo sem poder de decisão.

Já os anos 70 foram marcados por constantes transformações, não somente nos EUA, mas em todo o mundo ocidental. Vários aspetos da vida familiar, tais como diminuição das taxas de nupcialidade e casamentos católicos; aumento das uniões de facto; aumento de nascimentos fora do casamento; aumento significativo da taxa de divórcio e na configuração de novas realidades parentais nas famílias monoparentais e reconstituídas²⁰.

Conforme bem salientado por Sanford N. Katz, in *Fifty Years in the Transformation of American Family Law: 1960-2011*, na área da custódia da criança, a busca pela igualdade transformou-se assunto de grande relevância. Enquanto no passado a custódia da criança era largamente concedida às mães em detrimento dos pais, essa nova abordagem deu a estes últimos uma possibilidade mais igualitária e ativa na busca da guarda. E prossegue: *The maternal preference rule, long adhered to both in fact and in law, was basically abandoned and new forms of custodial arrangements took its place, such as the primary caretaker presumption and joint custody*²¹.

Nesse momento, impõe-se realizar breve uma digressão histórica para serem elucidados os fundamentos nos quais se firmava o padrão de concessão da custódia única ou exclusiva da criança,

¹⁸ WALLERSTEIN, Judith S. e KELLY, Joan B., *Surviving the breakup – How Children and Parents Cope with Divorce*, Basic Books, 1979, eBook ISBN 978 046 508 345-9, Cap. 7, p. 1.

¹⁹ KELLY, Joan B., *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research*, in *Family Process*, Vol. 46, No. 1 (2007), março, p.36.

²⁰ MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira - *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.13.

²¹ A presunção da figura primária de referência (*the primary caretaker*), desenvolvida pela influência de psicólogos, significava que, em casos de litígio, a custódia deveria ser concedida à pessoa que lidasse diariamente com a criança e com quem a mesma teria formado laços positivos de afinidade. Essa era a posição expressa no livro *Beyond the Best Interests of the Child*, escrita pelo Professor Joseph Goldstein, Dr Albert Solnit e Anna Freud, publicado em 1973. Já a guarda compartilhada (*joint custody*), seria uma disposição que daria a ambos os pais a oportunidade de criar seus filhos sob bases partilhadas, ao reconhecer o papel parental do pai e da mãe no desenvolvimento infantil, e que começava a ser concedida judicialmente em casos de divórcio. KATZ, Sanford. N - *Fifty Years in the Transformation of American Family Law: 1960-2011*, in *Fifty Years in Family Law: Essays for Stephen Cretney* (Coord. Rebecca Probert e Cris Barton), Cambridge: Intersentia, 2012, p. 305-306.

após dissolução matrimonial, e a sua evolução (social e jurídica) para a prática da residência alternada, no âmbito da guarda compartilhada. Para isso, é necessário voltar à metade do séc. XVIII, em que os antigos códigos legais ingleses asseguravam ao pai o domínio absoluto em relação aos seus filhos e à propriedade²², assim como se observava na Roma antiga²³.

Conforme relembra o Professor de Direito J. Herbie DiFonzo, da Universidade de Hofstra, em Long Island/EUA, as Cortes inglesas ao lidarem com a dissolução matrimonial preocupavam-se, principalmente, com a alocação dos bens materiais, sendo a custódia das crianças inserida no contexto de direito de propriedade²⁴.

As colônias americanas, então, adaptaram tais tradições, incluindo no seu contexto social e jurídico a premissa de que o pai era o chefe ou mestre da sua família, e como tal, responsável pelo cuidado, manutenção, educação e orientação religiosa do filho. Dessa forma, considerando que a custódia incidia sobre o detentor da propriedade, o pai era visto como guardião natural dos seus filhos. Diante de tal assertiva, DiFonzo ressalta a grande incidência na quase totalidade dos casos de atribuição da *custodia* única ao pai pelas Cortes americanas, a não ser que fosse comprovado que tal progenitor não tivesse aptidão para assumir as responsabilidades parentais²⁵.

No final do séc. XVIII, as cortes inglesas invocaram a doutrina do *parens patriae*²⁶ para afastarem a supremacia paternal e avançarem em relação ao bem-estar da criança. Embora o direito do pai em

²² DIFONZO, J. Herbie, *From the rule of one to shared parenting: custody presumptions in law and policy*, in Family Court Review, Vol. 52, n° 2(2014), abril, p. 214.

²³ Waldyr Grisard Filho, em sua obra *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, relembra: *No direito romano, o pátrio poder – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada (...)*, in FILHO, Waldyr Grisard - *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

²⁴ DIFONZO, J. Herbie, *From the rule of one to shared parenting: custody presumptions in law and policy*, in Family Court Review, Vol. 52, n° 2 (2014), p. 214.

²⁵ *Idem*, p.214.

²⁶ A doutrina "*parens patriae*" tem a sua origem na Inglaterra, sendo aplicada ao Rei como uma prerrogativa da coroa para resguardar os sujeitos que não poderiam se proteger. Embora originário da Inglaterra medieval, com a tutela da pessoa e da propriedade das pessoas com deficiência sendo investida no senhorio, este dever foi assumido no século XIV pela coroa, que delegou a responsabilidade ao chanceler. Assim, os tribunais da chancelaria, com o chanceler agindo como o "guardião supremo", assumiram o dever de proteger "todas as crianças, assim como idiotas e lunáticos; isto é, de todas as pessoas que não têm capacidade suficiente para administrar suas próprias questões." Nos Estados Unidos da América, a autoridade final para proteger indivíduos que não poderiam se proteger por si mesmos era investida no povo, e a jurisdição sobre esses indivíduos foi assumida pelas cortes de justiça. O poder "*parens patriae*" emana, portanto, do papel tradicional do estado como soberano e guardião de pessoas com deficiência, tendo a Suprema Corte Americana reconhecido tal doutrina como parte de uma tradição de longa data. In GRIFFITH, Daniel B., *The best interests standard: A comparison of the state's parens patriae authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients*, in Issues in Law & Medicine, Winter91, Vol. 7 Issue 3, p283. ISSN 8756-8160.

relação à custódia manteve-se primordial, os juízes tornaram-se mais propícios a suportar a capacidade das mães no cuidado com os filhos contra a superior capacidade económica e posição política dos pais²⁷.

Tal equidade, de noções menos formais em relação à família, tomou conta das Cortes Americanas, alterando o conceito da criança como propriedade e legitimando o papel parental das mulheres. Além disso, enquanto que no séc. XIX as Cortes Americanas reconheceram as regras da *common law*, acabaram confrontando-se com duas mudanças culturais: a revolução industrial transformando o homem em trabalhador assalariado no mercado de trabalho, ao mesmo tempo em que se emergia uma “esfera separada” das mulheres como cuidadoras do lar.

Dessa forma, as mães passaram a ser vistas como cuidadoras instintivas dos filhos menores, bem como daqueles com incapacidades. Em consonância com tal paradigma, as Cortes aplicaram a doutrina dos “anos tenros” para determinar a custódia dos filhos menores às mães após o divórcio ou separação. Iguamente, destaque-se que, nas cortes americanas, a supremacia paterna foi sendo substituída por uma constante aplicação da regra da preferência materna. Nos anos seguintes, a legislação fortificou o papel do Estado como *parens patriae*, aumentando os poderes dos juízes para avaliar as habilidades parentais e, como consequência, derrogar a autoridade masculina absoluta dentro do ambiente familiar.

No entanto, o crescimento gradual do divórcio na década de 60, e nos anos seguintes, provocou um debate intenso acerca das questões que envolvem a guarda das crianças e os papéis parentais. O movimento pela igualdade de géneros, ao lado do crescimento dos grupos de pais em busca dos seus direitos, chamara atenção à importância de ambos os progenitores na criação e no desenvolvimento das crianças, assim como pela perda da ligação entre o género e o papel parental²⁸.

Contudo, tanto a regra da preferência paterna na *common law* (séc. XVIII) como a doutrina dos *anos tenros* já no séc. XIX assinalavam uma convicção legal acerca da guarda da criança: após a separação dos pais, a criança poderia ser devidamente criada por apenas um dos progenitores, sendo ao outro progenitor assegurado apenas o direito de visitas. Como exemplo dessa convicção legal de custódia única, infere-se do Estatuto da custódia das crianças, de 1913, do Estado do Arizona/EUA, a determinação no sentido de que, se a criança estivesse nos “anos tenros”, a custódia deveria ser concedida à mãe. Caso a criança estivesse numa idade em que fosse necessário educação e orientação para trabalho, seria concedida ao pai²⁹.

²⁷ DIFONZO, J. Herbie, *From the rule of one to shared parenting: custody presumptions in law and policy*, in *Family Court Review*, Vol. 52, n° 2 (2014), p. 214.

²⁸ *Idem*, p. 214.

²⁹ *Ob. Cit.* p. 215.

As regras atinentes à custódia da criança, que perduraram até o final do séc. XX, permitiam às cortes determinarem o resultado da demanda de maneira relativamente fácil, aplicando apenas as presunções legais (tenra idade à mãe ou ao pai em determinadas circunstâncias). No âmbito da *common law*, falava-se nos direitos naturais ao pai; após, nos papéis instintivos da mãe. Em qualquer dos casos, o princípio do melhor interesse da criança era presumido, e não investigado em cada caso³⁰.

Até a década de 70, nos EUA, as Cortes recusavam-se, constantemente, a deferir a guarda de forma compartilhada entre progenitores divorciados. Como exemplo, pode citar-se o posicionamento da Corte de Apelação de Maryland, em 1934, segundo a qual a tradicional objeção para a utilização da guarda compartilhada se devia ao facto de que isso dividiria o controlo da criança, o que deveria ser evitado, sempre que possível, sob a alegação de ser destruidor da disciplina, gerador de desconfiança, e por promover stresse mental na criança (caso *MacCann v. MacCann*, 173 A.7, 9, Md. 1934).

A visão dominante da época centrava-se na necessidade de estabilidade da criança de uma única residência, e que essa mudança constante da moradia de um pai para o outro poderia resultar *num permanente sofrimento para a criança*” pela “*constante lembrança de que ele (ela) é o centro da discussão entre os pais (...)*”³¹, ou seja, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, com alternância de residência³², era quase incompreensível para grande parte das Cortes.

Pode afirmar-se que a grande aceitação social e legal da guarda compartilhada nos anos 70 deram-se no momento em que os pais começaram a assumir as responsabilidades parentais de forma mais igualitária, servindo tal forma partilhada do exercício da parentalidade como meio de se evitar a mentalidade de “vencedor e vencido” observada na disputa judicial pela guarda da criança.

Nesse contexto, surge a nomenclatura *shared parenting*, entendida como o exercício das responsabilidades parentais de forma partilhada por ambos os pais, no sentido de manter o envolvimento dos dois na vida do (s) filho (s) após a separação conjugal, o que refletiria as relações e rotinas das crianças outrora existentes e, segundo Edward Kruk, Professor da Escola de Serviço Social da University of British Columbia (Canadá), especializado em políticas para crianças e famílias, atenderia melhor à necessidade de ordem e estabilidade das crianças após a separação³³. A expressão *shared parenting*

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Correspondente à guarda física compartilhada, no caso do ordenamento jurídico brasileiro.

³³ KRUK, Edward, *Os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 44. Impende ser ressaltado que o autor utiliza os termos “shared parenting”, “shared parental responsibility” e “shared custody” para indicar a residência alternada da criança após o divórcio dos pais.

indica que os pais possuem a guarda compartilhada do filho (exercício conjunto das responsabilidades parentais), o qual convive ao menos 30 - 35% do seu tempo com cada progenitor³⁴.

Observa-se, portanto, o exercício da coparentalidade, conceituada como a forma dos pais cooperarem no cumprimento dos seus papéis parentais para com seus filhos, deixando-se claro que a separação põe fim à relação conjugal, mas não põe fim à relação parental³⁵. A coparentalidade pressupõe o entendimento do ex-casal na partilha das responsabilidades, bem como o respeito do espaço do outro progenitor na vida dos filhos, o respeito pelos seus contributos, sendo necessário, para tanto, transcender o seu ponto de vista pessoal e integrar a perspetiva dos filhos³⁶.

Concernente à incorporação legal da guarda compartilhada, em 1975, somente o estado americano da Carolina do Norte possuía um estatuto autorizando referida prática (N.C. Gen. Stat. §50-13.2 (b)). Em apenas uma década, 30 estados americanos adotaram um estatuto similar.

Concomitantemente, diversas Cortes passaram a autorizar a guarda compartilhada mesmo sem haver um estatuto expreso, em virtude da significativa mudança social no final do séc. XX na América. Tais cortes observavam nessa forma de arranjo familiar uma oportunidade para a criança continuar um forte e significativo relacionamento com ambos os progenitores, evitando o tratamento do pai como apenas visitante da criança e, possivelmente, aliviando o trauma experimentado pela mesma em relação à separação dos pais³⁷.

Ao prosseguir na evolução legislativa, constatam-se, nos anos 80, efetivos avanços na busca por igualdade de género nas práticas de custódia da criança, a convergir com os esforços para mitigar a natureza adversária do divórcio e dos aspetos processuais da área da família. O Estado da Califórnia, um líder na promoção do divórcio sem culpa, bem como, na realização de conciliação nas disputas familiares, tornou-se o primeiro Estado americano a legislar a preferência pela guarda compartilhada (física e jurídica).

Não se pode desmemoriar que, a nível internacional, a década de 1980 foi marcada por importantes movimentos de salvaguarda dos direitos das crianças, sendo, um deles, a aprovação pelas Nações Unidas, em 1989, da Convenção dos Direitos da Criança. Este documento internacional que,

³⁴ PRUETT, Marsha Kline, DIFONZO, J. Herbie, "Closing the gap: Reserch, policy, practice, and shared parenting", in *Family Court Review*, Vol. 52 No. 2(2014), Abril, p. 154.

³⁵ CLOUTIER, Richard e FILION, Lorraine e TIMMERMANS, Harry - *Quando os pais se separam... para melhor lidar com a crise e ajudar a criança*, trad. Port. de Emanuel Pestana, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p 71.

³⁶ Ob. Cit. 72.

³⁷ DIFONZO, J. Herbie, *From the rule of one to shared parenting: custody presumptions in law and policy*, in *Family Court Review*, Vol. 52, n° 2 (2014), p.215.

segundo Maria Clara Sottomayor: *reflete a especificidade da criança, concebendo, de forma inovadora, a criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito*³⁸.

Pois bem, por volta do ano de 2013, 36 estados americanos autorizavam a implementação da guarda compartilhada, seja por presunção, preferência, ou mesmo pela adoção de uma linha obrigatória de suporte à cooperação parental. Atualmente, todos os estados americanos permitem a concessão da guarda compartilhada, com residência alternada, embora as condições e os contornos desse tipo de arranjo familiar diferem em cada estado³⁹.

A figura que se segue, proveniente do *National Conference of State Legislature - NCSL* demonstra a atual posição dos estados americanos acerca da custódia compartilhada da criança após divórcio⁴⁰:

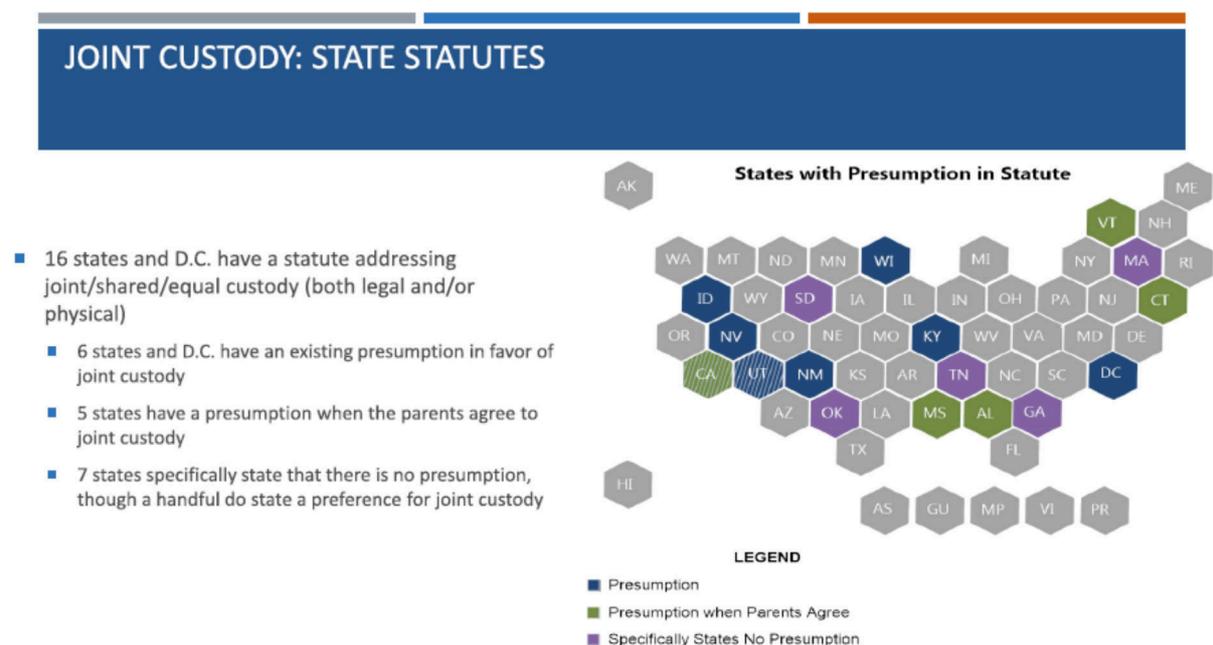


Figura 1 - Guarda compartilhada – Estatutos dos Estados Americanos.

³⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-5588-6, p 52-53;

³⁹ PRUETT, Marsha Kline, DIFONZO, J. Herbie, *Closing the gap: Reserch, policy, practice, and shared parenting*, in *Family Court Review*, Vol. 52 No. 2 (2014), Abril, p. 156. Ao tratar sobre o tema, Maria Clara Sottomayor destaca alguns pressupostos enunciados pela jurisprudência e doutrina americana, a respeito da utilização da *joint legal custody*: “capacidade de cooperação entre os pais, concretizada num projeto educativo apresentado por estes; capacidade educativa de ambos os pais; relação afetiva sólida entre a criança e cada um dos pais e o interesse da criança, ou seja, as suas necessidades e o seu grau de desenvolvimento, a sua opinião, etc. Se o exercício conjunto abranger alternância de residência, os tribunais costumam exigir que os pais estejam de acordo, tenham com a criança uma relação afetiva moral e material para prover à educação da criança e ao seu sustento, bem como igual capacidade para cuidar desta.” SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p. 73.

⁴⁰ Disponível em <http://www.ncsl.org/research/human-services/child-support-and-parenting-time-orders.aspx>. Consultado em 08/10/2018.

Em consonância com a referida figura, infere-se que 16 estados americanos e o Distrito de Washington possuem estatuto relacionado à guarda compartilhada, nas suas modalidades jurídica (*joint legal custody*) e/ou física (*joint physical custody*), dos quais 6 estados e o distrito de Washington possuem **presunção legal** em favor da guarda compartilhada; 5 estados possuem **presunção** em favor da guarda **quando os pais acordarem** nesse sentido; 7 estados especificamente afirmam que **não há presunção legal**, embora alguns afirmem haver uma **preferência** no sentido da guarda compartilhada.

Como exemplo de presunção legal, tem-se o Estatuto do estado de Nevada (*2010 Nevada Code*), que estabelece o dever da Corte em observar sempre o melhor interesse da criança, na resolução de questões atinentes à sua guarda (*Nevada Revised Statute 125.480, 1*). Dessa forma, caso o Tribunal entenda que a guarda compartilhada atenda ao princípio do melhor interesse da criança, poderá conceder a guarda em conjunto (*Nevada Revised Statute 125.480, 1*). De resto, o referido estatuto estabelece ordem de preferência para que o tribunal adjudique a custódia da criança, ordem esta que deve ser observada a menos que, num caso particular, o melhor interesse da criança exija outra opção, fixando-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais (guarda compartilhada) como a primeira modalidade a ser observada (*Nevada Revised Statute 125.480, 3, a*)⁴¹.

No estado de Connecticut, *v.g.*, há disposição específica atinente à custódia da criança na secção 46b-56a no seu Código de 2011, estabelecendo a presunção em favor da guarda compartilhada, como opção que atende ao melhor interesse da criança, quando houver acordo entre os pais. Caso o tribunal não conceda a guarda compartilhada da forma requerida, deverá declarar em sua decisão as razões pelas quais denegou a concessão⁴².

Já o caso do estado de Indiana, a Corte tem autorização para deferir a guarda compartilhada da criança se entender que tal modalidade de guarda atende ao melhor interesse da criança (IC 31-17-2-13⁴³). Para tanto, o Código de Indiana estabelece determinadas premissas que devem ser levadas em consideração para a concessão da guarda compartilhada, de entre elas: a aptidão e adequação de cada um dos pais; se os mesmos estão dispostos e capazes de se comunicar e cooperar com vistas ao bem-estar da criança; a natureza do ambiente físico e emocional na casa de cada progenitor, dentre outros aspectos detalhados na Secção 15, Capítulo 2, Artigo 17, Título 31 do Código de Indiana⁴⁴.

⁴¹ Disponível em <https://law.justia.com/codes/nevada/2010/title11/chapter125/nrs125-480.html>. Consultado em 11.10.2018.

⁴² Disponível em <https://law.justia.com/codes/connecticut/2011/title46b/chap815j/Sec46b-56a.html>. Consultado em 11.10.2018.

⁴³ Disponível em <http://iga.in.gov/legislative/laws/2017/ic/titles/031#31-17-2-13>. Consultado em 11.10.2018.

⁴⁴ Disponível em <http://iga.in.gov/legislative/laws/2017/ic/titles/031#31-17-2-15>. Consultado em 11.10.2018.

Percebe-se, pois, que cada estado americano possui exigências específicas para a concessão da guarda compartilhada, tendo como parâmetro norteador da decisão o princípio do melhor interesse da criança, havendo estados que afirmam ser a guarda compartilhada a opção que melhor atende ao mencionado princípio.

No tocante ao percentual de crianças cujos pais se divorciaram e vivem em residência alternada (*joint physical residence*), o estado do Arizona e distrito de Washington apresentam altos índices, entre 30% a 50%, nos quais as crianças vivem pelo menos um terço do tempo com cada progenitor (33% de convivência), assim como se verifica no estado de Wisconsin, em que 30% das crianças cujos pais se separaram vivem em alternância de residência⁴⁵.

Após esta sucinta contextualização histórica acerca da evolução social e jurídica da guarda única à guarda compartilhada nos EUA, cuja prática difundiu-se em diversos países ocidentais, torna-se forçoso aprofundar o conceito de residência alternada, no contexto do exercício comum das responsabilidades parentais (guarda compartilhada), examinando os seus fundamentos e principais atributos através do posicionamento de autores especializados nessa forma de organização familiar pós-divórcio.

1.2 Residência alternada: análise conceitual, principais atributos e fundamentos jurídicos.

Ab initio, cumpre esclarecer que o tema da residência alternada da criança perpassa pela análise interdisciplinar entre direito, psicologia, sociologia e outras disciplinas, para que haja um *diálogo reflexivo, comparativo e crítico em torno do crescimento e das dinâmicas de funcionamento das famílias que vivem sob tal arranjo, o bem-estar das crianças, a legislação que as enquadra e as boas práticas profissionais envolvidas na sua aplicação*, como salientaram Sofia Marinho e Sónia Correia⁴⁶. Contudo, por se tratar de dissertação realizada no âmbito da Escola de Direito, o enfoque primordial voltar-se-á ao ordenamento jurídico dos Estados envolvidos, bem como à legislação internacional acerca da temática, valendo-se, entretanto, de conceitos extraídos a partir dessa articulação interdisciplinar.

Consoante foi exposto no capítulo anterior, a residência alternada configura-se em arranjo familiar pós-divórcio inserido no contexto da guarda compartilhada ou exercício conjunto das responsabilidades parentais, em que a criança reside entre 33 a 50% do seu tempo com cada progenitor, possuindo ambos autoridade para tomarem em conjunto as decisões relativas à vida do (s) filho (s)⁴⁷.

⁴⁵ NIELSEN, Linda, *Shared Residential Custody: Review of the Reserch (Part I of II)*, in American Journal of Family Law, , vol. 27 (2013), p. 61;

⁴⁶ MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira - *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p.12.

⁴⁷ É forçoso esclarecer não haver unanimidade na doutrina internacional no que diz respeito à exata percentagem de partilha de tempo entre os progenitores, para ser considerada residência alternada, havendo aqueles que entendem ser de pelo menos 25% o tempo de convivência, já outros no mínimo 50%, sendo

Em relação à nomenclatura a indicar à prática da residência alternada, esta apresenta variações, tal como, guarda compartilhada física, ou custódia física compartilhada, dupla residência, todas a derivar das palavras anglo-saxônicas *shared parenting, joint (shared) physical custody, alternate residence*⁴⁸.

De acordo com o Juiz de Direito na secção de Família e Menores do Tribunal da Comarca de Lisboa Oeste-Sintra, Joaquim Manuel da Silva, a residência alternada deverá observar uma distribuição de tempo entre os progenitores, não necessariamente igualitária, que se apresente suficiente e com continuidade, a permitir relações de vinculação próprias da filiação, em consonância com às que já ocorriam na constância da relação de conjugalidade dos pais. Entende-se também ser imprescindível que tal continuidade tenha vários dias seguidos, apresentando valores nunca inferiores a 30% em relação à distribuição mensal de tempo para cada um dos progenitores⁴⁹.

Nessa mesma linha, destaca a Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional, Maria Clara Sottomayor, que a residência alternada consiste em a criança residir determinado tempo (substancial) com cada um dos seus pais, segundo um padrão de alternância, o qual poderá ser semanal, mensal, entre outros. Igualmente, menciona que as decisões relativas ao quotidiano da criança, *v.g.*, relacionadas à disciplina, atividades extracurriculares, sua socialização e cuidados pessoais, devem ser tomadas pelo progenitor que se encontra, no momento, com a guarda física da criança, contudo devem resultar de orientações educativas acertadas por ambos, sendo forçoso lembrar que todas as decisões de particular importância, quanto à saúde e educação da criança, requerem o consentimento de ambos os pais⁵⁰.

De acordo com Maria Perquilhas, Juíza de Direito e docente no Centro de Estudos Judiciários (CEJ) na área da Família e das Crianças, a residência alternada ou partilhada consiste no exercício da residência da criança de forma alternada ou rotativa com cada um dos progenitores, com os quais passa a conviver tempo aproximadamente similar ou igualitário, a possibilitar o desenvolvimento de *vivências comuns e o estabelecimento do quotidiano familiar e social estável com ambas as células familiares*⁵¹.

certo que a literatura tende a valorizar mais a qualidade do relacionamento entre pai e filho, em detrimento da quantidade do tempo de convivência, conforme se depreende em *Shared Physical Custody and Children's experience of Stress*, por Jani Turunen, do Departamento de Sociologia da Stockholm University Demography Unit (SUDA), in <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>. Consultado em 17.10.18.

⁴⁸ NIELSEN, Linda, *Custódia física compartilhada- 40 estudos sobre os seus efeitos nas crianças*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 58.

⁴⁹ SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 112.

⁵⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p. 72.

⁵¹ PERQUILHAS, Maria, *O Exercício das responsabilidades parentais*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68.

Esclarece ainda, a referida autora, que a criança vive com ambos os pais, partilhando a sua convivência em períodos de tempo previamente fixados, alternadamente, circunstância que possibilita a todas as partes dividir experiências de forma plena e o estabelecimento de uma rotina comum. Relembra, na linha de raciocínio dos juristas outrora citados, que para a constatação da residência alternada não é necessário residir com cada progenitor em percentual exatamente igual, caracterizando-se, na verdade, como uma efetiva vivência e tempo substancial com cada um deles, de maneira que a criança possa estabelecer um contacto significativo no quotidiano, ao partilhar as suas experiências diárias com os dois, envolvendo-se igualmente na vida dos seus pais e de eventuais agregados⁵².

No âmbito internacional, a professora e investigadora americana na área da Psicologia e Aconselhamento Educacional, Linda Nielsen, cuja linha de pesquisa sobre adolescência e as relações entre pais e filhas remonta a 1970, utiliza os termos *shared parenting* ou *shared residential parenting* para designar aquelas famílias onde as crianças vivem pelo menos 35% do tempo com cada progenitor⁵³.

Os investigadores William V. Fabricius e Sanford Braver, da Universidade do Estado de Arizona/EUA, utilizam a expressão *joint physical* ou *residencial custody* para se referir à guarda física compartilhada (residência alternada), especificando que nesse tipo de guarda a criança alterna a residência entre os pais, suscitando como fatores positivos a questão da responsabilidade parental mútua e o relacionamento do filho com ambos os pais. Aduzem, assim como os demais autores já citados, que a residência alternada não demanda a divisão igualitária do tempo parental⁵⁴.

Conforme salientado por Michael E. Lamb e Sanford Braver, em “*Shared Parenting After Parental Separation: The Views of 12 Experts*”, os arranjos familiares pós divórcio de guarda compartilhada com residência alternada (*shared parenting*) sinalizam a importância de ambos os pais, bem como que os dois são necessários para o bem-estar da criança, e que nenhum deverá ser descartado ou reduzido a um papel meramente financeiro⁵⁵.

Observa-se, portanto, uma diferença abissal entre a prática da residência alternada, com partilha das responsabilidades parentais, e a forma de organização familiar pós-divórcio do exercício unilateral

⁵² *Ob. Cit.* p. 69.

⁵³ NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, in *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 52 (2011), p.588.

⁵⁴ FABRICIUS, William V. et al., *Custody and Parenting Time: Links to Family Relationships and Well-Being After Divorce*, in Michael E. Lamb, *Role of the Father in Child Development* 245, 5ª ed., 2010. Disponível em

https://www.researchgate.net/publication/285909219_Custody_and_parenting_time_Links_to_family_relationships_and_well-being_after_divorce.

Consultado em 18.10.2018.

⁵⁵ BRAVER, Sanford L., LAMB, Michael E., *Shared Parenting After Parental Separation: Views of 12 Experts*, in *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 59, No. 5 (2018), p. 379.

das responsabilidades parentais, equivalente ao *sole legal custody*, em que apenas um dos progenitores terá o poder de decidir, isoladamente, as questões mais relevantes da vida da criança, detendo assim a totalidade das prerrogativas inerentes ao exercício das responsabilidades parentais, restando ao outro progenitor tão-somente o direito de visita, bem como de supervisão e informação acerca da educação, ou condições de vida da criança. Além disso, no regime de custódia única, é fixada uma residência para a criança, privando-a de um contacto mais efetivo com o progenitor não residente.

Embora no ordenamento jurídico brasileiro, a atual legislação civil adotou, como regime regra, a guarda compartilhada⁵⁶, na forma das alterações promovidas inicialmente pela Lei n.º 11.698/08 e, posteriormente, pela Lei n.º 13.058/14, tanto a prática judicial como a realidade social ainda insistem na fixação de uma única residência para a criança com um dos progenitores, sob o argumento da necessidade de estabilidade emocional e psicológica da criança, consoante será examinado no Capítulo II integrante desta dissertação.

No caso de Portugal, não obstante o atual regime regra do CCP, alterado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, estabeleça o exercício conjunto das responsabilidades parentais após divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, somente se observará em relação às questões de particular importância, cuja conceituação, indeterminada pela lei, coube aos juristas e à jurisprudência, tal como será tratado no último capítulo deste trabalho.

Além disso, embora se tenha avançado na elaboração de uma forma mais igualitária de exercício das responsabilidades parentais, o legislador português impôs ao Tribunal a fixação de uma residência única ao filho (art.º 1906, n.º 5, CCP), além de determinar que o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (art.º 1906, n.º 3, CCP).

Não se deve omitir, contudo, a disposição contida no n.º7 do artigo 1906º do CCP Português, ao determinar aos Tribunais decidir sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles. Entende-se, portanto, ter o legislador possibilitado a aceitação de acordos

⁵⁶ Tal conceito aproximar-se-ia do exercício conjunto das responsabilidades parentais em Portugal, contudo no Brasil não há qualquer diferenciação entre questões de particular importância e atos da vida corrente, sendo todas as atribuições referentes ao poder familiar, direitos e deveres, partilhados por ambos os pais, em caso de concessão da guarda compartilhada.

de exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância de residência, ou até mesmo lavrar decisão nesse sentido⁵⁷.

Faz-se mister ressaltar, por oportuno, não se tratar a residência alternada de prática inserida na modalidade de guarda alternada, em que a titularidade das responsabilidades parentais se alternaria conforme o filho mudasse de residência. Melhor explicando, a guarda alternada seria o exercício unilateral das responsabilidades parentais com alternância de residência, caracterizando-se, nas palavras de Sottomayor, (...) *pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda da criança alternadamente, de acordo com um ritmo temporal, o qual pode ser um ano escolar, um mês, uma semana ou parte da semana, detendo, cada progenitor, durante os seus períodos de estadia com a criança, a totalidade dos poderes-deveres integrados no conteúdo das responsabilidades parentais (...)*⁵⁸.

Ou seja, na situação de guarda alternada, não apenas as decisões relativas às situações do dia-a-dia da criança, mas também aquelas de particular importância, seriam decididas isoladamente por cada progenitor com quem a criança estivesse residindo, sem que exija prévio acordo ou diálogo entre os pais. No período em que a criança estivesse residindo com a mãe ou com o pai, cada progenitor exerceria exclusivamente o poder paternal (ou poder familiar), enquanto ao outro cabe o direito de visita⁵⁹.

Importa afirmar que tal modalidade de guarda não é aceite no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do teor do art.º 1634 do CCB, que dispõe competir a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar⁶⁰. O exercício do poder familiar, bem como as possíveis formas de guarda jurídica aceites pela legislação brasileira serão aprofundadas no Capítulo II desta dissertação.

Da mesma forma, tal modalidade de exercício das responsabilidades parentais não foi consagrada pelo legislador português no art.º 1906º do CCP, sendo considerada inclusive contrária ao superior interesse da criança, em virtude da suposta instabilidade que pode dela advir, conforme salientou Joana Salazar Gomes, em *O Superior Interesse da Criança e as novas formas de Guarda*⁶¹.

Em suma, a prática da residência alternada pretende, pois, estabelecer uma forma igualitária de divisão de tempo entre os progenitores da criança, possibilitando ampla convivência da mesma com

⁵⁷ Considerando não haver unanimidade na doutrina portuguesa a respeito do referido tema, este será devidamente abordado no Capítulo III desta dissertação.

⁵⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p 74;

⁵⁹ *Ibidem*;

⁶⁰ Art.º 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (*omissis*) II- - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art.º1.584 (...); Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Consultado em 17.10.2018.

⁶¹ GOMES, Joana Salazar, *O Superior Interesse da Criança e as novas formas de guarda*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 75.

ambos, na medida em que o filho residirá alternadamente com cada um dos pais, os quais exercerão as responsabilidades de forma partilhada, sem haver qualquer sobreposição de direitos ou deveres entre os progenitores. Não cabe espaço para visitas, mas sim convivência substancial entre pai/mãe e filho, aproximando-se da rotina familiar vivida antes da rutura conjugal.

Defende-se, pois, que o cenário ideal para a prática da residência alternada tem lugar em caso de ampla partilha das responsabilidades parentais, tanto nas questões de particular importância sobre a vida do filho, quanto nos atos relativos à vida corrente, uma vez que, não havendo hierarquia de direitos ou deveres entre os pais e, estando os mesmos hábeis ao exercício da parentalidade, cabe-lhes, a eles, decidirem, em conjunto, a integralidade das questões atinentes à vida da sua prole. Frise-se, que as decisões imediatas do dia-a-dia da criança serão tomadas pelo progenitor com quem a criança esteja a residir no momento.

Estabelecido o seu conceito e o âmbito da sua aplicação, cumpre examinar os fundamentos jurídicos sobre os quais repousa a prática da residência alternada da criança no contexto do pós divórcio, destacando-se, desde já, o direito do filho de não ser separado dos seus progenitores exceto, se estes violarem deveres fundamentais em relação àqueles, direito este inserto na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 como um dever dos Estados partes a ser observado⁶².

Seria, então, o direito fundamental à convivência familiar, conceituado por Kátia Regina Maciel, jurista brasileira e Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como sendo o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)⁶³. A separação do filho do seu progenitor deve ocorrer tão-somente por ordem judicial e apenas em circunstâncias excepcionais que impliquem graves riscos para o interesse da criança.

É importante recordar que, o princípio da igualdade de direitos entre os géneros implica o estabelecimento de isonomia entre os diversos membros da família, sendo certo que os deveres de proteção da criança, de educação, do seu desenvolvimento intelectual, social, cultural, enfim, toda a gama de cuidados inerentes ao bem-estar do filho cabe indiscriminadamente a ambos os pais, devendo o Estado auxiliá-los nesse mister.

⁶² Artigo 9, n 1 - Os Estados Partes garantem que a criança não é separada dos seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. (*omissis*). Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf. Consultado em 17.10.2018.

⁶³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, *Direito Fundamental à convivência familiar*, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, *Curso de Direito da Criança e do adolescente*, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 151-152.

Tal princípio encontra-se insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948, em especial no seu art.º 16, §1º, na medida em que prevê a igualdade de direitos durante a constância do matrimónio, assim como na sua dissolução.⁶⁴

Destaca-se, novamente, a Convenção sobre os Direitos da Criança, importante instrumento internacional de proteção ao menor, que orienta os Estados Partes a diligenciar de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. Dessa forma, cabe aos pais a responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento e, se for caso, aos representantes legais, deixando clarividente que o interesse superior da criança deve constituir a preocupação fundamental dos progenitores⁶⁵.

Consoante será ulteriormente analisado nos capítulos correspondentes, o ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil albergou os princípios acima explicitados tanto a nível constitucional, como em sede de legislação ordinária⁶⁶.

Mais recentemente, não se pode esquecer que, no âmbito do Conselho da Europa, a Resolução n.º 2079 (2015) sobre a igualdade e responsabilidade parental partilhada insta os Estados Partes, no seu item 5.5, a 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 e interesses⁶⁷.

Os fundamentos jurídicos acima evidenciados levam à conclusão de que a criança tem o direito à ampla convivência familiar com os pais, o que significa partilhar a sua rotina diária de forma significativa com ambos, independentemente da situação conjugal dos mesmos. Tal circunstância apenas não se

⁶⁴ Disponível em https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Consultado em 18/10/2018.

⁶⁵ Artigo 18, n.º 1. Os Estados Partes diligenciar de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primordialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental. Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf. Consultado em 17.10.2018.

⁶⁶ A Constituição da República Portuguesa enuncia no seu art.º36º, n.º 3, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges em relação à manutenção e educação dos filhos, afirmando no n.º 6 o princípio da inseparabilidade dos filhos em relação aos pais. Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art.º 226, § 5º, afirma a igualdade de direitos e deveres entre os integrantes da sociedade conjugal. Ademais, o art.º227 da CF/88, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 65, de 2010, dispõe ser dever da família, assim como da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, entre outros direitos, o direito à convivência familiar.

⁶⁷ Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22220&lang=en>. Consultado em 17.10.2018.

observará nos casos em que a convivência com um ou os dois progenitores apresente prejuízos ao desenvolvimento da criança, ou que não atenda ao seu superior interesse, o que deverá ocorrer tão-somente através de uma decisão judicial fundamentada.

Conforme exposto anteriormente, a responsabilidade pela educação, pelo cuidado e desenvolvimento da criança, o que inclui afeto, suporte emocional, financeiro, entre outras expressões, cabe, precipuamente, a ambos os pais, não sendo legítima qualquer discriminação ou divisão de papéis em virtude do gênero, tal como se observava até o início do séc. XX, em que se adotava a supremacia paternal diante da família. Repise-se: apenas em casos excepcionais, tipificados na legislação pátria, a criança poderá ser afastada da convivência com o progenitor, tais como violação dos deveres parentais, ou na hipótese em que convivência com o pai ou a mãe não atenda ao superior interesse da criança.

Diante disso, tem-se, por certo, que a norma extraída dos princípios da não separação dos filhos aos seus pais (convivência familiar), bem como da igualdade de direito entre homens e mulheres, deveria ser de observação compulsória quando da decisão judicial acerca da custódia da criança após separação dos pais, em conjunto com o primado do superior interesse da criança.

Nesse ponto, mister se faz apresentar importantes conclusões extraídas da Psicologia e Sociologia, aptas para alicerçar a prática da residência alternada, no contexto da guarda compartilhada, como sendo uma forma de organização familiar pós divórcio que atende ao superior interesse da criança.

Edward Kruk, investigador canadense especializado na área de políticas públicas para crianças e famílias, e Professor da Escola de Ciências Sociais da *University of British Columbia* (Vancouver, Canadá), destaca dezasseis argumentos a favor das responsabilidades parentais partilhadas: 1) a igualdade parental preserva o relacionamento da criança com os dois pais, na medida em que antes e depois do divórcio, a criança necessita que ambos sejam psicológico e emocionalmente responsivos, ou seja, envolvidos na sua vida, sendo certo que o afastamento de um dos pais pode ameaçar a sua própria segurança física e emocional; 2) a coparentalidade preserva o relacionamento dos pais em relação ao filho, tendo estudos demonstrado que o ajustamento às consequências do divórcio é melhorado quando se está diante da partilha das responsabilidades parentais; 3) diminui o conflito parental e previne a violência na família; 4) respeita as preferências das crianças e sua visão acerca de suas necessidades e o seu melhor interesse; 5) respeita as preferências dos pais e sua opinião em relação às necessidades dos seus filhos; 6) reflete a forma de cuidado dos pais em relação à criança antes do divórcio; 7) aumenta a qualidade da relação paterno-filial; 8) diminui o foco dos pais em “matematizar o tempo” e reduz litígio; 9) promove o incentivo para negociação interparental, para a mediação, e para o desenvolvimento de um planeamento acerca do exercício das responsabilidades parentais; 10) proporciona uma clara e

consistente diretriz para a tomada de decisão judicial acerca da guarda da criança; 11) reduz os riscos e incidentes de alienação parental⁶⁸; 12) permite uma melhor aplicação das ordens relacionadas às responsabilidades parentais, tendo em vista que os pais são mais propensos a aceitar uma ordem judicial que preveja partilha das responsabilidades parentais; 13) aborda os imperativos da justiça social em relação à proteção dos direitos das crianças; 14) aborda os imperativos da justiça social em relação à autoridade parental, à autonomia, à igualdade, bem como a direitos e responsabilidades; 15) o modelo de guarda exclusiva/exercício unilateral das responsabilidades parentais não encontra suporte empírico; 16) a presunção legal da igualdade de responsabilidades parentais tem suporte empírico⁶⁹.

Em 2002, o Psicólogo Robert Bauserman, do Departamento de Saúde e Higiene Mental em Baltimore-Maryland/EUA, publicou uma revisão meta-analítica de 33 estudos divulgados entre os anos de 1982 a 1999, comparando a guarda ou custódia única com a guarda compartilhada, na sua modalidade física e/ou jurídica. Tal revisão incluiu 11 estudos publicados e 22 não publicados, sendo

⁶⁸ O conceito de síndrome de alienação parental foi formulado por Richard Gardner em 1985 como sendo *o transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante várias estratégias, com o objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor, que surge principalmente no contexto da disputa da guarda e custódia das crianças, através da campanha de difamação contra um dos pais, sem justificação, resultando da combinação de um sistemático endoutrinamento (lavagem ao cérebro) por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança, destinadas a denegrir o progenitor objeto da campanha*, in FEITOR, Sandra Inês Ferreira, *Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do Direito de Menores*, Coimbra: Coimbra Editora, Maio, 2012, p. 23-24, *apud* BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Vila Nova de Famalicão: Nova Causa Edições Jurídicas, maio de 2015, ISBN 978-989-8515-16-2, p. 157.

Frise-se que, no Brasil, tal fenômeno já alcançou *um* estatuto legal, sendo consagrado na Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, estabelecendo o seu artigo 2º o seguinte: *Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Consultado em 17.10.2018.

Conquanto haja na doutrina certa discussão a respeito da validade científica ou do reconhecimento da Síndrome da Alienação Parental (SAP) como sendo uma doença, tal como apontado por Maria Clara Sottomayor em, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição-Revista, Aumentada e Atualizada, Coimbra: Almedina, 2016, p. 165, tal discussão não se fará presente nesta dissertação, importando apenas saber que, os defensores da prática da residência alternada da criança no contexto da guarda compartilhada afirmam que tal arranjo reduz os riscos e a incidência da alienação parental, uma vez que a criança continuará mantendo uma rotina de significativo relacionamento com ambos os pais, e estaria por isso menos suscetível de ser influenciada por um pai alienador. Ademais, nos casos da guarda compartilhada com alternância de residência, nenhum dos pais é ameaçado pela perda potencial do relacionamento com seu filho, uma vez que será garantida a ampla convivência com os dois. KRUK, Edward, *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, in *The American Journal of Family Therapy*, Vol 40 (2012), p. 45. Para exame mais detido sobre a Alienação Parental ou Síndrome de Alienação Parental, convém consultar as obras FEITOR, Sandra Inês Ferreira - *Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do Direito de Menores*, Coimbra: Coimbra Editora, Maio, 2012 e CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, *A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁶⁹ KRUK, Edward, *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, in *The American Journal of Family Therapy*, Vol 40 (2012), p. 33-55;

quase todos provenientes de teses de doutoramentos, compreendendo 1.846 crianças que viviam sob custódia/guarda única e 814 crianças em guarda compartilhada (física e/ou jurídica)⁷⁰.

Em todos os estudos, Bauserman descobriu que as crianças que viviam sob a guarda compartilhada, tanto na modalidade jurídica como na física, apresentaram resultados significativamente melhores do que as crianças que viviam sob guarda única ou exclusiva. Isto, em termos de adaptação geral, relações familiares, autoestima, adaptação emocional e comportamental, bem como em relação ao próprio divórcio. Indicou, ainda, que os resultados encontrados nas crianças que viviam sob guarda compartilhada foram tão bem quanto àquelas crianças cujos pais permaneciam casados⁷¹. A pesquisa aponta, inclusivamente, que os casos de guarda jurídica compartilhada mostraram benefícios muito semelhantes aos casos com guarda física compartilhada.

Em suma, os resultados encontrados na pesquisa de Bauserman são conclusivos no sentido de que, para as famílias que vivem sob a guarda compartilhada (tanto a jurídica como a física), as evidências empíricas sustentam fortemente que tal arranjo promove benefícios ou, pelo menos, não prejudicam a família, concluindo o autor que as Cortes de Justiça não deveriam desencorajar os pais a procurarem a guarda compartilhada⁷².

Em 2011, a investigadora americana Linda Nielsen publicou um artigo revendo 20 estudos relacionados com a guarda física compartilhada, em que as crianças viviam pelo menos 35% do seu tempo com ambos os pais, afirmando que os referidos estudos chegam a conclusões similares acerca das famílias que vivem sob tal forma de custódia⁷³.

Apointa, pelo menos, 4 conclusões relevantes para o crescimento do interesse na guarda compartilhada, a partir de décadas de pesquisas na área das crianças do divórcio: 1) as crianças beneficiam quando os pais estão, ativamente, envolvidos nas suas vidas através de uma ampla gama de atividades diárias, diante do que a limitação do tempo de paternidade para finais de semanas ou visitas curtas durante a semana não traz benefícios suficientes para a criança, haja vista que o tipo de atividade que constrói fortes laços ente pais e filhos são menos propensos a ocorrer⁷⁴; 2) estudos apontam que

⁷⁰ FABRICIUS, William V., et. al, *Custody and Parenting Time: Links to Family Relationships and Well-Being After Divorce*, in Lamb, Michael E - *The Role of the Father in Child Development*, 5ª Edição, Nova Jersey/EUA: 2010, Capítulo 7, p. 234.

⁷¹ Idem, p. 234.

⁷² Idem, p. 235.

⁷³ NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, in *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 52 (2011), p.588.

⁷⁴ A autora exemplifica o tipo de rotinas que constroem laços mais efetivos, tais como: cozinhar juntos, passar recados, preparar-se para a escola, trabalhar juntos nas tarefas escolares, fazer compras, estar juntos de forma espontânea, não estruturada.

quando as crianças vivem só com as mães, a maioria dos pais acabam por gastar pouco tempo de parentalidade no seu melhor nível, já que, a maioria das crianças, apenas conviviam 15% do seu tempo com o seu pai, naquela modalidade de guarda. A fixação de uma residência única, portanto, pode não ser o melhor caminho para promover ou encorajar tempo parental de alta qualidade; 3) estudos apontam que em famílias cujas crianças vivam sob residência fixa materna, o relacionamento do filho com seu pai, geralmente, enfraquece ou deteriora-se completamente, o que faz com que muitas crianças sintam ser esse o maior preço que elas pagam pelo divórcio dos pais⁷⁵; 4) a qualidade e a permanência contínua do relacionamento entre pai e filho estão intimamente ligados à quantidade de tempo que convivem juntos nos anos imediatamente após o divórcio⁷⁶.

Em suma, a revisão dos estudos realizados pela investigadora Linda Nielsen sugere que viver, quase exclusivamente, com a mãe pode não ser a melhor maneira de preservar ou promover o relacionamento das crianças com os seus respetivos pais, havendo evidências que apontam para a guarda compartilhada como forma de arranjo familiar pós-divórcio que está associada a resultados sociais, emocionais e psicológicos iguais ou melhores para as crianças e, mais importante ainda, com vínculos mais fortes e duradouros com os seus pais.

Cabe esclarecer, neste ponto, que o instituto da residência alternada da criança pós-divórcio não tem aplicação em todos os casos, especialmente quando se está diante de abuso infantil, violência doméstica e familiar, de entre outras hipóteses que serão exploradas oportunamente, quando da análise dos casos de inaplicabilidade (Capítulo II).

Após exaustiva análise do seu conceito, principais características e fundamentos jurídicos que fundamentam a prática da residência alternada, passar-se-á a examinar como tal forma de arranjo familiar é acolhida em países como a França e a Espanha, através do exame do seu ordenamento jurídico, posicionamento doutrinário e jurisprudências pátrias.

⁷⁵ A autora exemplifica que um tema recorrente em muitas das 900 histórias de divórcio escritas por estudantes universitários se refere ao desejo de melhor relacionamento com seus pais, ou o anseio por qualquer relacionamento com os mesmos.

⁷⁶ NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, in *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 52 (2011), p.590-592.

1.3 A experiência da residência alternada em Espanha.

A regulação da atribuição da custódia dos filhos menores em virtude do divórcio ou separação dos progenitores passou por diversas modificações em Espanha, desde a Lei do matrimónio civil de 1870⁷⁷, em que os filhos permaneciam sob a autoridade parental do cônjuge inocente, caso não houvesse acordo entre os pais, até a consagração do exercício conjunto das responsabilidades parentais, denominado de *custodia compartida*, com a prática da residência alternada da criança após o divórcio, a partir da alteração promovida pela Lei n.º 15/2005, de 08 de julho.

Antes da reforma estabelecida pela Lei n 15/2005, de 08 de julho, ao Código Civil Espanhol (CCE), a prática habitual consistia em atribuir a custódia dos filhos menores a um dos progenitores, em geral à mãe, com quem a criança residia, fixando ao outro progenitor um regime de visitas, comunicação e permanência (convivência). Não havia, portanto, qualquer referência no CCE à guarda compartilhada, ou exercício conjunto das responsabilidades parentais, antes da alteração promovida pela referida lei⁷⁸.

Atualmente, o ordenamento jurídico espanhol prevê que a titularidade e exercício da *patria potestad* são, regra geral, compartilhados por ambos os progenitores durante a permanência da convivência (art.º 154), não se alterando tal circunstância em virtude da mera rutura conjugal, consoante dicção do art.º 156 e seguintes do CCE⁷⁹. Também, no artigo 92 do mencionado Código, inserido no Capítulo IX, atinente aos efeitos comuns à nulidade, separação e divórcio, consta do seu n.º 5 a possibilidade de acordo sobre o exercício compartilhado (*ejercicio compartido*) da custódia dos filhos quando assim o solicitem os pais na proposta do convénio regulador ou quando ambos cheguem a esse acordo no transcurso do procedimento judicial.

Para melhor elucidação dos institutos do direito espanhol aqui tratados, mister se faz esclarecer os conceitos de *patria potestad* e de *custodia* da criança.

Como *patria potestad*⁸⁰ entende-se o conjunto de deveres, direitos e poderes cuja titularidade recai aos progenitores, mediante atribuição legal, em relação aos seus filhos menores ou em situação de limitação da capacidade determinada por sentença. Considerando que a finalidade do instituto é proteger o menor até que o mesmo alcance a maioridade, o conteúdo da *patria potestad* abrange todos os âmbitos

⁷⁷ CALERA, María del Carme Gete-Alonso y, RESINA, Judith Solé - *Custodia compartida – Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-478-9, 2015, p. 93. Remete-se à mencionada obra para compreender a evolução legislativa do CCE, até a alteração promovida pela Lei n.º 15/2005, de 08 de julho, que introduziu o modelo de *guarda compartida* no ordenamento jurídico da Espanha.

⁷⁸ CONESA, Carmen Pérez, *La Custodia Compartida*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, 2016, ISBN 978-84-9099-677-5, p. 15.

⁷⁹ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultado em 05.11.2018.

⁸⁰ Também chamada de *función parental*, *potestad* ou *autoridad parental*.

em que se desenvolve o menor como pessoa em formação, ou seja, pessoal, patrimonial e a representação legal⁸¹.

Conforme dicção do art.º 154 do CCE⁸², a *patria potestad*, como responsabilidade parental, exercer-se-á sempre no interesse do menor, de acordo com a sua personalidade, e com respeito aos seus direitos, a sua integridade física e mental, função esta que compreende os seguintes deveres e faculdades: a) zelar pelos filhos (não emancipados), tê-los em sua companhia, alimentá-los, educá-los e proporcionar aos filhos uma formação integral; b) representá-los e administrar os seus bens.

A título de comparação, referido instituto tem equivalência ao poder familiar no Brasil, ou às responsabilidades parentais no caso de Portugal, cujos conceitos serão estabelecidos nos capítulos correspondentes.

A *custodia*, por sua vez, trata do instituto jurídico amplo que se refere à situação existente quando os pais não vivem juntos. De início, faz referência a quem tem consigo o menor e não se confunde com o todo que é a função ou autoridade parental (*patria potestad*). Além da convivência com o filho e a relação pessoal, a *custodia* abrange o conjunto de situações, necessidades e atuações que se desenvolvem no quotidiano da criança, cabendo aos pais dar a atenção e os cuidados necessários, tanto no âmbito material como jurídico, a alimentação, a educação e formação, a prevenção de perigos e a vigilância dos seus interesses⁸³.

A Espanha possui dois modelos de guarda/custódia da criança⁸⁴: a *custodia individual* ou exclusiva e a *custodia compartida*.

No que tange à custódia exclusiva ou individual, esta assemelha-se ao conceito de *sole legal custody* da doutrina americana, em que se atribui a guarda a um dos progenitores, embora se costuma determinar em favor do outro progenitor um regime de relações pessoais, comunicações ou visitas, que ocorrem em período de tempo mais curto, durante o qual o menor convive com o progenitor não guardião, e este tem atribuído a si a guarda. Ou seja, conforme salienta Judith Resina, Professora de Direito Civil da Universidade Autónoma de Barcelona, tecnicamente, a *custodia* não é exclusiva⁸⁵. Em regra, conforme já salientado, no direito espanhol ambos os progenitores mantêm a *potestad* em

⁸¹ CALERA, María del Carme Gete-Alonso y, RESINA, Judith Solé, *Custodia compartida – Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra: Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-478-9, 2015, p. 456.

⁸² Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultado em 05.11.2018.

⁸³ Ob. Cit. p. 456.

⁸⁴ Neste trabalho não será explorada a guarda ou custódia do menor a terceiros, existente tanto no ordenamento jurídico espanhol, como no de Portugal e do Brasil, tendo por fim o presente estudo centrar-se sobre os casos de residência alternada da criança, no âmbito do pós-divórcio ou separação.

⁸⁵ Ob. Cit. p. 92.

conjunto, salvo se um deles tiver sido privado por sentença judicial, quando então a guarda será exclusiva do progenitor que mantiver a *patria potestad*, sem prejuízo de que o progenitor privado mantenha a sua obrigação de pagar os alimentos ao menor⁸⁶.

A *guarda compartida* em Espanha, também denominada de *alternativa* ou *alternada*, pressupõe a semelhança dos períodos de tempo em que os filhos menores permanecem na companhia de cada progenitor, embora não necessitem ser exatos ou idênticos. Nesse arranjo familiar, cada progenitor ostenta a guarda durante este tempo, além de compartilharem a titularidade e o exercício da *patria potestad*.

Ao estabelecer um paralelo com a legislação portuguesa, constatam-se semelhanças entre a modalidade espanhola de *guarda compartida* com o modelo de exercício conjunto das responsabilidades parentais, na medida em que ambos os pais ostentariam a titularidade e exercício em conjunto dos deveres e direitos atinentes ao desenvolvimento integral da criança, embora em Espanha não se faça qualquer distinção entre atos da vida corrente e de particular importância, como ocorre em Portugal. Além disso, a *custodia compartida* em Espanha, pressupõe a alternância de domicílios (residência alternada), o que não ocorre em Portugal em todos os casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais. Em comparação com o ordenamento jurídico do Brasil, a figura aproxima-se da própria guarda compartilhada, estabelecida no art.º 1.583, § 1º do CCB.

Não equivale, portanto, ao conceito doutrinário de guarda alternada do direito Português ou Brasileiro, em que supostamente haveria o exercício unilateral das responsabilidades parentais com alternância de residência. Tal como explicado no item precedente, tal modalidade de guarda não foi consagrada nos citados ordenamentos jurídicos.

No que tange à modalidade espanhola de *guarda compartida*, a Professora Judith Resina afirma que, dentro do período de convivência, se são suficientemente grandes, costuma fixar-se um regime de visitas com o outro progenitor. É justamente nesse modelo de *custodia* da criança que se insere a prática da residência alternada, em que ocorre a mudança periódica de domicílio dos menores, que mudam da residência de um de seus progenitores ao domicílio do outro, em período de tempo que lhes corresponde conviver com cada um⁸⁷.

Na opinião do catedrático universitário e advogado civilista espanhol, Gregorio Delgado del Río, *in verbis*:

⁸⁶ Idem, p. 92.

⁸⁷ Ob. Cit. p. 93.

Parece innegable que el sistema de guarda compartida es, em principio, el más coherente com la necesaria referencia a ambos progenitores (coparentalidad), com las posibilidades reales de que los hijos reciban los beneficios inherentes al cumplimiento de las respectivas funciones y com facilitar a los padres el ejercicio efectivo de sus deberes e derechos⁸⁸.

De acordo com o citado jurista espanhol, uma alternativa para amenizar o conflito familiar (rutura efetiva) seria, em princípio, garantir aos filhos a possibilidade de desfrutar da presença de ambos os progenitores, salvo exceções relacionadas à conduta negligente de algum deles ou com a evidente falta de idoneidade. Além disso, salienta que tal objetivo prioritário só pode ser alcançado em plenitude pelos filhos mediante um sistema de *guarda compartida*, que se constitui no modelo de convivência que mais se aproxima da forma de viver dos filhos durante a convivência marital dos seus pais, diante do que a rutura resultaria menos traumática⁸⁹.

Pode afirmar-se que a concretização da prática da residência alternada após o divórcio, em Espanha, é resultado da consciencialização das consequências adversas da custódia única, obtidas através dos avanços nas pesquisas no campo da Psicologia, Economia e Sociologia, além de estar em consonância com os movimentos pela igualdade de género. Outra circunstância, possivelmente determinante, é a implementação de reformas no âmbito das legislações do Direito da Família ocorridas nas Regiões do Nordeste de Espanha, tais como Aragão, Catalunha, Comunidade Valenciana, Navarra e o País Basco, nas quais a residência alternada tornou-se preferencial, após o divórcio⁹⁰.

No tocante às hipóteses para a aplicação da *custodia compartida* na Espanha, podem extrair-se 3 possibilidades a partir da nova redação conferida pela Lei n.º 15/2005 ao artigo 92 do CCE: a) será possível acordar este modelo de custódia quando os próprios pais o solicitem na proposta de convénio regulador, no âmbito de uma separação ou divórcio por mútuo acordo (art.º 92.5, CCE⁹¹); b) quando em curso processo contencioso/litigioso, na hipótese dos pais chegarem a um acordo sobre a *custodia compartida* do (s) seu (s) filho (s) durante o transcurso do procedimento (art.º 92.5, CCE); c) por último,

⁸⁸ RÍO, Gregório Delgado del, *La custodia de los hijos – La guarda compartida: opción preferente*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi 2010, ISBN 978-84-470-3532-8, p. 217.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ FLAQUER, Luís, ESCOBEDO, Anna, GARRIGA, Anna, MORENO, Carmen, *A igualdade de género, o bem-estar da criança e a residência alternada na Espanha*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia (coord), *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Silabo, 2017, p. 89.

⁹¹ Art. 92, 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

na hipótese contemplada no art.º 92.8 do CCE⁹², em que o juiz concede a *guarda compartida*, ainda que não estejam presentes os requisitos do n.º 5 do art.º 92, excepcionalmente, a pedido de uma das partes e, somente, se dessa forma se proteger o superior interesse do menor⁹³.

Acerca da última hipótese acima destacada, convém mencionar que a autoridade judicial somente poderá conceder a *guarda compartida* se for a única maneira de proteger o interesse do menor, e não se for uma das possíveis formas de proteção da criança. Da mesma maneira, é de se notar que o preceito também não contempla a hipótese de que a autoridade judicial decida em favor da *custodia compartida* se esta não for requerida por nenhuma das partes⁹⁴.

É de se destacar que o conceito de *guarda compartida* não foi definido pelo CCE, não tendo o art.º 92 disposto em nenhum de seus itens acerca de critérios específicos aos quais o juiz deva atender para outorgá-la. Coube, então, à jurisprudência determinar tais requisitos.

A partir da Sentença do Tribunal Supremo n.º 623/2009, de 08 de outubro de 2009⁹⁵, consolidaram-se os critérios de atribuição da *custodia compartida*, os quais, a par das determinações legais estabelecidas no artigo 92 do CCE, deverão ser observados pelo Juiz ao decidir acerca desse modelo de organização familiar pós-divórcio.

Em consonância com o fundamento de direito quinto da Sentença do Tribunal Supremo (STS) de 08 de outubro de 2009, destacou-se que, em matéria de guarda e custódia compartilhada, o CCE contém uma cláusula aberta que obriga o juiz a acordar esta modalidade sempre no interesse do menor, após os procedimentos que devem ser seguidos de acordo com os diferentes pressupostos em que a demanda judicial se encontre, sendo difícil especificar em que consiste esse interesse diante da ausência de critérios, tal como ocorre em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do direito francês e inglês, a partir do *Children Act 1989*⁹⁶.

⁹² Art. 92, 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe Favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

⁹³ Sobre este ponto, é imperioso ressaltar que, originariamente, esta norma requeria um parecer favorável do Ministério Público, contudo tal requisito foi declarado inconstitucional pela STC 185/2012, de 17 de outubro de 2012, disponível em https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14060.

⁹⁴ CALERA, María del Carme Gete-Alonso y, RESINA, Judith Solé, *Custodia compartida – Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra: Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-478-9, 2015, p. 99. Na opinião da autora Judith Resina, o artigo 92.5 do CCE exclui a aplicação da *guarda compartida* pelo juiz no caso em que ambos os pais requeiram para si a custódia individual, de forma que, embora estejam dispostos a atender às necessidades do menor, não querem compartilhar essa atenção com o outro progenitor.

⁹⁵ Disponível em https://supremo.vlex.es/vid/-71474558#section_8. Consultado em 08.11.2018.

⁹⁶ Disponível em https://supremo.vlex.es/vid/-71474558#section_8. Consultado em 08.11.2018.

Além disso, afirmou-se que a partir do estudo do direito comparado, chegou-se à conclusão de que os seguintes critérios vem sendo utilizados: 1) a prática anterior dos progenitores e sua relação com o menor e suas atitudes pessoais; 2) os desejos manifestados pelos menores; 3) o número de filhos; 4) o cumprimento por parte dos progenitores dos seus deveres em relação aos filhos e o respeito mútuo nas suas relações pessoais e com outras pessoas que convivam no âmbito familiar; 5) os acordos adotados pelos pais; 6) a localização dos seus respectivos domicílios, horários e atividades exercidas; 7) o resultado dos relatórios legalmente exigidos e, em suma, qualquer outro critério que permita ao menor uma vida adequada com uma rotina que, certamente, será mais complexa do que aquela vivenciada quando os pais partilhavam vida em comum⁹⁷.

Portanto, somando-se os pressupostos legalmente exigidos para a adoção do regime da guarda compartilhada, devem ocorrer determinadas circunstâncias que, *a priori*, facilitem o desenvolvimento deste modelo de guarda. Assim, agrupando-se os critérios doutrinários e indicados nas sentenças do Tribunal Supremo que se seguiram, podem-se elencar os seguintes critérios⁹⁸:

- a) As atitudes pessoais dos pais, quanto à capacidade, dos mesmos, em manter um acordo de cooperação ativo e de corresponsabilidade; manter um modelo educativo comum; baixa conflituosidade entre os pais; a relação prévia e contemporânea com a rutura dos pais com seus filhos;
- b) A proximidade dos domicílios dos pais, o que garantiria a estabilidade do menor, mantendo os seus pontos de referência como escola, círculo de amizade, atividades extracurriculares;
- c) A disponibilidade dos pais para manter contacto direto com os seus filhos no período alternativo correspondente;
- d) Recursos materiais suficientes, uma vez que será preciso certa capacidade económica para fazer frente aos gastos provenientes da alternância de residência;
- e) Idade dos filhos, embora não haja unanimidade da jurisprudência em relação a esse ponto, havendo casos em que a tenra idade não constituiu um impedimento para a determinação da *guarda compartilhada*. Contudo, em relação ao período de lactação, o Tribunal Supremo,

⁹⁷ É de se notar que, desde este pronunciamento, os mesmos critérios se tem repetido nas sentenças do Tribunal Supremo de 10 de março de 2010 (RJ 2010, 2329), 22 de julho de 2011 (RJ 2011, 5676), 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269), conforme destacado em CONESA, Carmen Pérez, *La Custodia Compartida*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, 2016, ISBN 978-84-9099-677-5, p. 49. Acrescente-se, também, as sentenças do Tribunal Supremo n.º 519/2017, de 22 de setembro de 2017 e n.º 1792/2017, de 12 de maio de 2017.

⁹⁸ Vide MARTÍN-CALERO, Cristina Guilarte, *Criterios de atribución de la custodia compartida: a propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009*, in *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, nº3 (2010), Barcelona, julho, p. 13/18.

em sentença de 1 de março de 2016 (RJ 2016, 736), confirmou sentença de primeira instância em que se outorgava a custódia da criança de 10 meses à sua progenitora, por ter respeitado escrupulosamente o interesse do menor, já que levou em consideração a sua tenra idade e a distância geográfica dos domicílios dos pais⁹⁹.

- f) O resultado dos relatórios multidisciplinares (equipa psicossocial), os quais, embora não sejam vinculantes, proporcionam ao Juiz informações preciosas acerca da situação familiar e do próprio menor.

Não se pode esquecer, por oportuno, que o legislador espanhol estabeleceu de antemão os casos de inaplicabilidade da guarda compartilhada, consoante se deduz do art.º 92. 7 do CCE¹⁰⁰, no caso de qualquer dos pais estar em curso em processo penal por atentar contra a vida, a integridade física, a liberdade, dignidade sexual, do outro cônjuge ou dos filhos que convivam com ambos. Estabeleceu-se, também, que em casos de indícios fundados de violência doméstica, detetados pelo Juiz a partir das alegações das partes e das provas constantes dos autos, não se aplicará a guarda compartilhada.

Impende ser destacada a posição do Tribunal Constitucional no sentido de que o regime de *custodia compartida* não se trata de uma medida excecional, mas sim normal e desejável, conforme declarado na Sentença nº 194/2018, de 6 de abril de 2018¹⁰¹, determinando, por conseguinte, aos Tribunais decidir sobre esta matéria com amplas faculdades, sem necessidade de estarem vinculados ao parecer favorável do Ministério Público¹⁰².

Diante do exposto, entende-se que a ponderação de todos os critérios acima destacados, legais e jurisprudenciais, de acordo com as circunstâncias do caso em concreto, será determinante para a procedência, ou não, da *guarda compartida*.

Em termos de estatística em relação à sua aplicação, a *custodia compartida*, em Espanha, tem ganho cada vez mais espaço, conforme se depreende da tabela do *Instituto Nacional de Estadística* referente ao ano de 2017¹⁰³, publicado a 24/09/2018, tendo alcançado 30% dos casos de dissolução

⁹⁹ Nesse ponto, remete-se aos comentários de CONESA, Carmen Pérez, *La Custodia Compartida*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, 2016, ISBN 978-84-9099-677-5, p. 53.

¹⁰⁰ Art.92. 7 - No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

¹⁰¹ Disponível em <https://supremo.vlex.es/vid/708911781>. Consultado em 12.11.2018.

¹⁰² CONESA, Carmen Pérez, *La Custodia Compartida*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, 2016, ISBN 978-84-9099-677-5, p. 54.

¹⁰³ Disponível em https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206. Consultado em 08.11.2018.

(incluindo divórcio e separação), evidenciando um aumento significativo dessa forma de organização familiar pós-divórcio¹⁰⁴.

É de se destacar as evidentes disparidades regionais no tocante ao percentual de sentenças que aplicam a residência alternada, a exemplo da comunidade autónoma da Catalunha, a qual atingiu no ano de 2015 proporções superiores a 40% do total das sentenças de divórcio com crianças, e o caso da Estremadura, em que tal modelo de organização familiar foi aplicado em apenas 8,4% dos casos naquele ano¹⁰⁵.

Nesse ponto, é válido destacar que, no âmbito da comunidade autónoma da Catalunha, onde se observam os maiores índices de aplicação da residência alternada, a Lei n.º 25/2010, de 29 de julho da Catalunha¹⁰⁶, procedeu a importantes alterações no Livro Segundo do Código Civil de Catalunha, relativo à pessoa e à família, como a introdução do carácter compartilhado das responsabilidades dos progenitores sobre os filhos após a rutura conjugal.

O Livro II do Código Civil da Catalunha, na mesma linha em que, por regra geral, estabelece o exercício conjunto da *potestad* pelos dois progenitores, também opta, preferencialmente, pela *guarda compartida* ou *alternada*, ao estabelecer que a autoridade judicial pode dispor, excecionalmente, que a guarda se exerça de maneira individual, embora deixe à vontade dos pais a eleição da modalidade do seu exercício¹⁰⁷.

Nesse sentido, o preâmbulo da Lei n.º 25/2010 explica:

Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han adoptado normas en esta dirección. Eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que el libro segundo proporciona una serie de criterios que

¹⁰⁴ Vide Figura 4.1 em FLAQUER, Luís, ESCOBEDO, Anna, GARRIGA, Anna, MORENO, Carmen, *A igualdade de género, o bem-estar da criança e a residência alternada na Espanha*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia (coord), *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Silabo, 2017, p. 92, a evidenciar o crescimento da prática da residência alternada na Espanha, cuja percentagem em 2007 perfazia 9,6% dos divórcios com crianças, tendo alcançado 24,6% dos casos em 2015.

¹⁰⁵ FLAQUER, Luís, ESCOBEDO, Anna, GARRIGA, Anna, MORENO, Carmen, *A igualdade de género, o bem-estar da criança e a residência alternada na Espanha*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia (coord), *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Silabo, 2017, p. 91.

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>. Consultado em 13.11.2018.

¹⁰⁷ CALERA, María del Carme Gete-Alonso y, RESINA, Judith Solé, *Custodia compartida – Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra: Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-478-9, 2015, p. 118.

deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda.¹⁰⁸

Consoante dicção do art.º 233-9 do Código Civil da Catalunha¹⁰⁹, alterado pela legislação acima mencionada, os progenitores devem apresentar um plano de parentalidade, de modo a esclarecer a forma como vão exercer as responsabilidades parentais, detalhando os compromissos que assumem como relação à guarda, ao cuidado e à educação dos filhos, sem impor uma modalidade concreta de organização¹¹⁰, possibilitando a prática da residência alternada no item 2 a).

Note-se ainda que o art.º 233 -11¹¹¹ estabeleceu os critérios para se determinar o regime e a forma de se exercer a guarda dos filhos, vale dizer, muito similares aos apontados pela jurisprudência do

¹⁰⁸ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-13312-consolidado.pdf>. Consultado em 13.11.2018.

¹⁰⁹ Artículo 233-9. Plan de parentalidad.

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.
2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:
 - a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
 - b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
 - c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
 - d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
 - e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
 - f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
 - g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
 - h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.
3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Consultado em 12.11.2018.

¹¹⁰ CONESA, Carmen Pérez, *La Custodia Compartida*, Navarra: Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, 2016, ISBN 978-84-9099-677-5, p. 112.

¹¹¹ Artículo 233-11. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. 1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
 - b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
 - c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
 - d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
 - e) La opinión expresada por los hijos.
 - f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
 - g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.
2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Consultado em 12.11.2018.

Tribunal Supremo, destacando-se a necessidade de ponderação da vinculação afetiva entre os filhos e cada um dos seus pais, assim como as relações com as demais pessoas que convivem nos respectivos domicílios, e a atitude de cada progenitor para cooperar com o outro com o intuito de assegurar a máxima estabilidade dos filhos, especialmente, para garantir as relações destes com os dois progenitores.

Dessa forma, observa-se que a legislação da Catalunha situa a corresponsabilidade parental em lugar preferencial e, com isso, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, autorizando a prática da residência alternada no âmbito do pós-divórcio, caso esteja atendido, no caso concreto, o superior interesse da criança.

Diante de todo o exposto, vê-se que o instituto da residência alternada da criança pós divórcio, no âmbito da *guarda compartida*, tem obtido grande destaque na legislação espanhola, tanto em âmbito nacional como nas comunidades autónomas, sendo atualmente objeto dos movimentos de direitos dos pais a consagração em toda a Espanha da *guarda compartida* como a opção preferida ou presumida pela lei nos casos de divórcio¹¹².

Após análise dos principais dispositivos do ordenamento jurídico espanhol que fundamentam a prática da residência alternada nesse país, em conjunto com o exame da doutrina e jurisprudência da Corte Suprema, convém analisar-se a forma como a França tem evoluído na sua legislação e prática social até a consagração legal da alternância de residências da criança no âmbito do pós-divórcio.

1.4 A experiência da residência alternada em França.

As diversas mudanças observadas nas sociedades ocidentais durante as décadas de 60/70, já destacadas no primeiro item deste capítulo, foram igualmente vivenciadas pela sociedade francesa, como o aumento do número de divórcios¹¹³, novos valores e estilos de vida, resultantes da luta pela igualdade de género, aumento de famílias monoparentais, conforme destacou o sociólogo e psicólogo francês Gérard Neyrand¹¹⁴.

Antes de aprofundar no atual estágio em que se encontra a prática da residência alternada em França, é preciso lembrar os efeitos da Revolução Francesa na vida privada e familiar, a partir do importante Decreto de 20 de setembro de 1792, ocasião em que o Estado passou a assumir um papel

¹¹² PAYUETA, Consuelo Barea, *Los inconvenientes de la custodia compartida*, Barcelona, 2012, p. 39, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p. 82.

¹¹³ A taxa de divórcio passou de 10 a 30%, de 1970 a 1990. Ver NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.75.

¹¹⁴ *Idem*, p. 74.

ativo na formação da família, ao fixar obstáculos para o casamento, definir os direitos dos filhos naturais, além de instituir o divórcio e limitações ao poder paternal. No que diz respeito à criança, esta era vista como pertencente à República, antes de pertencerem aos pais¹¹⁵.

Em relação à guarda das crianças, tal requerimento raramente era mencionada nos pedidos de divórcio, isso porque, por um lado, grande parte dos casais que o solicitavam já não tinham filhos menores, bem como porque, nas palavras do Professor Lynn Hunt, *in verbis*:

(*omissis*) nem os tribunais nem os parentes consideravam os filhos como fazendo parte integrante da célula familiar. De resto, é raro fazer-se referência aos filhos nas declarações dos casais ou nas discussões dos tribunais; da mesma forma, raramente se contestam as decisões respeitantes à guarda dos filhos; é frequente os casais mencionarem os filhos sem referir os seus nomes ou ainda, por vezes, sem sequer dizer quantos são.¹¹⁶

Como se sabe, a família burguesa era caracterizada pela demarcação e separação progressiva entre o trabalho masculino e o feminino, na medida em que, enquanto os homens tinham a possibilidade de expandir os seus negócios e empreendimentos em setores diversificados e eram definidos pelas suas respetivas ocupações e atividades públicas, as mulheres distanciavam-se desse quadro e estabeleciam a maternidade e a administração da casa como sua profissão¹¹⁷.

De resto, ao se passar, brevemente, pelo período da Revolução Industrial, observa-se a transformação da família num sistema económico de gestão, ao ser utilizada e remunerada toda a mão-de-obra da equipa familiar, ou seja, o pai, auxiliado pela mulher e rodeado dos seus filhos, cada um com funções distintas¹¹⁸.

É necessário destacar que a criança apenas surge no centro da família já no séc. XIX, sendo objeto de investimento em todos os níveis, seja afetivo, económico, educativo, existencial¹¹⁹. E o desenrolar dessa transformação observa-se também no ordenamento jurídico francês, com a edição, por exemplo, das primeiras leis sociais, tal como a de 1841, sobre a limitação da duração do trabalho nas fábricas¹²⁰.

¹¹⁵ HUNT, Lynn, *Revolução Francesa e a vida privada*, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges, *História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra*, Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990, p.35-36.

¹¹⁶ Ob. Cit. P 40.

¹¹⁷ HALL, Catharine, *Lar, doce lar*, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges, *História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra*, Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990, p.70.

¹¹⁸ PERROT, Michelle, *Funções da Família*, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges, *História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra*, Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990, p.110.

¹¹⁹ PERROT, Michelle, *Personagens e papéis*, in ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges, *História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra*, Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990, p.146.

¹²⁰ Ob cit. P. 148.

Já o séc. XX é marcado por profundas transformações sociais, muitas delas derivadas das Grandes Guerras Mundiais, responsáveis pela alteração de práticas económicas, assim como culturais, influenciando mudanças também no padrão familiar. Nesta, observa-se envolvimento cada vez mais crescente dos pais na educação e cuidado dos filhos, bem como nos afazeres domésticos, além da entrada da mulher no mercado de trabalho e constante busca pela igualdade de género.

No que diz respeito às alterações no ordenamento jurídico francês do séc. XX, referentes às relações parentais e à parentalidade, é de destacar a importante Lei de 11 de julho de 1975¹²¹, que procedeu a reformas no regime do divórcio, autorizando novamente a prática do divórcio por mútuo consentimento, bem como estabeleceu como princípio de gestão o “interesse superior da criança”. Em seguida, o legislador francês consagrou o exercício conjunto da autoridade parental no CCF em 1987, dissociando-o da residência, ou seja, o juiz tinha a obrigação de fixar uma residência da criança junto de um dos seus pais¹²². A norma vigente à época, portanto, era o exercício conjunto da autoridade parental após a separação do casal.

Conforme evidenciou Clara Sottomayor, a França partiu de posições jurisprudenciais de rejeição da residência alternada para a consagração legal do instituto, destacando o caso da sentença do Tribunal de Grenoble, de 08 de maio de 1982, segundo a qual *a guarda alternada é um atentado à unidade do lar, unidade de direção e unidade de educação indispensáveis ao desenvolvimento da criança*. Relembrou, também, que em 1983, a Circular da *Garde des Sceaux*, de 03 de maio, teria proibido a guarda alternada, sendo tal posicionamento adotado pela *Cour de Cassation* em 1984¹²³.

A partir dos posicionamentos jurisprudenciais acima, depreende-se que a visão da prática da residência alternada era ainda muito negativa, uma vez que se baseava na tradição dos discursos clínicos de viés psicanalítico, no sentido de que seria desestabilizante para a criança, pois a impediria de se desenvolver numa relação tranquila com o seu ambiente, ao contrário do que supostamente ofereceria a continuidade da vida quotidiana com um dos pais, ou seja, nessa época, ainda não tinha sido superada a representação segundo a qual a presença constante da mãe da criança, mormente se esta fosse de tenra idade, seria o que haveria de melhor para ela, consoante exposto por Neyrand¹²⁴.

¹²¹ Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068520>. Consultado em 10/12/2018.

¹²² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-5588-6, p. 82.

¹²³ *Idem, ibidem*.

¹²⁴ NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.74.

De acordo com o referido autor, o desenvolvimento da residência alternada teria começado nos anos 70 em França, destacando que tal prática se inscreve no prolongamento da forma de viver destas famílias antes da separação, afirmando que a maioria dos pais investiam na educação dos seus filhos, partilhavam as questões domésticas, pouco diferindo do papel das mães¹²⁵.

É neste contexto que foram votadas as leis de 1987¹²⁶ e 1993¹²⁷ que, respetivamente, conferiram autoridade parental conjunta após a separação do casal como regra, dissociando-a da residência habitual da criança (à época, art.º 287 do CCF Francês¹²⁸), e, em seguida, a generalizaram às separações dos casais em união de facto¹²⁹. Infere-se, pois, a inclusão no ordenamento jurídico francês do princípio da coparentalidade, em que se mantém o laço da criança com os dois progenitores após a separação conjugal.

Contudo, Neyrand reforça que tal situação não atendeu aos interesses de associações de pais que pediam por uma coparentalidade não apenas virtual, expressando-se tão-somente pela participação do pai nas decisões mais importantes da vida do seu filho, mas sim que se tornasse efetiva com o reconhecimento das práticas de alternância de residência¹³⁰.

Após longo processo de debate pela Assembleia Nacional, houve a aprovação da Lei 2002- 305 de 04 de março, relativa à autoridade parental, que procedeu a significativas alterações no CCF Francês, além de reconhecer a legitimidade social da prática da residência alternada da criança pós separação conjugal.

Consoante se infere do Relatório n.º 3117, referente à proposta legislativa n.º 3047, que antecedeu a Lei 2002- 305 de 04 de março, um dos objetivos da nova legislação é garantir a igualdade de todas as crianças, independente da situação conjugal dos seus pais. Além disso, a nova lei procurou reforçar o princípio da coparentalidade, desenvolvido particularmente durante a reforma elaborada em

¹²⁵ NEYRAND, Gérard, *L'enfant face à la separation des parents. Une solution, la residence alternée*, Paris: La Découverte, 2009, p. 77-78.

¹²⁶ Lei 87-570 de 22 de julho de 1987, que modificou o CCF. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=07F9D0425E68760F9FF24D9E19FFE2A1.tplgfr36s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006424188&dateTexte=20181213&categorieLien=id#LEGIARTI000006424188. Consultado em 13/12/2018.

¹²⁷ Lei 93-22 de janeiro de 1993, que alterou o CCF relativo ao estado civil, à família e aos direitos da criança e que institui o Tribunal de Família. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=07F9D0425E68760F9FF24D9E19FFE2A1.tplgfr36s_1?cidTexte=JORFTEXT000000361918&dateTexte=20020304. Consultado em 13/12/2018.

¹²⁸ Article 287 - Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leur avis, soit par l'un d'eux. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le juge indique le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

¹²⁹ NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 75.

¹³⁰ Ob. Cit. p.76

1993, segundo a qual é do interesse da criança ser criada por ambos os pais, mesmo quando separados¹³¹.

Por fim, o Relatório afirma que as alterações propostas permitem a plena implementação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pela França a 07 de agosto de 1990, cujos artigos 5, 9 e 18 reconhecem o direito da criança de ser educada por ambos os pais, de modo a favorecer seu desenvolvimento.

No que concerne ao exercício da autoridade parental após separação dos pais, o artigo 373-2, alterado pela Lei 2002-305 de 04 de março, preconiza o dever de cada progenitor em manter relações pessoais com os seus filhos e de respeitar o relacionamento da criança com o outro progenitor.

Em caso de conflito sobre os termos do exercício da autoridade parental (artigo 372-5), o juiz terá em conta novos critérios (inspirados pela lei da Califórnia/EUA, segundo informação constante do Relatório referente à proposta legislativa n° 3047, que antecedeu a lei 2002-305 de 04 de março): a capacidade de cada um dos pais a assumirem as suas funções e, sobretudo, a respeitar os direitos do outro. No que diz respeito à aplicação prática do princípio da coparentalidade, ressaltou o Relator do Projeto de lei, *in verbis*:

Application concrète du principe de coparentalité, la résidence alternée fait son entrée dans le code civil : elle pourra désormais figurer dans les accords parentaux homologués ou être imposée par le juge (articles 372-3 et 372-5 du code civil créés par l'article 4), en fonction de l'intérêt de l'enfant. La Commission a souhaité qu'en cas de désaccord des parents sur la résidence de l'enfant, la priorité soit donnée à la formule de la garde alternée, qui constitue une application pratique du principe d'exercice conjoint de l'autorité parentale. L'alternance pourra prendre différentes formes, de la parité la plus stricte à des formules plus souples, privilégiant davantage l'un des parents. Votre rapporteur estime également souhaitable d'envisager une alternance dans le temps, permettant à chaque parent de suivre quotidiennement son enfant pendant quelques mois, voire quelques années.¹³²

Dessa forma, o legislador francês procurou deixar evidente que a separação dos pais em nada interfere no exercício conjunto da autoridade parental, ao dar primazia à aplicação prática do princípio da coparentalidade, consagrando o instituto da residência alternada em caso de homologação de acordo dos pais ou imposta pelo juiz, caso seja do interesse da criança.

Portanto, a lei de 2002 assim dispõe acerca da residência alternada da criança, após separação dos pais, na forma do art.º 373-2-9¹³³, *in verbis*:

¹³¹ Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r3117.asp>. Consultado em 13/12/2018.

¹³² Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r3117.asp>. Consultado em 13/12/2018.

¹³³ Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000776352&categorieLien=id>. Consultado em 13/12/2018.

Art. 373-2-9. - En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.
A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.”

O artigo em questão sofreu recente alteração pela Lei n.º 2016-297 de 14 de março de 2016, a qual modificou a sua redação nos seguintes termos:

Article 373-2-9 - En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.
A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.
Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut, par décision spécialement motivée, être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge.
Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée.

Da transcrição acima infere-se ter sido mantida a dicção do artigo conferida pela Lei de 2002, contudo acrescentaram-se novas disposições referentes aos direitos de visita do progenitor não residente à criança, em caso de ser fixada a sua residência junto a apenas um dos pais, sendo estabelecido que o juiz poderá determinar, por decisão fundamentada, que o encontro do pai com a criança ocorra em local diverso, se o interesse do menor assim o exigir.

Vê-se, portanto, que a essência do instituto jurídico da residência alternada foi preservada, ou seja, manteve-se a possibilidade da prática da residência alternada da criança, após a separação dos pais, cuja divisão do tempo não necessariamente há de ser igualitária, podendo o juiz ordenar provisoriamente, em caso de desacordo das partes ou a pedido de um dos pais, a alternância de residência por período determinado, findo o qual, será decidido se permanecerá a dita alternância ou se será fixada a residência habitual da criança no domicílio de um de seus pais.

No que tange à evolução das decisões judiciais a respeito da residência alternada, sabe-se que o percentual de sentenças aplicando o instituto, um ano após a lei, era de 9%, atingindo a marca de 17%

no ano de 2014¹³⁴. Como exemplo, cite-se a decisão da *Cour d'appel de Chambéry*, de 23 de janeiro de 2017¹³⁵, que reformou sentença de 1º grau para determinar a residência alternada de uma criança, à época com 3 anos de idade, a pedido do progenitor.

A sentença recorrida tinha determinado o exercício conjunto das responsabilidades parentais, contudo fixou a residência habitual da criança no domicílio da progenitora, além de ter assegurado o direito de visita do pai, dentre outras determinações. Inconformado, o pai da criança opôs recurso, pugnando pela fixação da residência alternada no domicílio com cada um dos pais, numa alternância semanal, além de outros pedidos.

O Recorrente alegou discordar da motivação do juiz de primeiro grau que fixou a residência da criança no domicílio da progenitora com base em estudos psicológicos e sociológicos, por entender que não teriam valores científicos adquiridos e indiscutíveis. Por fim, argumentou que o sistema de alternância semanal evita a fragmentação do tempo e as frequentes mudanças de vida impostas à criança, e que seria um pai dedicado ao seu filho.

A corte de Apelação deu provimento ao recurso interposto pelo progenitor, ao aduzir que *Le critère capital qui guide les décisions du juge aux affaires familiales est celui de l'intérêt de l'enfant*. Afirmou não ter sido demonstrado que a residência alternada seria desfavorável à criança, nem como o interesse desta seria melhor preservado no único local de residência de sua mãe, como na única residência de seu pai.

Assim, os magistrados afirmaram que, enquanto a residência alternada funciona melhor quando os pais apoiam tal prática, nota-se que a criança pode ser confrontada com o conflito parental durante outro modo de residência. Como resultado, entendem que o conflito entre os pais e a capacidade de cada um deles para ocultá-lo quando se trata do melhor interesse da criança não está relacionado ao sistema de residência adotado.

Frisou-se, ainda, que a idade da criança não seria um critério decisivo para a escolha da residência, uma vez que equivaleria a recusar sistematicamente um modo de residência alternativo para crianças pequenas e, *ipso facto*, conceder residência à progenitora. Desse modo, finalizam a fundamentação ao argumentar, *in verbis*:

Ainsi, l'intérêt de l'enfant est de préserver la continuité et l'effectivité des liens avec chacun de ses parents, tant que la situation respective des parents le permet, et non de privilégier

¹³⁴ NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 79.

¹³⁵ Cour d'appel Chambéry, Chambre 3, 23 Janvier 2017 Réformation N° 16/01361 Numéro JurisData: 2017-000892. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>. Consultado em 13/12/2018.

le lien avec un seul de ses parents, dès l'instant où l'enfant n'est plus un nourrisson et est ainsi capable de se détacher au quotidien du lien maternel.¹³⁶

É possível concluir que após a evolução dos debates em França, a jurisprudência dos tribunais já não considera a residência alternada como um risco, ou um erro, tal como se vislumbrava nas decisões proferidas nos anos 80, chegando-se a um consenso de que, quando aplicada em boas condições, poderá ser favorável ao interesse da criança.

Por fim, no que diz respeito às estatísticas e à sua efetiva aplicação, a mais recente pesquisa apresentada pela França, a respeito da residência das crianças após a separação dos pais, refere-se ao ano de 2012, consoante o Anuário Estatístico da Justiça publicado pelo Ministério da Justiça em 2016¹³⁷, que divide as percentagens de acordo com a modalidade de separação dos pais, sendo possível extrair os seguintes números da prática da residência alternada:

- a) aplicação em 17% dos divórcios e separação conjugal (situação de união de facto);
- b) em 30% dos divórcios por mútuo consentimento, sendo nestes casos sua mais alta incidência;
- c) em 13% nos casos de divórcios litigiosos;
- d) em 11% nos casos de separação conjugais decorrentes de união de facto.

Além disso, no que tange às idades das crianças e as percentagens da residência alternada, comparadas com o tipo de separação dos pais, o mencionado relatório apresentou os seguintes dados para o ano de 2012¹³⁸:

- a) crianças com idade inferior a 6 anos, a residência alternada foi aplicada em 13% dos casos;
- b) crianças de 6 a 10 anos, em 21% dos casos;
- c) crianças de 11 a 14 anos, em 20%;
- d) entre as idades de 15 a 17 anos, 15%.

Os dados informados pelo Ministério da Justiça apontam que este modo de residência, presente em 17% das decisões, é, no entanto, menos utilizado em crianças jovens (13%) e entre os pais não casados (11%). Outro facto, na grande maioria dos casos, alguns chegando a marca de 80%, a residência

¹³⁶ Cour d'appel Chambéry, Chambre 3, 23 Janvier 2017 Réformation N° 16/01361 Numéro JurisData : 2017-000892 Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>. Consultado em 13/12/2018.

¹³⁷ Item 1.4, tabela 4. Disponível em http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2016_chapitre1.pdf. Consultado em 10.12.2018.

¹³⁸ Item 1.4, tabela 5. Disponível em http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2016_chapitre1.pdf. Consultado em 10.12.2018.

da criança ainda é fixada com a progenitora, embora seja deferido o exercício comum da autoridade parental. Observa-se, contudo, uma progressão contínua da prática da residência alternada, após a legitimação do instituto pela Lei de 2002¹³⁹.

Diante de todo o exposto, observa-se que a questão da residência da criança após a separação dos pais passou por profundas alterações em França, a qual foi e continua a ser palco de grandes debates sobre o tema, que culminaram na adequação do CCF no sentido de incluir o princípio da coparentalidade e a sua expressão mais prática, ou seja, a residência alternada da criança com cada um dos seus pais, como uma opção legal, viável e que atende ao seu superior interesse, dando primazia aos princípios insculpidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

¹³⁹ *Bulletin d'information statistique – INFOSTAT JUSTICE*, n° 132, Janvier, 2015, disponível em http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat%20132%20def.pdf. Consultado em 13/10/2018.

2. A DUPLA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA NO BRASIL

2.1 O Poder Familiar conforme o atual Código Civil Brasileiro

O século XX presenciou modificações profundas na esfera familiar, com a incorporação pela sociedade ocidental de novos valores e costumes, tal como já mencionado no capítulo anterior, sendo certo que, com o advento do Estado Democrático de Direito, tais transformações sociais também repercutiram nos ordenamentos jurídicos, especialmente no que se refere à tutela estatal em face das relações familiares.

No Estado Brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa o marco dessa mudança funcional na instituição “família”, visto que se alterou a visão meramente materialista e patrimonial que antes reinava, rompendo com a tradição machista que norteava o antigo CCB de 1916, ao estabelecer uma visão mais humanista e igualitária, em que a afetividade e a busca pela realização pessoal adquiriram relevância jurídica e passaram a um patamar de destaque dentre aqueles bens dignos de proteção estatal¹⁴⁰.

O modelo até então vigente na legislação brasileira consubstanciava-se na família patriarcal, em que era assegurado o “pátrio poder” exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal, passando tal autoridade à mulher somente na sua falta ou em seu impedimento, quando então assumiria o exercício do pátrio poder dos filhos¹⁴¹.

Pois bem, a substituição da nomenclatura “pátrio poder” por “poder familiar”, atualmente utilizada pelo CCB de 2002, embora ainda seja alvo de críticas¹⁴², é decorrente dessa evolução histórica e tem como fundamento a Constituição Federal, que concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, consoante dicção do art.º 226, §5º da CF/88.

¹⁴⁰ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.19.

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 486.

¹⁴² Sobre o tema, Maria Berenice Dias ressalta na sua obra: *Ainda que o Código Civil tenha eleito a expressão poder familiar para atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Critica Silvio Rodrigues pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez se devesse falar em função ou em dever parental. A expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental.* In DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 487.

A sua origem resulta da natural necessidade do (s) filho (s) de proteção e dos cuidados de seus pais, desde o seu nascimento, ocasião em que há absoluta dependência, a qual segue reduzindo de intensidade à medida do seu crescimento, desvinculando-se os filhos da autoridade parental quando atingem a maioridade civil (18 anos), caso não sobrevenha qualquer das causas de incapacidade relativa ou absoluta (art.º 3º e 4º do CC), assim como pela emancipação, por concessão dos pais, se o menor tiver 16 anos completos, ou através dos demais casos tipificados no art.º 5º do CCB¹⁴³.

Ao delimitar o seu conceito, o jurista Waldyr Grisard Filho salienta ser o poder familiar, o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social¹⁴⁴.

Flávio Tartuce relembra decorrer o poder familiar do vínculo jurídico da filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto¹⁴⁵.

Ainda nesse sentido, conceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho o poder familiar como sendo o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes¹⁴⁶.

Dessa forma, é possível concluir que tal encargo atribuído simultaneamente aos pais não decorre do casamento ou da união estável, sendo inerente ao estado de filiação desde o nascimento do filho, e resulta da paternidade, constituindo um atributo irrenunciável¹⁴⁷, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo imperioso frisar que as obrigações decorrentes desse vínculo são personalíssimas¹⁴⁸.

O CCB trata acerca do tema nos seus art.º 1630 a 1638, estipulando no art.º 1632 que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Isto posto, haja vista ser o poder familiar exercido por ambos progenitores, o artigo preconiza que, mesmo sobrevivendo a dissolução do matrimônio ou o fim do relacionamento dos companheiros pela

¹⁴³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Consultado em 21.01.2019;

¹⁴⁴ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p 45;

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil: volume único*, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1564;

¹⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona – *Manual de Direito Civil – Volume único*, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2017, p 1.329;

¹⁴⁷ A única exceção a essa característica ocorre na hipótese do art.º166 do Estatuto da Criança e do Adolescente –ECA, quando os pais dão o filho para adoção, transferindo, pois, o encargo à família substituta, mediante determinação judicial. Ver FILHO, Milton Paulo de Carvalho, *in* Ministro Cezar Peluso (Coord.) – *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 4ª edição, revisada e atualizada, São Paulo: Manole, 2010, p. 1800;

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael – *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 25.

separação, a titularidade do *múnus* permanecerá igual e simultânea a ambos os pais, ainda que somente um deles detenha a guarda do filho menor¹⁴⁹.

No caso, portanto, do progenitor que não seja guardião do filho, aquele exercerá o direito de visita, mantendo a cotitularidade do poder familiar, com todas as atribuições inerentes ao instituto, exercendo tal poder mediante o acompanhamento das atividades do outro, encarregado da guarda, cuidando da fiscalização e da exigência de atos corretivos, por iniciativa direta (se houver consenso) ou mediante atuação provocada do juiz competente¹⁵⁰.

É de se concluir, dessa forma, na perspectiva constitucional do princípio da isonomia, não haver qualquer superioridade ou prevalência do homem em detrimento da mulher, pouco importando, ainda, o estado civil de quem exerce a autoridade parental. Vejam-se, a seguir, quais seriam as referidas atribuições que compõem a autoridade parental ou poder familiar.

Dispõe o artigo 1634 do CC, com a redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014¹⁵¹, competir a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I) dirigir-lhes a criação e educação; II) exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art.º 1584; III) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem de residência permanente para outro Município; VI) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII) representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezassex) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento; VIII) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Não é demais lembrar existirem outros deveres inerentes ao poder familiar que não integram o rol fixado pelo artigo supracitado, como podem ser destacados os deveres impostos aos pais pela Constituição da República (art.º 227 e 229), assim como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

¹⁴⁹ FILHO, Milton Paulo de Carvalho, in Ministro Cezar Peluso (Coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 4ª edição, revisada e atualizada, São Paulo: Manole, p. 1801;

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Euclides de, *Alienação parental e as nuances da parentalidade - Guarda e convivência familiar*, in Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) – Tratado de Direito das Famílias, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 312;

¹⁵¹ A referida Lei altera os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CCB), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

(ECA)¹⁵² (art.º 22, Lei n.º 8.069/90), sendo que, para alcançar os objetivos da presente dissertação, examinar-se-ão tão-somente os dois primeiros incisos.

Conforme lição de Milton Paulo de Carvalho Filho, o inciso I do art.º 1634 dispõe sobre o encargo dos pais de conduzirem a criação e a educação dos filhos menores, orientando-os segundo as regras da moral e bons costumes, com o objetivo de lhes proporcionar condições para a preparação do caráter, da personalidade, e do desenvolvimento intelectual, visando alcançar o pleno exercício da vida em sociedade, com liberdade e dignidade. Ainda segundo o referido jurista brasileiro, incumbe aos pais a escolha da escola, segundo a linha pedagógica que entenderem mais adequada à convivência familiar, tanto de natureza cultural como financeira, além de optarem pela formação espiritual dos filhos, de acordo com a orientação religiosa que adotem¹⁵³.

A criação e a educação dos filhos cabem aos pais como dever principal voltado ao atendimento das necessidades materiais e morais do menor, intervindo o Estado para obrigá-los ao exercício desse dever¹⁵⁴. O dever de criação e educação é de tamanha importância que o legislador estabeleceu hipótese de crime de abandono intelectual pelo seu descumprimento, na forma dos art.º 246 e 247 do Código Penal Brasileiro (CPB). Dessa forma, o dever de educação impõe aos pais matricular o filho na rede regular de ensino, conforme artigo 55 do ECA, constituindo o ensino um direito subjetivo público, cabendo ao Estado e à família promovê-lo e incentivá-lo, na forma dos art.º 205 e 208, §1º da CF/88.

Uma vez inexistir conceituação legal para os atributos do poder familiar concernentes à criação e à educação, entende-se, genericamente, que correspondem não só à instrução, no sentido de desenvolvimento da inteligência ou aquisição de conhecimentos básicos para a vida, mas também à própria educação, a qual teria um significado mais amplo, referente ao desenvolvimento de todas as faculdades físicas, psíquicas e espirituais dos filhos e torná-los úteis a si mesmos e à sociedade¹⁵⁵.

No que tange ao inciso II do referido artigo, atinente ao exercício da guarda unilateral ou guarda compartilhada nos termos do artigo 1584 do CC, tal análise será realizada com mais atenção no próximo item deste trabalho, dado que, este possui um reflexo direto com a forma de residência da criança pós-divórcio ou separação dos pais.

¹⁵² Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Consultado em 21.01.2019

¹⁵³ FILHO, Milton Paulo de Carvalho, *in* Ministro Cezar Peluso (Coord.) – *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 4ª edição, revisada e atualizada, São Paulo: Manole, 2010, p. 1803.

¹⁵⁴ FILHO, Waldyr Grisard - Guarda Compartilhada – *Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 56;

¹⁵⁵ Ob. Cit. p. 45;

Retornando ao exame do poder familiar, os artigos 1635 a 1638 do CCB tratam das hipóteses da sua extinção e suspensão, sendo relevante destacar a existência de três figuras reguladas pelo referido *codex*: a extinção, a suspensão e, por fim, a perda do poder familiar.

Os casos de extinção podem ocorrer por circunstâncias não imputáveis (voluntariamente) aos pais, tais como no caso da morte dos pais ou do filho; pela emancipação nos termos do art.º 5º, parágrafo único; pela maioridade ou adoção. Em quaisquer dessas situações, o poder familiar sobre o filho deixa de existir.

Contudo, pode haver casos em que a conduta grave, dolosa ou culposa, do pai ou da mãe, tenha como consequência a destituição ou perda do poder familiar, através de processo judicial, em que seja garantido o contraditório, na forma do art.º 1638 do CC. É o caso, *v.g.*, do pai ou da mãe que castiga, de forma excessiva, o seu filho; deixar o filho em abandono; incindir, reiteradamente, em faltas autorizadas da suspensão do poder familiar. Em tais casos, portanto, o que ocorre é uma verdadeira sanção civil, grave e de consequências profundas¹⁵⁶.

A perda do poder familiar constitui o último ato a ser tomado pelo Estado apenas nos casos mais graves em que a segurança e a dignidade dos filhos estejam sob ameaça, ou seja, em situações nas quais a manutenção do poder familiar representaria um grave e inequívoco prejuízo para o filho, conforme salientou Rolf Madaleno¹⁵⁷.

Além das situações acima destacadas, tipificadas no art.º 1638 do CCB, houve recente alteração pela Lei n.º 13.715/2018¹⁵⁸, que dispôs sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente, procedendo à inclusão de um parágrafo único ao supracitado artigo, acrescentando-se as seguintes hipóteses de perda do poder familiar:

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

- a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

¹⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual de Direito Civil – Volume único*, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1333.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 35-36.

¹⁵⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm. Consultado em 25.01.2019.

- a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Trata-se, portanto, de crimes de natureza gravíssima, e incompatíveis com o regular exercício do poder familiar pelo seu autor, eis que a sua manutenção acarretaria evidente o prejuízo ao menor, devendo, por certo, tal perda ser decretada judicialmente, sob o primado do devido processo legal.

Após breve exame da perda do poder familiar, analisar-se-ão os casos de suspensão do poder familiar, cujas hipóteses encontram-se reguladas no art.º 1637 do CC, havendo previsão de suspensão também no ECA, cujo procedimento encontra-se regulado pelos artigos 155 a 164.

A suspensão do poder familiar é a medida menos grave, sujeitando-se a revisão, ou seja, uma vez ultrapassadas as causas que a provocaram, poderá ser cancelada sempre que a convivência familiar for do interesse dos filhos.

Maria Berenice Dias aduz ser possível a decretação da suspensão do poder familiar em relação a um único filho e não a toda prole, podendo abranger apenas alguns dos atributos inerentes ao poder familiar, como é o caso de má gestão dos bens dos filhos menores, ocasião em que será possível tão-somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo com os demais encargos¹⁵⁹.

A suspensão do exercício do poder familiar ocorrerá nas hipóteses de abuso de autoridade em relação ao descumprimento com os deveres inerentes à parentalidade, tais como os deveres de sustento, guarda e educação, assim como por arruinar os bens dos filhos, na forma estipulada no artigo 1637 do CC.

Por fim, o parágrafo único do referido dispositivo determina igualmente a suspensão do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 anos de prisão. A hipótese prevista no parágrafo único independentemente do crime ter sido praticado contra o menor, vinculando-se à circunstância de que o condenado, em tais situações, encontra-se impossibilitado de estar junto ao filho para o exercício do poder familiar.¹⁶⁰

Sobre tal questão, requer ser colacionado o entendimento de Maria Berenice Dias para quem tal hipótese constitui-se despropositada, uma vez que tal quantidade de pena não implica em privação da

¹⁵⁹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 497;

¹⁶⁰ Referida Lei altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Disponível em <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1583>. Consultado em 29/01/2019;

liberdade em regime fechado ou semiaberto, já que o cumprimento de pena igual ou inferior a quatro anos se sujeita ao regime aberto, desde que não haja reincidência (art.º 33, §2º do CP), havendo a possibilidade inclusive da sua substituição por sanções restritivas de direito (art.º 44, CP). Dessa forma, salienta a autora que, tendo em conta a objetivação da suspensão atender ao interesse dos filhos, torna-se descabida a sua imposição de forma discricionária, sem qualquer atenção ao que mais lhes convém¹⁶¹.

Por fim, relembra a mencionada autora que a garantia de convivência assegurada aos filhos com as mães e pais privados de liberdade, atribuída pela Lei n.º 12.962/2014¹⁶², acabou por revogar o indigitado dispositivo legal, ao permitir visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independente de autorização judicial.

Diante do exposto, analisados o conceito e principais atributos do poder familiar, conclui-se que a legislação brasileira erigiu como regra geral a titularidade e o pleno exercício em conjunto do poder familiar por ambos os pais, independente da situação conjugal, consoante dicção do art.º 1634, com a nova redação estabelecida pela Lei n.º 13.058/2014.

Entretanto, cabe questionar: é possível falar em PLENO exercício do poder familiar em casos de concessão de guarda unilateral?

Para melhor entendimento da indagação, cumpre analisar os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que será realizado no item que se segue.

2.2 As modalidades de guarda no Sistema Jurídico Brasileiro

2.2.1 Notas introdutórias

A sociedade brasileira também vivenciou as diversas modificações operadas na dinâmica familiar dos países ocidentais, passando por uma cultura de guarda única e exclusiva materna, em que os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, cabendo aos pais a função de provedores do lar. As mulheres, portanto, foram sempre ensinadas para as atividades domésticas e sentiam-se proprietárias dos seus filhos¹⁶³.

A principal opção da lei era, por consequência, a guarda materna, em virtude de uma evidência social de mães acostumadas aos cuidados diários dos filhos e, quase sempre, sem o exercício de uma

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 497;

¹⁶² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm. Consultado em 29.01.2019;

¹⁶³ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 544;

profissão externa e remunerada, o que as tornavam as naturais candidatas à função de progenitora guardiã, pois quem não exerce atividade fora do lar teria mais tempo para se dedicar aos filhos¹⁶⁴.

Contudo, observou-se uma mudança no posicionamento social, em que a progenitora precisou transferir ou dividir as suas responsabilidades como mãe, sendo observado o compartilhamento mais efetivo da autoridade parental dos pais que começaram a tornar-se mais próximos e não se contentavam com o seu papel secundário de progenitor eventual¹⁶⁵.

Desse modo, o ingresso da mulher no mercado de trabalho e nas esferas de poder fez com que maridos e companheiros passassem a atuar de forma mais ativa na vida dos seus filhos. Referida a mudança de postura também foi evidenciada pela Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurou ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres atinentes à sociedade conjugal.

As mudanças operadas na sociedade brasileira no aspeto familiar podem ser observadas a partir do crescimento exponencial do número de divórcios nos últimos 30 anos. Entre 1984 e 2014, constatou-se um aumento de 30,8 para 341,1 mil divórcios, passando a taxa de divórcio de 0,44 por mil habitantes na faixa de pessoas com 20 anos ou mais de idade, para 2,41 por mil habitantes em 2014, conforme descreveu a Juíza Jacqueline Cherulli, titular da 3ª Vara especializada em Família e Sucessões de Várzea Grande, em Mato Grosso, no Brasil, no seu artigo *Da dupla residência na Lei brasileira da guarda compartilhada*¹⁶⁶.

A partir da estatística mais recente divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) referente ao Registo Civil de 2017, depreende-se ter ocorrido significativo aumento de divórcios judiciais com sentenças de guarda compartilhada dos filhos, sendo constatado que em 2014 tal percentual perfazia o total de 7,5% dos casos, evoluindo para 20,9% em 2017¹⁶⁷.

Todos esses números evidenciam a dinâmica das novas famílias e a criação de núcleos parentais maternos e paternos, sendo certo que os núcleos de parentalidade constituem-se em vínculos

¹⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura conjugal*, São Paulo: Editora RT, 1997, p. 243;

¹⁶⁵ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 130;

¹⁶⁶ CHERULLI, Jacqueline, *Da dupla residência na Lei brasileira da guarda compartilhada*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia Coord., *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 165;

¹⁶⁷ Informação disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-duram-em-media-14-anos-no-brasil>. Consultado em 02.02.2019;

indissolúveis e a convivência faz surgir a dupla residência, conforme explicita a Juíza brasileira Jacqueline Cherulli¹⁶⁸.

Pois bem, sobrevivendo a separação dos pais, seja pelo divórcio ou dissolução da vida em comum, deve ser decidida a questão da guarda e do direito de convivência dos filhos no âmbito familiar. Ao falar, portanto, em guarda dos filhos, pressupõem-se que os pais não residam sob o mesmo teto. E, deixando os pais de viverem juntos, faz-se necessário definir a divisão do tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada (art.º 1583, §2º, CC).

A definição sobre a guarda dos filhos e de que maneira vão permanecer em relação aos próprios pais e outros membros do seu grupo de vivência é questão a ser decidida por consenso dos progenitores, como é preferível e desejável, ou por decisão do juiz, questão essa que requer a atenção ao princípio da proteção integral devida à criança e ao adolescente, dentro da comunidade familiar, como dever da família, da sociedade e do Estado, conforme preceitua o artigo 227 da CF/88¹⁶⁹.

Contudo, o processo de aceitação da guarda compartilhada, expressão maior dessa igualdade entre os géneros no que diz respeito à parentalidade, levou alguns anos até que fosse alcançada a presunção legal a seu favor.

Os dispositivos do CCB de 2002 referentes à proteção à pessoa dos filhos sofreram relevantes modificações pelas Leis n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, que instituiu a guarda compartilhada e pela Lei n 13.058/2014, a qual tornou a guarda compartilhada como regra geral e deu nova redação a diversos artigos atinentes à matéria. Veja-se, então, a evolução conceitual dos tipos de guarda existentes no sistema jurídico brasileiro¹⁷⁰.

2.2.2 A guarda unilateral segundo o Código Civil de 2002

Ab initio é forçoso esclarecer que a guarda, a qual se constitui num dos atributos do poder familiar, dissocia-se do mesmo a partir do divórcio ou separação conjugal. Com a rutura da relação conjugal, há uma divisão da guarda do (s) filho (s) em comum, entre o genitor guardião e o não-guardião, caso a guarda seja concedida, de forma unilateral, ou caberá a ambos os progenitores, se for implementada a guarda compartilhada.

¹⁶⁸ CHERULLI, Jacqueline, *Da dupla residência na Lei brasileira da guarda compartilhada*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia Coord., *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 165;

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Euclides de, *Alienação parental e as nuances da parentalidade- Guarda e convivência familiar*, in Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Tratado de Direito das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 326;

¹⁷⁰ Importante mencionar que apenas serão analisadas as modalidades de guarda deferidas aos pais após a separação conjugal disciplinadas pelo CCB de 2002, não sendo objeto de estudo a guarda concedida a terceiros, também existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo o jurista brasileiro Mário Túlio de Carvalho Rocha, *guarda é a função, isto é, um conjunto de direitos e de deveres, que a lei atribui a uma pessoa capaz para zelar pelos interesses de um incapaz. A guarda dos filhos pelos pais decorre do poder familiar*.¹⁷¹

Pois bem, a redação original do art.º 1584 do CC de 2002 preconizava que, na falta de acordo entre as partes, competia ao juiz atribuir a guarda dos filhos a quem revelasse melhores condições de exercê-la, havendo a ressalva de que, em caso de motivos graves, o juiz poderia decidir pela entrega do menor à guarda de terceiros, desde que, esta seja capacitada para lhe dar a devida criação, conforme a antiga redação do parágrafo único do art.º 1584 do CC.

Além disso, a lei estabelecia fatores concretos que serviriam de base ao magistrado para definir qual dos progenitores seria o mais hábil a propiciar aos filhos o melhor cuidado, são eles: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e, por fim, educação (art.º 1583, §2º, CC, redação original).

Vê-se, pois, que a única alternativa prevista na lei era a concessão da guarda unilateral àquele progenitor que revelasse ter melhores condições de exercê-la, não havendo qualquer previsão para o compartilhamento pelos pais desta função. Sobre esse ponto, cumpre esclarecer não importar a maior capacidade econômica ou melhores condições materiais do progenitor, mas sim o seu bom relacionamento e a capacidade de bem formar o filho que estivesse sob a sua custódia¹⁷².

Ao pai ou à mãe, sem o encargo da guarda do filho, garantia-se o direito de visitas, no antigo conceito de acompanhamento periódico, que ocorria em finais de semanas alternados e em períodos de feriados e de férias, além dos poderes de fiscalizar a manutenção e a educação do filho menor, nos termos do art.º 1589 do CC. Ou seja, nesse tipo de arranjo familiar, observa-se de um lado um pai ou a mãe guardião, com quem o menor residia, além de exercer os encargos diretos da criação do filho e, de outro lado, nas palavras do doutrinador Euclides de Oliveira: “quase como um parente distante, ficava o genitor que não detivesse a guarda, olhando de longe, num difícil exercício de fiscalização e podendo ver o filho em datas pré-agendadas¹⁷³”.

A experiência do arranjo familiar de guarda unilateral dos filhos após divórcio ou separação dos pais evidenciou como principal consequência o afastamento da parentalidade da criança com o progenitor não guardião, uma vez que se reduz a convivência a um dia de visita previamente marcado,

¹⁷¹ Disponível em <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1583>. Consultado em 22/01/2019.

¹⁷² OLIVEIRA, Euclides de, *Alienação parental e as nuances da parentalidade- Guarda e convivência familiar*, in Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) – *Tratado de Direito das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 328;

¹⁷³ Ob. Cit. p. 328;

sendo certo que nem sempre poderá ser um dia bom, havendo ainda imposições de regras pelo progenitor guardião. Note ainda que, a prática mostrou ser a guarda unilateral/exclusiva propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos, apresentando maiores hipóteses de acarretar insatisfações ao genitor não-guardião, que tende a estar mais queixoso e contrariado quando em contacto com os filhos¹⁷⁴.

Embora a lei não tenha conceituado o instituto da guarda, a partir da nova redação dada ao artigo 1583 pela Lei n.º 11.698/08, pode extrair-se como sendo a guarda unilateral a responsabilização individual e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar pelo guardião, cabendo ao outro genitor o direito de visitas, ter os filhos em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou o que for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar a sua manutenção e educação.

Dão a conhecer, Rolf Madaleno e Rafael Madaleno, que o genitor guardião dispõe da guarda *material*, consubstanciada pela posse e vigiância diuturna do filho que reside sob o mesmo teto, além de dispor também da *guarda jurídica*, a qual seria a própria expressão do poder familiar, a resultar em todos os direitos e deveres decorrentes da parentalidade¹⁷⁵. Já nas palavras de Waldyr Grisard Filho, a guarda jurídica implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do seu interesse superior¹⁷⁶. Afirmam também que tanto o progenitor guardião quanto o progenitor não guardião possuem a *guarda jurídica*, sendo que a guarda material é apenas atribuída ao genitor guardião. Ao genitor não guardião, então detentor do poder familiar mas destituído da guarda, a lei atribui o direito de fiscalização sobre as decisões tomadas pelo genitor possuidor da guarda, estabelecendo o art.º 1583, § 5º do CC, com a redação dada pela Lei n.º 13.058/14, um dever complementar, ou seja, de supervisão, conferindo-lhe, para tanto poderes e legitimidade para exigir informações e prestação de contas.

O dever de fiscalização traduz-se no exercício indireto, pelo progenitor não guardião, da sua responsabilidade parental, que fica latente e apenas se manifesta caso o genitor guardião atue com irregularidade, abuso, omissão ou negligência, cabendo ao progenitor não guardião reclamar ao juiz providências para a reparação do eventual prejuízo¹⁷⁷.

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 549;

¹⁷⁵ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 102;

¹⁷⁶ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

¹⁷⁷ Ob. Cit. p. 121.

Igualmente, é através desse direito de fiscalização que o progenitor não guardião exerce um controlo sobre o modo como o guardião conduz o seu encargo, sendo importante destacar que tal direito implica também o de informação sobre a vida do filho, sua saúde, escolaridade e demais atividades. Por fim, considerando que a lei não apresentou definição acerca desse direito, entende-se que tal interpretação deva ser realizada de forma extensiva, pois é através dele que o progenitor não guardião deve intervir na educação e na formação dos filhos, da mesma maneira que o progenitor guardião¹⁷⁸.

A redação incluída pela Lei n.º 13.058/14 ao §5º do art.º 1583 do CC estabeleceu um dever complementar de supervisão, o qual envolve tudo o que diz respeito às necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer, brinquedos, reforçando a responsabilidade parental do seu titular¹⁷⁹.

Retomando Waldyr Grisard Filho, a guarda representa o direito de reter o filho junto a si e de fixar-lhe a residência, sendo intrínseca à guarda a convivência quotidiana com o menor, competindo ao genitor-guardião, por exemplo, escolher a residência de ambos, velar e proteger o filho, educá-lo e sustentá-lo, encontrando tais direitos limites nas prerrogativas do genitor não guardião, tais como o direito de visita, os quais em geral eram estabelecidos quinzenalmente, além do direito de companhia e fiscalização¹⁸⁰.

Pois bem, conforme ressaltado em momento precedente, o art.º 1.632 do CC/02 estabelece que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. E, segundo o art.º 1.634, já com a redação dada pela Lei n.º 13.058/2014, compete a ambos os pais, independente da sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste, além dos diversos atributos lá tipificados, exercer a guarda dos filhos, a qual poderá ser unilateral ou compartilhada.

Entretanto, ao analisar a dinâmica familiar nos casos de exercício de guarda unilateral, ou seja, aquela atribuída a apenas um dos progenitores, é de se constatar que, embora se estabeleça legalmente competir a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar em relação a seus filhos, independente da situação conjugal, o estabelecimento da guarda exclusiva a um dos progenitores acaba por enfraquecer

¹⁷⁸ Ob. Cit. p. 122.

¹⁷⁹ FILHO, Milton Paulo de Carvalho, *in* Ministro Cezar Peluso (Coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 4ª edição, revisada e atualizada, São Paulo: Manole, 2010, p. 1728;

¹⁸⁰ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada, Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.112;

o exercício do poder familiar daquele que não detém a guarda, considerando que todo o cotidiano da criança, e a sua relação com o meio social, assim como seu direcionamento educacional, proteção e vigilância, serão exercidos isoladamente pelo genitor guardião, cabendo apenas ao outro a fiscalização e supervisão do exercício da parentalidade, além do já mencionado direito de visita.

É o que o Professor Waldyr Grisard Filho destaca na seguinte passagem de sua obra referente ao tema em estudo:

Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender-se à separação dos cônjuges. Embora não afetando os direitos e deveres recíprocos, há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visita ao outro, como previsto no art.º 1589 do CC. Tal desdobramento enfraquece o poder familiar do genitor não guardador – uma vez estabelecida a igualdade conjugal (art.º 226, § 5º, e 227, § 6, da CF/1988) -, que fica impedido do amplo exercício do seu direito (*v.g.*, correção), com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador. Nesse viés, são naturais os conflitos relativos à guarda dos filhos.¹⁸¹

E conclui o autor afirmando que a guarda jurídica é exercida à distância pelo genitor não guardião, enquanto que a guarda material realiza-se pela proximidade diária do genitor que convive e reside com o filho, sendo evidente que, aquele genitor que obtenha a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão.¹⁸² Como afirmar, então, haver **pleno exercício** do poder familiar por ambos os pais, independente da sua situação conjugal, em caso de concessão de guarda unilateral?

A mesma crítica é compartilhada pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrigui, conforme se lê no julgamento do Recurso Especial no 1.251.000 - MG (2011/0084897-5)¹⁸³, ao afirmar que embora a lei estabeleça que a separação ou divórcio não fragilizavam, pelo menos legalmente, o exercício do poder familiar, na prática, a guarda unilateral se incumbia dessa tarefa. Nas suas palavras:

A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado *Sunday dads* – pais de domingo. Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda – usualmente o pai – tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação. Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um

¹⁸¹ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada, Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95-96;

¹⁸² Ob. Cit. p. 96;

¹⁸³ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011. Consultado em 27.01.2019

exercício de fiscalização fróuxo e, de regra, inócuo. Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda.¹⁸⁴

Dessa forma, embora a lei afirmasse tal igualdade de condições no exercício do poder familiar, depreende-se que tal equivalência não se vislumbrou na prática, ou seja, a intenção da lei não foi devidamente absorvida pelas pessoas envolvidas nessa relação familiar. Tendo em conta que, os próprios progenitores, confundiam o instituto da guarda com poder familiar, sendo comumente observada a seguinte situação: em casos de divórcio, a guarda era geralmente concedida à mãe, a qual residia com a criança e exercia o poder familiar de forma exclusiva, cabendo ao pai o direito de visita em finais de semanas alternados (a cada 15 dias), ocasionando um distanciamento do vínculo paterno-filial e, por consequência, obstaculizando o exercício pleno dos atributos do poder familiar pelo não guardião.

Segundo o entendimento de Rolf Madaleno e Rafael Madaleno, existe uma diferença entre a **titularidade do poder familiar e o seu exercício**, embora sejam funções facilmente confundidas, pois, enquanto a titularidade é o conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos (poder familiar), o exercício concreto destes direitos pode desaparecer para um dos genitores com a separação, sem excluir as hipóteses de perda, suspensão ou de extinção do poder familiar. Para os referidos autores é possível, portanto, haver titularidade com exercício efetivo do poder familiar, titularidade sem o exercício real do poder familiar, ou titularidade com o exercício compartilhado do poder familiar¹⁸⁵. E prosseguem na análise, aduzindo, *in verbis*:

A titularidade do poder familiar é conjunta e deve ser assegurada aos pais mesmo que tenham deixado de coabitar, contudo, na prática, o seu exercício pode ser unilateral, como acontece quando a guarda dos filhos é direcionada a um dos genitores que atua como figura ou pessoa de referência, e o outro ascendente resta naturalmente afastado do exercício do poder familiar com a perda de um maior contato com o seu filho.¹⁸⁶

Essa distinção entre titularidade e exercício do poder familiar é facilmente vislumbrada na legislação Espanhola ao tratar do tema *patria potestad*, quando dispõe no art.º 154 do CCE, como regra geral, o caráter compartilhado da titularidade da *patria potestad*, independentemente da situação

¹⁸⁴ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011. Consultado em 27.01.2019

¹⁸⁵ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada - Física e jurídica*, 3ª Edição - Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 128

¹⁸⁶ Ob. Cit. 128;

conjugal dos pais, ou seja, se vivem juntos ou separados, propondo, contudo uma diferenciação entre a titularidade e o seu exercício.

O Art.º 156 do CC espanhol contempla várias hipóteses em que, ainda que se mantenha a cotitularidade da *patria potestad* aos dois progenitores, o exercício da mesma corresponde exclusivamente a um só deles. Terá lugar, pois, o exercício exclusivo da *patria potestad* se os pais vivem separados, quando então a mesma será exercida por aquele com quem o filho menor conviva, a não ser que o juiz, tendo em vista a solicitação fundamentada do outro progenitor, atribua, no interesse do filho menor, o exercício em conjunto da *patria potestad*¹⁸⁷. Ou seja, no caso dos pais que vivam separados, conquanto permaneçam, regra geral, com a titularidade da *patria potestad*, poderá haver o exercício exclusivo por parte de um deles, que caberá ao progenitor com quem a criança convive.

Porém, na hipótese da titularidade da *patria potestad* corresponder a ambos os progenitores e o seu exercício tiver sido concedido apenas a um deles, é importante esclarecer-se que, o pai que não exerce (não guardião) mantém os direitos e deveres que provém da titularidade da *patria potestad*, como exemplo, é necessária sua intervenção em caso de matrimónio, adoção ou emancipação do filho menor¹⁸⁸.

Enfim, o propósito em trazer para a presente discussão os dispositivos da legislação espanhola tem o intuito de chamar a atenção ao seguinte fato: o CCB não obteve a eficácia social desejada no que tange às normas referentes ao poder familiar conjunto em caso de concessão da guarda unilateral dos filhos, eis que não se vislumbrou, na prática, a produção dos seus efeitos. Isso porque, a concessão de guarda unilateral a um dos progenitores acaba por obstaculizar o exercício do poder familiar por parte do genitor não guardião, somente sendo possível falar em “exercício pleno” do poder familiar por ambos os pais quando se está diante da modalidade de guarda compartilhada, a qual será posteriormente estudada.

Conforme refere Waldyr Grisard Filho, havia, um déficit do poder familiar exercido pelo progenitor não guardião em razão da concepção social, ou verdadeiro senso comum, de que todas as decisões que dissessem respeito aos filhos caberiam apenas ao progenitor que possuísse a guarda, quando o Direito Civil Brasileiro, desde o Código Civil de 1916, já tinha normalizado que o rompimento da sociedade conjugal não interferia no exercício do poder familiar por ambos os pais em relação aos filhos.¹⁸⁹

¹⁸⁷ PRESAS, Inmaculada García, *La Patria Potestad*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 56;

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁸⁹ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200-201;

Entende-se, portanto, que aquele progenitor a quem foi atribuída a guarda (guarda unilateral), na prática acaba por exercer o poder familiar em toda a sua extensão, cabendo ao outro progenitor não guardião o direito de fiscalização das deliberações tomadas pelo genitor detentor da guarda¹⁹⁰. Ambos seriam titulares do poder familiar, contudo em relação ao seu exercício, não se pode afirmar ser pleno, para aquele progenitor que não detém a guarda.

É de se ter por certo que a realidade da dinâmica familiar brasileira, ao confundir poder familiar com a guarda, no sentido de que o progenitor guardião concentraria em si o exercício dos atributos do poder familiar, principalmente quando se fala em criação e educação, que exigem a convivência diária e a partilha de experiências com o filho menor, parece acompanhar essa divisão promovida pela legislação espanhola no sentido da diferenciação entre titularidade e exercício do poder familiar. Ou seja, a titularidade do poder familiar seria de ambos, mas o seu exercício caberia ao progenitor guardião, com quem a criança convive.

No entanto, embora na prática verificar-se uma divisão entre a titularidade do poder familiar e o seu exercício, sabe-se que esse não é o melhor caminho para a proteção dos interesses dos filhos menores, em caso de separação dos progenitores. Isto porque, esse modelo tem o inconveniente de privar o filho da convivência contínua de um dos pais, sendo relevante destacar o grande número de estudos que demonstram o perfil da criança que melhor se adapta ao divórcio ou separação dos pais, como sendo aquela que possui contactos mais frequentes e regulares com ambos os pais, beneficiando-se de um modelo de identificação masculino e feminino e que, por fim, sente-se amada por cada um dos pais.¹⁹¹

A inadequação do regime de guarda unilateral como regra, que se praticava mesmo quando ambos os genitores tivessem igual capacidade parental, levou à sua modificação pelas Leis n.º 11.698/08 e n.º 13.058/14, de modo a tornar mais amplo, útil e eficaz o exercício do poder familiar conjunto¹⁹².

2.2.3 A guarda compartilhada: jurídica e física

As alterações legislativas observadas não somente no Brasil, mas em todo o ambiente sociofamiliar dos países de ascendência latina, tiveram como consequência, o surgimento de outras

¹⁹⁰ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96;

¹⁹¹ CLOUTIER, Richard e FILION, Lorraine e TIMMERMANS, Harry, *Quando os pais se separam... para melhor lidar com a crise e ajudar a criança*, Tradução de Emanuel Pestana, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p.101;

¹⁹² *Idem ibidem*.

realidades familiares, que antes eram invisíveis, mormente em virtude da exigência constitucional e da mudança de comportamento da sociedade e dos casais. O princípio da igualdade constituiu-se a base de todos os movimentos sociais que possibilitaram o nascimento de uma nova face de um direito de família bem mais atento ao ideal de equilíbrio das funções parentais.¹⁹³

Na busca pela plena proteção do melhor interesse das crianças é que foi positivada no direito brasileiro a guarda compartilhada, primeiramente através da Lei n.º 11.680/2008, a qual, nas palavras da Ministra Nancy Andrigui: *reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual, em que cada vez mais ficam apenas na lembrança as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais*.¹⁹⁴

Ultrapassando, portanto, essa visão estratificada das relações de parentalidade, o art.º 1.583, § 1o, *in fine*, do CC, com a redação dada pela Lei n.º 11.698/08, definiu a guarda compartilhada como sendo *a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns*. A partir dessa definição, elucida a Ministra do Superior Tribunal de Justiça que se deu ênfase ao exercício do poder familiar de forma conjunta, mesmo após o fim do casamento ou da união estável.

No entanto, aduz a Ministra no seu voto que, embora tecnicamente não tenha ocorrido numa sensível alteração legal, uma vez que a interpretação sistemática das disposições relativas à guarda dos filhos já possibilitaria a sua aplicação, a guarda compartilhada teve a virtude, em suas palavras: *para além de fixar o Poder Familiar de forma conjunta como regra, extirpar o ranço cultural que ainda informava a criação dos filhos no pós-casamento ou pós-união estável*¹⁹⁵. E conclui:

A partir do momento em que essa visão social se alterou para comportar, e também exigir, uma participação paterna mais ativa na criação dos filhos, geraram-se condições para que a nova disposição legal, mais consentânea com a realidade social de igualdade entre os gêneros, reavivasse o que está preconizado quanto à inalterabilidade das relações entre pais e filhos, após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, prevista no art.º 1.632 do CC-02.

Entendeu-se, assim, que a guarda compartilhada seria o ideal a ser procurado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que requeressem reestruturações, concessões e

¹⁹³ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 145;

¹⁹⁴ Disponível em https://ww2.stj.ius.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011. Consultado em 31.01.2019.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*.

adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante a sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial¹⁹⁶.

Seguem desta orientação os autores Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro quando afirmam constituir-se a guarda compartilhada de um sistema pelo qual os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os progenitores, e que tomam em conjunto as decisões importantes quanto ao bem-estar da prole, sua educação e criação, e desta forma exercendo em igualdade de condições autoridade familiar¹⁹⁷.

A Lei n.º 11.698/08, responsável pela positivação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, incluiu o parágrafo 2º ao artigo 1.584 do CC, estipulando para a hipótese de inexistir acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, que seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Constata-se, portanto, que tal modalidade passou a ser a prioridade.

Contudo, na prática judiciária ainda se observavam entraves para a implementação da guarda compartilhada, eis que alguns tribunais entendiam que para a concretização do instituto seria necessária uma certa harmonia entre o casal e uma convivência pacífica mínima, pois ao contrário, entendiam ser totalmente inviável a sua efetivação, pela existência de supostos prejuízos à formação do filho. A título de exemplo dessa postura, colha-se a seguinte ementa jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. **Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS - Agravo de Instrumento n° 70025244955, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008, Publicado em 01/10/2008).

Dessa forma, muitos juristas suscitaram a necessidade de consenso do casal como sendo condição *sine qua non* para a guarda compartilhada e, diante da divergência jurisprudencial, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se pela desnecessidade de consenso para haver a

¹⁹⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁹⁷ FREITAS, Douglas Phillips, PELLIZZARO, Graciela, *Guarda compartilhada e as regras da pericia social, psicológica e interdisciplinar*, Florianópolis: Conceito, 2009, p. 87;

implementação da guarda compartilhada, sob pena de se dar foco à existência de litígio entre as partes e se ignorar a busca pelo melhor interesse do menor. Eis a ementa do julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art.º 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada e o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. **4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. **E diz-se inexistente, porque contraria ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.** 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, e medida extrema, porém necessária a implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta e o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias a continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficara com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada a luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, a possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (RECURSO ESPECIAL No 1.251.000 - MG (2011/0084897-5); Rel. Min. Nancy Andrigui, Julgado em 23 de agosto de 2011, Publicado em 31 de agosto de 2011). (destaquei)

Posto isto, muito embora a Lei n.º 11.698/08 tenha introduzido no CCB a modalidade de guarda compartilhada, ainda se observaram muitos obstáculos para sua implementação, diante do que foi necessária uma nova alteração legal para melhor elucidar a aplicabilidade do instituto.

Consoante parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, exarado no âmbito do processo legislativo que culminou na aprovação da Lei n.º 13.058/14, a intenção em alterar os artigos do CCB no que tange à guarda compartilhada teve como intuito restituir a intenção do legislador

quanto à efetividade do instituto, sob a interpretação da guarda compartilhada como solução para os casos de conflito entre os ex-cônjuges, não se devendo evitar o seu uso quando da existência de discórdia, alterando-se a redação do art.º 1.584, §2º do CC de modo a tornar claro para os juízes a obrigação de decretar a guarda compartilhada, desde que ambos os pais possam exercer o poder familiar e desejem exercitá-la. Conforme explicitou a relatora da Comissão, Senadora Ângela Portela, *in verbis*:

De fato, concordamos com a avaliação do autor de que a suposição da existência de acordo ou de bom relacionamento entre os genitores não pode ser critério para o estabelecimento da guarda compartilhada. Mesmo porque um parceiro beligerante poderia valer-se propositalmente da situação para impedir a aplicação da guarda compartilhada, que é, na maioria das situações, o instituto que melhor atende aos interesses dos filhos¹⁹⁸.

A partir da Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, estabeleceu-se uma nova redação ao artigo 1.584, §2º do CC, preconizando a imposição da aplicação da guarda compartilhada pelo magistrado quando não houver acordo entre a mãe e o pai em relação à guarda do filho e no caso de encontrar-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, sendo apenas excluída a sua aplicação no caso de um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor¹⁹⁹. Com a presente alteração, a guarda compartilhada tornou-se a modalidade obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça.

Além disso, a referida legislação previu explicitamente a necessidade de equilíbrio no tempo de convívio do filho com a mãe e com o pai, sempre tendo em conta as condições fáticas e os interesses dos menores (art.º 1. 583, §2º CC/02). Entende-se, pois, ser essa a fundamentação legal para a guarda física compartilhada, equivalente ao *shared/joint physical custody* da legislação americana ou *résidence alternée* na legislação francesa, anteriormente estudados no primeiro capítulo desta dissertação. É importante frisar que a legislação não utiliza a nomenclatura guarda física compartilhada, sendo tal construção da doutrina.

A lei n.º 13.058/14 trouxe um conceito mais amplo de guarda compartilhada, para complementar a Lei n.º 11.698/08, ao dispor acerca do compartilhamento efetivo das responsabilidades parentais, como garantia do exercício do poder familiar, do qual nenhum progenitor pode ser afastado apenas em virtude da sua separação conjugal. Conforme elucidou Rolf Madaleno e Rafael Madaleno²⁰⁰:

Com a edição das duas Leis vigentes para normatizar uma mesma função dos progenitores, restou evidente a queda do clássico modelo da guarda materna exclusiva ou da custódia

¹⁹⁸ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115668>. Consultado em 04/02/2019;

¹⁹⁹ É de se destacar existirem outros casos de inaplicabilidade do instituto, os quais serão analisados ulteriormente.

²⁰⁰ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição - Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 173-174;

unilateral, mostrando o legislador a sua inclinação pela guarda em sua modalidade compartilhada de responsabilidades ou de tempo de convivência de cada genitor ao lado de seus filhos comuns, havendo toda uma movimentação social e processual para a adoção da custódia compartilhada física dos filhos.

Conforme indica Patrícia Pimentel, a referida lei instituiu tanto a guarda jurídica compartilhada quanto a guarda física/material compartilhada, tendo em vista a menção expressa à importância do equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores, pois a *joint legal custody* não garante, por si só, o convívio paterno-materno-filial, fazendo-se necessária a previsão legal da *joint physical custody*²⁰¹.

Atualmente, pode-se concluir, pela existência das duas modalidades de guarda compartilhada: a guarda compartilhada jurídica ou legal e a guarda compartilhada física ou material.

De acordo com Waldyr Grisard Filho, a guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda em que ambos os genitores compartilham a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente, significando que ambos os pais possuem os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos. A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos²⁰². Esta modalidade de guarda, como visto, foi inicialmente introduzida no Brasil pela Lei n.º 11.698/08. Já a guarda física compartilhada foi implantada pela Lei n.º 13.058/14, a qual, complementando a legislação anterior, determinou que fosse observado um equilíbrio no tempo de convivência do filho com o pai e com a mãe, sempre atendendo às condições fáticas e os interesses dos menores. Nesse tipo de guarda, insere-se a residência alternada da criança, pós divórcio ou separação dos pais, em que é garantida a convivência com ambos os progenitores, os quais também manterão o compartilhamento do poder familiar.

É imperioso, desde logo, diferenciar tal instituto jurídico da guarda alternada. Isto porque, alguns autores, insistem em afirmar ter a Lei n.º 13.058/14 consagrado, na verdade, a guarda alternada obrigatória, o que é um grave equívoco.

É o que se observa do posicionamento de Rolf Madaleno e Rafael Madaleno, quando referem serem muito semelhantes a guarda alternada e a guarda compartilhada física, disposta pela Lei n.º 13.058/14, na medida em que ambas presumem a divisão da custódia física da criança e, por isto, estas duas espécies de guarda implicariam constantes e rotineiros deslocamentos do menor,

²⁰¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73-74;

²⁰² FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada, Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97;

circunstância que alegam não atender aos melhores interesses das crianças pois careceriam de um referencial de moradia e precisariam viver num ambiente previsível e estável para possibilitar o sadio e regular desenvolvimento²⁰³.

Analise-se, agora, o posicionamento do jurista Flávio Tartuce que também entende que a nova legislação implementa uma espécie de guarda alternada obrigatória, como sendo aquela em que o filho permanece um tempo com o pai e outro com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. Dessa forma, entende não ser recomendada tal forma de guarda eis que poderá trazer confusões psicológicas à criança, sendo altamente inconveniente, *pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna*²⁰⁴.

Analisando-se ambos institutos, é possível afirmar que a única semelhança existente entre os institutos da guarda física compartilhada e da guarda alternada seria a alternância de residências do menor. E só.

A guarda alternada, diferente da guarda compartilhada, pressupõe o exercício exclusivo do poder familiar por um progenitor durante determinado período, findo o qual haverá a alternância de residências do filho, quando então o exercício do poder familiar passará a ser exclusivo do outro progenitor. Alternase a residência e, de modo exclusivo, o poder familiar. Como dito anteriormente, tal espécie de guarda não tem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, eis que o artigo 1634 do CCB garante, a ambos os pais, independente do estado conjugal, o exercício do poder familiar. Não obstante, é aceite pela jurisprudência pátria, havendo casos, embora raros, em que houve a sua aplicação, sendo estipulada normalmente por convenção das partes²⁰⁵.

Há, portanto, uma diferença basilar desse instituto com a guarda física compartilhada, repousando no facto de que, nesse último modelo, não há exclusividade no exercício do poder familiar, já que os pais continuariam a exercê-lo em conjunto, não cabendo falar em direito de visita. Dessa forma, ambos possuiriam, em igualdade de condições, os direitos e deveres inerentes aos cuidados e desenvolvimento do menor, ou seja, da própria parentalidade. É evidente que, por se estar diante de pais que não convivem juntos, o filho terá dupla residência, caso a situação em concreto assim o permita, podendo assim gozar do seu direito de ampla convivência familiar com os dois pais.

²⁰³ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 103;

²⁰⁴ TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil – Volume único*, 8ª edição, revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1477;

²⁰⁵ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 102;

Conforme salienta Maria Berenice Dias, não houve a consagração da guarda alternada, que se constitui em modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período determinado, anual, semestral, mensal ou semanal. Já a guarda compartilhada caracteriza-se pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biológica e psíquica das crianças e jovens²⁰⁶.

Com vista a esclarecer a diferença entre os institutos, aprovou-se o enunciado n° 604 do Conselho da Justiça Federal, no âmbito da VII Jornada de Direitos Civis, sendo fixado o entendimento que a divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2° do art.º 1.583 do CCB, **não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada**, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho²⁰⁷.

Na ocasião, destacou-se que, se anteriormente à Lei n.º 13.058, de 2014, já havia confusão acerca dos institutos da guarda compartilhada e da guarda alternada, após o novo texto legal, que impõe a partilha da custódia física, a situação agravou-se, pois muitos juristas os citam como se se tratasse de um único instituto. Ressaltou-se, contudo, que a guarda alternada não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, e que esta consiste no exercício exclusivo alternado da guarda por um período determinado. Portanto, esclareceu-se a importância de se diferenciar os institutos, pois o que se ambiciona na divisão do tempo de convívio dos filhos com os pais na guarda compartilhada é a convivência da criança com ambos os genitores, proporcionando o fortalecimento dos vínculos afetivos, e permitindo tanto à mãe quanto ao pai que participem efetivamente na criação e educação de seus filhos, de forma igualitária.

Conforme expõem os psicólogos canadenses Richard Cloutier e Harry Timmermans, que trabalham na área do divórcio há mais de 20 anos, os resultados das pesquisas realizadas através da comparação das características psicossociais das famílias separadas em função da modalidade de guarda mostraram o seguinte: os filhos em guarda compartilhada estão mais satisfeitos com a sua

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 553;

²⁰⁷ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Consultado em 05/02/2019;

solução de vida familiar do que os das outras modalidades, o que parece estar ligado à conservação da relação funcional com ambos os pais e com as condições socioeconômicas em que vivem²⁰⁸.

A guarda compartilhada física, portanto, constitui-se no mais elevado grau de coparentalidade, ou seja, no próprio exercício pleno do poder familiar, em caso de separação dos pais, eis que ambos os progenitores compartilhariam da convivência com o filho menor e gozariam de iguais oportunidades para exercerem, com plenitude, os atributos da autoridade parental. A ampla convivência com os pais alterna-se, em períodos de tempo que não precisam, necessariamente, de ser iguais, mas antes de tudo equilibrado. É o que diz o enunciado 603 do Conselho da Justiça Federal²⁰⁹.

Após análise do conceito, e demais atributos, de guarda compartilhada atribuídos pelas Leis n.º 11.698/08 e n.º 13.058/14, cabe analisar como têm vindo a decidir os tribunais brasileiros acerca da residência alternada da criança, após o divórcio, em sede de guarda compartilhada. Será necessário fixar uma residência habitual da criança? A questão se coloca em virtude da prática judiciária ter demonstrado que, embora haja um crescente aumento na fixação da guarda compartilhada, costuma-se estabelecer uma residência habitual para a criança e fixar um regime de convivência com o outro progenitor, de maneira que ainda se observa certa resistência na fixação da dupla residência da criança.

A questão divide a doutrina e a jurisprudência, o que merece um estudo mais aprofundado, a ser realizado no próximo tópico.

2.3 A fixação da residência do (s) filho (s) no pós-divórcio: como se posicionam os Tribunais Brasileiros acerca da dupla residência.

A questão da fixação da residência do filho após a separação conjugal não é um tema pacífico nas Cortes Brasileiras, havendo poucos casos em que se aplica a alternância de residências da criança (dupla residência), embora exista amparo legal para a sua efetivação.

Analisando-se julgados de diferentes estados brasileiros, percebe-se que a praxe judiciária consiste em conceder a guarda compartilhada da criança, por acordo dos pais ou mesmo por imposição judicial. Porém, costuma estabelecer-se uma residência habitual para a mesma, sob o fundamento da garantia de estabilidade do menor. Entende-se, pois, que a fixação de um lar de referência atenderia ao melhor

²⁰⁸ CLOUTIER, Richard e FILION, Lorraine e TIMMERMANS, Harry, *Quando os pais se separam... para melhor lidar com a crise e ajudar a criança*, Tradução de Emanuel Pestana, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p.50;

²⁰⁹ ENUNCIADO 603, A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art.º 1.583 do CCB, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

interesse da criança, sendo observado, em muitos casos, a fixação da residência materna como residência habitual do menor, garantindo-se ao pai, o direito de ampla convivência.

A situação, acima descrita, indica que a guarda compartilhada tem sido aplicada, na maioria dos casos, apenas na sua modalidade jurídica ou legal, em que ambos os pais compartilhariam as responsabilidades parentais, ou seja, ambos possuiriam iguais direitos e atribuições em relação ao filho, entretanto, no que concerne à guarda física, constatam-se, ainda, dificuldades em compartilhá-la, ao preferir fixar uma residência habitual ao menor.

Os próprios doutrinadores, ao conceituarem o instituto, fazem-no, na maioria das vezes, indicando a necessidade de se fixar uma residência habitual para o menor, propondo, em contrapartida, uma maior convivência com o outro progenitor.

É o que se depreende dos estudos de Waldyr Grisard Filho, que destacou, em relação à residência, embora a lei tenha silenciado a respeito, a guarda compartilhada asseguraria aos filhos uma residência habitual, como ponto de referência, a ser eleita pelos pais ou proposta pelo juiz depois de avaliar as condições especiais de cada caso, preservando de toda maneira o que melhor atender aos interesses dos filhos²¹⁰. Afirma, por conseguinte, que a guarda compartilhada incluiria, não só, a guarda jurídica, mas a guarda física, a permitir que a rotina diária do filho, na residência principal, seja também vivenciada por ambos os pais. Por fim, destaca que a residência principal facilitaria a manutenção de uma rotina de vida favorável ao desenvolvimento da criança²¹¹.

O antigo desembargador e professor de Direito Civil, Carlos Roberto Gonçalves, compactua do mesmo posicionamento, ao explicitar que, na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando ao critério dos pais planejar a convivência nas suas rotinas quotidianas, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Conclui haver o deferimento do dever de guarda, de facto, a ambos os pais, importando uma relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.²¹²

A desembargadora Christine Santini, ao tratar do cuidado na preservação dos interesses de menores, afirma que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada. Contudo, ao conceituar os institutos, refere que a primeira envolve, basicamente, a responsabilidade conjunta dos

²¹⁰ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada, Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230;

²¹¹ Ob. Cit., p. 231;

²¹² GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 507;

pais para as decisões importantes na vida do filho, restando as decisões rotineiras ou do cotidiano da criança a cargo daquele com quem o filho residir ou estiver na companhia. Assim, nessa linha de raciocínio, afirma que, em caso de instituição da guarda compartilhada necessária, seria a fixação da residência do menor, disciplinando o tempo de convívio com o genitor com o qual não residir.

Na visão da jurista brasileira, a guarda alternada, ao contrário, implica a divisão do tempo em que a criança permanecerá na residência de cada genitor, expondo estudos de inúmeros psiquiatras e outros profissionais da saúde que veem como prejudicial ao desenvolvimento do menor, pois deixaria de possuir um espaço físico que “possa chamar de seu”²¹³.

E, na mesma linha dos referidos doutrinadores brasileiros, outros acompanham esse entendimento de fixação de uma residência principal no âmbito da guarda compartilhada, tal como Rolf Madaleno e Rafael Madaleno, Paulo Lobo, Flávio Tartuce, entre outros.

Cabe averiguar, neste momento, o que diz a legislação brasileira acerca da residência do menor, em caso de separação dos pais em que seja concedida a guarda compartilhada?

É preciso, pois, retomar à análise da Lei n.º 13.058/14, que procedeu a importantes modificações no CCB de 2002, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Pois bem, consoante pontuado no item anterior, dispõe o atual §2º do art.º 1.583 do CC que na guarda compartilhada, **o tempo de convívio** com os filhos deve ser **dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai**, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. E é esse, justamente, o objetivo maior da partilha da guarda da criança: assegurar maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos progenitores, sendo a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, além da permanência da vinculação mais estreita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que uma simples visita não dá espaço²¹⁴. Ou seja, a lei nada dispõe acerca da necessidade de fixação de uma residência habitual para o menor, considerando que o tempo de convívio com ambos os progenitores deverá ser estabelecido de forma equilibrada entre a mãe e o pai. A intenção da lei, portanto, seria possibilitar a dupla residência da criança.

²¹³ SANTINI, Christini, *O cuidado na preservação dos interesses de menores- guarda, alienação parental e mediação*, in Tânia da Silva Pereira *et al.* (Organizadores), *Cuidado e Afetividade – Projeto Brasil/Portugal - 2016-2017*, São Paulo: Atlas, 2017, p. 145;

²¹⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 549;

Dessa forma, o desígnio da nova legislação foi aperfeiçoar a prática da guarda compartilhada, mantendo a mesma designação da lei anterior, mas deixando evidenciado que o tempo de custódia física dos filhos deveria ser dividido, de maneira equilibrada, entre os pais.

Entende-se que tal divisão equilibrada constitui-se fundamental para preservar os laços de afetividade com vistas a minorar os efeitos que a separação acarreta nos filhos, possibilitando aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. Pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, tais relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento físico e psíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venham a ocorrer²¹⁵.

Entretanto, não se pode esquecer que há casos em que não é possível estabelecer-se a dupla residência, por questões práticas. Para tanto, é de se destacar ter a Lei n.º 13.058/14 introduzido o parágrafo 3º ao artigo 1.583 do CC, ao dispor que na guarda compartilhada a **cidade** considerada **base de moradia dos filhos** será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

A hipótese tratada pela lei em questão faz alusão às situações em que os pais possuam residência em municípios diferentes, quando então não será possível a criança transitar de uma residência a outra facilmente, devido à questão geográfica. Em casos dessa natureza, embora a distância das residências do progenitores não seja um fator impeditivo para o estabelecimento da guarda compartilhada, esta dar-se-á apenas na sua modalidade “jurídica ou legal”, em que ambos os pais dividiriam a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente, mas, por motivos geográficos, será fixada uma base de moradia na cidade que atenda ao melhor interesse da criança, ou seja, na localidade em que esteja situada sua escola, ou demais atividades extracurriculares, assim como onde já tenha estabelecido a sua convivência social.

Outra alternativa para a referida hipótese, como sugeriu Rolf Madaleno, seria a alternância de residências com períodos mais extensos, ou seja, estabelecer lapsos maiores de convivência e que comportassem o planejamento do calendário escolar, caso essa opção atendesse ao superior interesse da criança. Seria o caso, *v.g.*, do menor passar o período escolar com um progenitor e as férias com o outro, embora tal organização traga o inconveniente de uma distribuição menos equitativa do tempo dos filhos e comprometimentos completamente diferentes com que se ocuparão os pais²¹⁶.

Mas, veja-se que a lei, ao determinar a fixação da “base de moradia” em determinada cidade, apenas se referiu aos casos em que não seja possível, por razões geográficas ou outras circunstâncias

²¹⁵ Ob. Cit. p. 550;

²¹⁶ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 190;

fáticas, estabelecer-se a dupla residência da criança, quando então deverá ser decidida onde a criança estabelecerá seu lar de referência, não obstante os dois pais possuam a guarda compartilhada jurídica ou legal.

Nesse sentido, observa-se a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul²¹⁷ que fixou residência habitual na casa da mãe, tendo em vista a distância geográfica entre as residências dos progenitores, embora ambos os progenitores possuíssem aptidão para o exercício do poder familiar:

“APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA HABITUAL NA CASA DA MÃE. CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA QUE IMPEDE CONVIVÊNCIA ALTERNADA. ALIMENTOS.

GUARDA COMPARTILHADA.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “a nova redação do art.º 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo ‘será’ não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor ou não tenha aptidão para o exercício do poder familiar (art.º 1.584, § 2º, in fine, do CC).”

No caso dos autos, ambos os genitores têm condições morais e psicológicas para dispensar à filha o cuidado e afeto necessários para um saudável desenvolvimento.

Nesse passo, mostra-se de rigor o estabelecimento da guarda compartilhada como mecanismo para efetivação da cooperação entre os pais na tomada de decisão conjunta em relação ao futuro da prole, onde ambos participam conjuntamente e em igualdade de condições nas escolhas que envolvam o futuro dos filhos comuns.

Convivência alternada e residência habitual.

Em se tratando de guarda compartilhada, instituto no qual se busca efetivar a igualdade de direitos de ambos os pais em relação à prole, não há óbice de que a criança “crie referenciais” em relação a duas casas: a casa do pai e a casa da mãe.

Logo, não há óbice, como regra geral, que os filhos convivam alternadamente na casa de ambos os pais em iguais períodos.

Mas há situações em que a convivência alternada na casa dos diferentes genitores, em iguais períodos de tempo, encontra obstáculo de ordem prática.

Por exemplo, a distância dos domicílios dos genitores que residem em Estados ou até mesmo Municípios diferentes.

Por certo, esse arranjo de convivência alternada, dadas “as condições fáticas” do caso, iria contra o melhor interesse da menor, *mui* especialmente no que diz com a continuidade dos estudos do colégio e compatibilidade de conteúdos entre as diferentes escolas.

Nesse passo, o arranjo estabelecido na sentença, de fixação de “lar habitual” na casa da mãe e visitação livre do pai, é adequado e encontra respaldo no § 2º do artigo 1.583 do Código Civil.” (destaquei)

²¹⁷ Apelação Cível, n 70077494888, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/08/2018. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/620917302/apelacao-civel-ac-70077494888-rs>. Consultado em 11/02/2019.

Porém, embora a legislação não tenha estabelecido qualquer determinação para a fixação de residência habitual, ou de um lar de referência para a criança, muitos magistrados a têm fixado, com a justificativa de ser mais adequado para a criança, do ponto de vista emocional e psicológico.

Ora, o objetivo da alteração promovida pela Lei n.º 13.058/14 foi, precisamente, o de incentivar a igualdade parental e proporcionar aos filhos o maior contacto possível com ambos progenitores, ao estabelecer a guarda compartilhada física, dando a possibilidade à criança de residir com os dois pais. Não faria sentido, portanto, alterar-se a lei no sentido de estabelecer uma divisão equilibrada do tempo de convívio do filho entre o seu pai e a sua mãe e, na prática, as decisões judiciais estabelecerem uma residência habitual para a criança e um regime de convivência com o outro progenitor. Essa prática, salvo melhor juízo, em quase nada se distingue da fixação da guarda unilateral, regime que, em tese, ambos os pais possuem o poder familiar conjunto, contudo, a criança reside com o guardião, cabendo ao outro um regime de visitas.

O que ocorre é uma enorme e injustificada resistência pelos operadores do direito em aceitar a dupla residência da criança, sob a alegação de que a mesma precisa de ter um lar de referência para o seu melhor desenvolvimento. Circunstância que, entretanto, não dispõe de comprovação científica²¹⁸, além de a confundirem com o instituto da guarda alternada.

Conforme se demonstrou no primeiro capítulo desta dissertação, os estudos realizados em diversos países ocidentais acerca da prática da residência alternada, em que ambos os pais partilhavam amplamente as responsabilidades parentais, envolvendo-se em condições de igualdade no dia-a-dia da criança, demonstram diversos benefícios para o desenvolvimento do menor. Evidenciam, ainda, que a guarda compartilhada estaria associada a resultados sociais, emocionais e psicológicos iguais ou melhores para as crianças, quando comparados com o estabelecimento de uma residência fixa, em geral materna, e, mais importante ainda, com vínculos mais fortes e duradouros com seus pais.

Toma-se como exemplo, o estudo longitudinal mais antigo, que data de mais de 30 anos, realizado pelo *Stanford Custody Project*, entre os anos de 1984 a 1988, nos EUA, em que houve coleta de dados de 1.100 famílias divorciadas, com 1.386 crianças, sendo 92 famílias praticantes da residência alternada. As conclusões apontam que, 4 anos após a separação, os adolescentes que viviam sob dupla residência apresentaram resultados melhores na parte académica, assim como emocionalmente e psicologicamente, quando comparados com os adolescentes que viviam sob residência única²¹⁹.

²¹⁸ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 552;

²¹⁹ NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, in *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 52 (2011), p.597;

Edward Kruk, ao debruçar-se sobre os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais, expõe quais seriam as necessidades metafísicas essenciais dos filhos de pais separados, baseando-se, além da sua própria pesquisa, em trabalhos de outros teóricos sobre o desenvolvimento da criança, como Brazelton e Greenspan, Erik Erikson, Abraham Maslow e, principalmente, na filósofa Simone Weil²²⁰. Concluiu que a parentalidade partilhada ou guarda compartilhada reflete as preferências e os pontos de vista das crianças sobre as suas necessidades e interesses superiores.

No que diz respeito à necessidade de proteção da criança, em relação à manutenção da segurança e da proteção das crianças de danos físicos e emocionais, o investigador afirma que a ausência de um pai ou de uma mãe na vida das crianças após a separação e o divórcio coloca seriamente em perigo o seu bem-estar e a sua segurança física e mental, aduzindo ser a guarda compartilhada um fator protetor nesse sentido. Acrescenta ainda que, a guarda compartilhada honra o que as crianças relatam ser as suas necessidades no que diz respeito às formas de residência pós-separação. Isto porque, as crianças precisam de ambos os pais, já que se veem como um todo composto por metade da mãe e metade do pai. Refere, também, que qualquer menosprezo por um ou outro progenitor constitui um ataque contra a própria essência das crianças, o seu sentimento de autoestima e, como tal, uma desonra à criança. Garante, ainda, que a guarda compartilhada expõe a criança a dois estilos de vida e a formas diferentes de exercer a parentalidade, o que lhes permite ganhar algum equilíbrio entre segurança e proteção, por um lado e, risco, crescimento e desenvolvimento, por outro.²²¹

Sobre a questão da dupla residência no âmbito da guarda compartilhada, esclareceu com maestria o doutrinador Rodrigo Pereira da Cunha:

O fato de a criança ter dois lares pode ajudá-la a entender que a separação nada tem a ver com ela. As crianças são perfeitamente adaptáveis a essa situação, a uma nova rotina de duas casas, e sabem perceber as diferenças de comportamento de cada um dos pais, e isto afasta o medo de exclusão que poderia sentir por um deles. Se se pensar verdadeiramente na criação e educação dos filhos, os pais compartilham a guarda, isto é, o cotidiano dos filhos. E para aquele que não consegue viabilizar consensualmente a guarda compartilhada, o Judiciário, salvo exceções, deve impor aos pais a responsabilidade de praticarem a guarda compartilhada.²²²

Diante dos argumentos supramencionados, bem entendido o conceito de guarda compartilhada e a amplitude do seu significado, entende-se não haver qualquer razão plausível para ser fixada uma

²²⁰ KRUK, Edward, *Os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 41-42;

²²¹ Ob. Cit., p. 47;

²²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Dicionário de Direito da Família e Sucessões*: ilustrado, 2ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 404;

residência habitual ou lar de referência nos casos em que seja deferida a guarda compartilhada aos pais, quando ambos possuírem condições de ter a criança em sua companhia. É certo que, nos casos em que não houver condições fáticas a suportarem a dupla residência, aí sim seria justificada a fixação de um lar de referência, como se observou na hipótese tratada na decisão acima destacada.

Ao tratar acerca da regulamentação da guarda compartilhada, com pedido de alternância de residências, o Tribunal do Distrito Federal e Territórios²²³, embora tenha destacado a prática judiciária em designar um lar de referência para a criança, analisou minuciosamente a questão diante das circunstâncias fáticas do caso, em que o estudo psicossocial apontou estar a criança devidamente adaptada ao atual arranjo familiar de alternância semanal, tendo as suas necessidades materiais e afetivas atendidas em ambos os lares, diante do que se avaliou positivamente a oportunidade de convivência ampla com os dois pais. É o que se depreende da ementa do julgado de 21 de fevereiro de 2018, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E REGIME DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA SEMANAL DE RESIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PROVA TÉCNICA. ESTUDO PSICOSSOCIAL. RELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a guarda compartilhada como a regra, calcado na premissa de que ambos os pais têm igual direito de exercer a guarda do filho menor, posto que tal exercício demonstra-se saudável à formação do infante. 2. Embora o modelo de guarda compartilhada comumente aplicado elege apenas um dos lares como o de referência, nada impede que, na análise do caso concreto, tal dinâmica seja modificada, a fim de possibilitar a alternância de residências e, por conseguinte, ampliar a convivência do menor com ambos os genitores e suas respectivas famílias. 3. O estudo psicossocial configura uma importante prova técnica apta, em regra, a fundamentar o convencimento do julgador a respeito da lide posta em debate. (...)"
(destaquei)

Todavia, conforme mencionado, as razões que subsidiam as demais decisões judiciais para fixar uma residência habitual da criança não são pautadas por questões jurídicas, mas sim, principalmente, de cunho emocional, psicológico, ou melhor, de uma suposta garantia de estabilidade emocional da criança, embora possa constar nos processos um parecer da equipa multidisciplinar dispondo que a criança possuía vinculação afetiva tanto materna como paterna. Mesmo assim, prefere fixar-se residência num dos lares.

²²³ Apelação Cível, processo nº 0007244-31.2016.8.07.0007, 1ª Turma Cível, Relatora Simone Lucindo, Data do Julgamento 21/02/2018. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Consultado em 12/02/2019.

É o que se depreende do seguinte excerto do Acórdão proferido em sede de Apelação Civil n.º 70077772846, da 8ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul²²⁴, em que um pai pugnava pela modificação da residência habitual do filho menor para o seu lar, sob o argumento de que na residência habitual materna a criança não estava a ter suas necessidades bem atendidas, *in verbis*:

De acordo com o estudo social realizado, constatou-se que a criança possui fortes vínculos com ambos os genitores e que a recorrida atende plenamente as necessidades da infante (fls. 136/139). **O estudo psicológico realizado, de igual forma, concluiu que os litigantes não possuem patologias incapacitantes para exercerem as funções maternas e paternas. Acerca da questão do domicílio da infante junto à residência materna, constou no referido estudo (fl. 161): “Não há nenhuma evidência que o atual lar materno não corresponde às expectativas de qualidade, afetuosidade e educação da criança.** As eventuais adversidades do cotidiano relacionadas aos conflitos dos pais não comprometem seu pleno desenvolvimento. **Em contrapartida, a criança tem sólidos laços afetivos com o pai e com a madrasta, pelos relatos percebe-se que ela já está habituada com os pernoites e as visitas prolongadas ao pai.** Conforme afirmações de ambos os genitores, a menina mostra-se segura e desenvolta na presença tanto de um como de outro. **Nenhuma situação apresentada pelo pai o pela mãe representa risco ou ameaça à integridade física ou psíquica da criança”.** (destaquei)

Ora, se a partir das perícias realizadas pela equipa multidisciplinar verificou-se que a criança possuía fortes vínculos com ambos os progenitores, e que a mesma já estava habituada tanto ao lar materno, quanto à residência paterna, porque houve a necessidade de ser fixado um lar habitual? O acórdão refere, inclusive, que a criança já estava habituada às pernoites na casa do pai. Porque deixou-se de lado, então, a determinação legal de se estabelecer uma divisão equilibrada do tempo de convívio com ambos os progenitores? Na ocasião, o recurso foi julgado improcedente, mantendo-se a residência habitual da criança na casa materna. Contudo, nada havia nos autos que demonstrasse eventual necessidade de se fixar uma residência habitual para o menor. A ocasião talvez fosse propícia para incentivar a dupla residência da criança, já que ambos os pais estavam aptos a recebê-la e esta demonstrou possuir vínculo afetivo com ambos os núcleos familiares.

Veja-se mais um julgado em que o tribunal se posiciona no sentido de que a guarda compartilhada não deve ser acompanhada de residência alternada, em clara confusão com a guarda alternada. É o que se observa do seguinte trecho do voto proferido em sede de recurso de Agravo n.º 4005482-56.2016.8.24.0000/50000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²²⁵, cuja relatoria é da Desembargadora Rosane Portella Wolff:

²²⁴ Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Consultado em 07/02/2019;

²²⁵ Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Consultado em 07/02/2019.

A guarda compartilhada ainda gera inúmeras indagações, restando necessário salientar que, ainda que a guarda do Menor seja compartilhada entre os genitores, não deverá haver a alternância de residências. Cabe aos pais, em comum acordo, fixar a residência do Infante de modo que seus interesses sejam observados. (...) É o que também explica Celeste Leite dos Santos: Ao genitor não residente caberá o estabelecimento de regime de convivência, o que implica no direito/dever de participar do cotidiano do filho, com fixação detalhada de suas responsabilidades, tais como levar o filho na aula de inglês e ao médico, frequentar reuniões escolares e almoçar ou jantar com regularidade com o filho. **Jamais poderá implicar na imposição ao menor de constante adaptação de sua rotina, em decorrência da alternância constante de residências, por se tratar de sobrecarga contrária aos seus interesses e preservação de sua identidade.** Logo, não basta a solução simplista de estabelecer que o menor ficará três ou quatro dias com determinado genitor. É preciso ampla conscientização do papel dos pais enquanto educadores e referência na formação da identidade do filho. O regime de convivência do genitor não residente, precedido ou não de mediação, deve refletir a assunção do papel ativo de ambos os genitores na sua formação” (destaquei).

Veja-se outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²²⁶, em que a convivência alternada da criança é, evidentemente, confundida com guarda alternada e, portanto, concluiu-se que tal alternância de residências seria prejudicial ao menor, sendo-lhe fixada residência habitual no lar materno:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. CONVIVÊNCIA ALTERNADA. A estipulação da guarda alternada entre os genitores mostra-se inconveniente, podendo-lhe acarretar instabilidade emocional, pois a criança fica submetida a cada semana a local diverso de residência. Assim, adequada a guarda compartilhada, com fixação da residência da criança na companhia materna e definição da convivência paterna. (destaquei)

Conforme mencionado anteriormente, a praxe judicial repousa em estabelecer um progenitor residente e um não residente, quando a lei civil não faz qualquer distinção dessa natureza, ao contrário do que ocorre na legislação portuguesa, em que é clara tal distinção, como será analisado no próximo capítulo. Como se observou do excerto do acórdão lavrado pelo Tribunal de Santa Catarina, o fundamento para a fixação de uma residência principal seria a preservação dos interesses da criança, pois a alternância de residências seria uma “sobrecarga contrária aos seus interesses e preservação da sua identidade”. Esqueceu-se, o julgado, todavia, de indicar qualquer comprovação científica acerca do alegado, ou mesmo apresentar no caso em concreto um parecer da equipa multidisciplinar que demonstrasse a inviabilidade da prática da alternância da criança entre as residências dos progenitores.

²²⁶ Apelação Cível. Sétima Câmara Cível, nº 70076887587, Relatora: LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, julgado em 28 de março de 2018. Disponível em <http://www.tjrs.ius.br>. Consultado em 11/02/2019;

Embora haja divergência acerca do estabelecimento da dupla residência da criança no âmbito da guarda compartilhada pelos tribunais estaduais e tribunais superiores, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se tinha posicionado, ainda em 2011, sobre o tema em processo, no qual a Ministra Nancy Andrigui destacou a importância em garantir o convívio da criança com ambos os pais após a separação. Nesse importante e esclarecedor julgamento, a Ministra ressaltou, ao contrário das posições acima destacadas, que **a guarda compartilhada inclui não só a guarda legal ou jurídica mas também a custódia física**, tanto por não haver qualquer restrição no texto da lei quanto ao exercício do poder familiar na guarda compartilhada, quanto pela inviabilidade de se compartilhar apenas a custódia legal da criança.

Note-se que por ocasião do referido julgamento, os ministros rejeitaram o argumento de que a rotina dividida em dois lares seria prejudicial à criança e configuraria guarda alternada, modalidade que não é reconhecida pela legislação brasileira. Conforme destacado no Voto da Ministra Nancy Andrigui, acolhido por unanimidade pela 3ª Turma do STJ²²⁷, *in verbis*:

Na verdade, a força transformadora dessa inovação legal está justamente no compartilhamento da custódia física, por meio da qual ambos os pais interferem no cotidiano do filho. Quebra-se, assim, a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. (...)A formação da nova personalidade, em boa parte, é fruto dessa fusão de posicionamento e posturas distintas, que são combinadas na mente da criança, em composição solo, na qual conserva o que entende ser o melhor de cada um dos pais e alija o que reputa como falha. **A ausência de compartilhamento da custódia física esvazia o processo, dando à criança visão unilateral da vida, dos valores aplicáveis, das regras de conduta e todas as demais facetas do aprendizado social. Dessa forma, a custódia física não é um elemento importante na guarda compartilhada, mas a própria essência do comando legal, que deverá ser implementada nos limites possíveis permitidos pelas circunstâncias fáticas.** (destaquei)

Diante dos inúmeros julgados aqui expostos, depreende-se que a questão da dupla residência da criança, após separação dos pais, é, ainda, um tema polêmico no Brasil. Repare-se que os próprios magistrados não a incentivam por acreditarem ter consequências malélicas ao desenvolvimento da criança, embora possam constar dos autos estudos psicossociais que indiquem o forte vínculo da criança com ambos os progenitores e não apontarem para quaisquer circunstâncias fáticas a impedirem a alternância de residência.

²²⁷ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011. Consultado em 09.02.2019.

Tendo em vista a existência de inúmeras pesquisas realizadas em diversos países de cultura ocidental, que apontam os vários benefícios para a criança acerca da prática da alternância de residência pós-divórcio, entende-se serem infundadas as razões pelas quais a jurisprudência brasileira ainda resiste em aplicar ou incentivar a efetivação da residência alternada no contexto da guarda compartilhada na sua modalidade física.

Dessa forma, conclui-se ter o legislador brasileiro promovido importantes alterações na legislação civil, alinhando o país com as orientações internacionais em relação ao tema, mormente as determinações constantes da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, no sentido de que a criança tem direito de manter, regularmente, relações pessoais e contactos diretos com ambos os pais, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança. Cumpre, então, analisar quais os eventuais casos de inaplicabilidade da guarda compartilhada com residência alternada da criança após separação dos pais.

2.4 Os casos de inaplicabilidade da guarda compartilhada com dupla residência da criança após divórcio e/ou separação

Apesar da legislação brasileira estabelecer como regra geral que, em caso de inexistência de acordo entre os pais em relação à guarda dos filhos, esta seria imposta pelo juiz na sua modalidade compartilhada, trata-se de presunção legal *juris tantum*, havendo requisitos de imprescindível análise pelo magistrado para o seu deferimento. Não se dará, pois, o seu implemento de forma cega, sem observar as *nuances* que o caso em concreto envolva, sob pena de se infringir o princípio basilar que deve nortear qualquer decisão judicial a envolver menores: o princípio do melhor interesse da criança.

É certo que a lei não contempla todas as situações em que se torna inviável a prática da alternância de residências no âmbito da guarda compartilhada. Não pretendendo, tampouco, este trabalho exaurir as hipóteses de inaplicabilidade, considerando que o próprio caso em concreto poderá apresentar contornos diferenciados e impossibilitar a sua prática, entende-se ser imprescindível ao magistrado estar atento e sensível ao princípio da proteção integral da criança, estabelecido no art.º 227 da Constituição da República de 1988, em conjunto com o princípio do melhor interesse da criança, com vista à correta aplicação do direito.

Atendo-se às disposições contidas no CCB, a partir da inteligência dos artigos 1.583, 1.584 e 1.586 do CC/02, depreende-se que a guarda compartilhada, em sentido amplo, não será aplicada em 4 hipóteses: a) quando, havendo motivos graves, as condições fáticas contraindicarem; b) quando não atender aos superiores interesses do menor; c) se um dos progenitores declarar ao magistrado que não

deseja a guarda do menor; d) quando o juiz verificar que o filho não deva permanecer sob a guarda da mãe ou do pai²²⁸.

Cabe, por oportuno, mencionar que a legislação deixou em aberto diversas situações que envolvem o implemento da guarda compartilhada, não existindo nenhuma norma a detalhar, verdadeiramente, como deverá ser aplicada a guarda compartilhada física, ou seja, como se dará essa divisão equilibrada do tempo da criança e, por conseguinte, a alternância de residências. Porém, em todo o caso, como referido, o norte de qualquer decisão deve ser para o melhor interesse da criança, e não simplesmente porque os dois desejam dividir, de forma equilibrada o tempo, de convívio com seus filhos, ou porque um progenitor deseja a guarda compartilhada e o outro a guarda única. Afinal, o objetivo maior da lei é a proteção dos filhos menores, e não atender à conveniência dos pais.

Ab initio é forçoso mencionar ser universalmente aceite e geralmente garantido em legislações pelo mundo afora, que um rico relacionamento ou convivência ampla com a figura do pai e da mãe na maioria dos casos, traz benefícios para as crianças, conforme classificou William Fabricius e Sanford Braver²²⁹, ao analisarem as pesquisas científicas até então publicadas a respeito da prática da residência alternada após divórcio, o que denominaram de *parenting time*.

Contudo, há situações em que essa convivência com um dos progenitores, ou ambos, poderá não ser saudável para o filho menor e, portanto, não atender ao seu superior interesse. É o caso, por exemplo, da criança estar inserida numa família disfuncional. Sobre isso, Rolf Madaleno define-as como aquelas famílias que não tem objetivo claramente estabelecido, constituídas por pais confusos em relação aos propósitos e valores que desejem transmitir para os seus filhos, porque os pais, nem sequer, têm consciência da sua própria direção e, por isso, mantêm relações conflituosas ou de instabilidade, criando, para os seus filhos, um crescimento num de meio insegurança, desconfiança e com dificuldades extremas de dar e receber afeto que tampouco receberam durante a sua relação familiar²³⁰.

Trata-se de progenitores que, por sua vez, não possuem condições para exercer, com êxito, as suas funções parentais, ou seja, o poder familiar, dado que enfrentam disfunções pessoais, problemas emocionais, psicológicos ou psiquiátricos, ou que apresentam algum tipo de dependência química. Nesses casos, mesmo diante de um eventual acordo dos pais em relação à guarda compartilhada, o juiz

²²⁸ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 229;

²²⁹ FABRICIUS, William V., BRAVER, Sanford L. et. al., *Custody and Parenting Time: Links to Family Relationships and Well-Being After Divorce*, in *The Role of the Father in Child Development* (Lamb, Michael E. (Ed)), 5ª Edição, John Wiley & Sons, 2010, Cap. 7, p. 239.

²³⁰ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 132;

pode decidir de forma diversa, podendo se valer da prova pericial obtida através de estudo psicossocial, a partir de visitas *in loco* onde a criança esteja atualmente residindo, bem como avaliando a capacidade parental de ambos os progenitores, ocasião em que se poderá concluir, dependendo do grau e da extensão das disfunções parentais e dos sinais externalizados pela criança, a inviabilidade do compartilhamento da guarda, com alternância de residências.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, os casos de violência doméstica familiar, em que a criança poderá ser vítima, direta ou indireta, do eventual abuso praticado por um progenitor contra o outro. Conforme notícia veiculada em 2017 pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ), pelo menos, 40 mil atos de violência sexual contra crianças e adolescentes viraram processos judiciais no Brasil, em 2016. Desses, cerca de 35 mil foram de violações cometidas por adultos. Ainda nesse ano, foram reportados ao Disque-Denúncia cerca de 145 mil casos de violência psicológica e física, incluindo a sexual, e negligência, contra crianças e adolescentes. Por fim, em 94% dos casos, os suspeitos eram parentes próximos ou conhecidos da vítima²³¹.

Como é sabido, a violência infantil ocasiona traumas físicos e psicológicos que se refletem durante toda a vida. De acordo com a psicóloga Adriana Dajuz, especialista em violência doméstica e sexual contra crianças e adolescentes, nos lares atuais falta amorosidade e sobra agressividade, sendo certo de que, muitas vezes, as crianças ou adolescentes tentam contar a verdade, mas são desacreditadas; Noutros casos, escondem a violência por vergonha e medo das reações agressivas. Como consequência, se a violência não é tratada, mas naturalizada, ela não termina, podendo as próximas vítimas serem os irmãos, filhos, cônjuges, num ciclo interminável²³².

Não há dúvidas de que em casos de violência direta contra a criança, cometida por progenitor (es), esta deve ser afastada do convívio com o agressor, não havendo espaço para deferimento da guarda compartilhada, com dupla residência. Nesses casos, compete ao juiz decretar, se for o caso, a perda do poder familiar, na forma do artigo 1.638, parágrafo único, inciso II do CCB, com a alteração dada pela Lei n.º 13.715/2018²³³, além do progenitor responder pelos crimes perpetrados.

Os dados em relação à violência indireta contra a criança ainda são invisíveis. Conforme alerta Isabel Sani, investigadora e psicóloga portuguesa, muitas são as crianças que vivem expostas à violência interparental mas, estatisticamente, desconhece-se este fenômeno. A investigadora analisou textos internacionais que documentaram o risco acrescido, em termos físicos e psicológicos, que enfrentam

²³¹ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85576-a-politica-de-combate-a-violencia-precisa-chegar-as-criancas>. Consultado em 19.02.2019

²³² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85576-a-politica-de-combate-a-violencia-precisa-chegar-as-criancas>. Consultado em 19.02.2019.

²³³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Consultado em 19.02.2019;

muitas das crianças que vivem em famílias abusivas, quando comparado com as crianças de famílias não violentas²³⁴. Salienta, ainda a referida psicóloga, que as crianças expostas à violência parental têm mais problemas comportamentais do que as crianças que vivem em famílias não violentas, apresentando afeto significativamente mais negativo, respondendo menos apropriadamente às situações e comportando-se de maneira mais agressiva em relação a outras crianças.

Nas hipóteses de violência indireta contra a criança, em que a mesma tenha presenciado a violência interparescente, é mister atuar o Estado com vista à sua integral proteção. Para isso, deve afastar a convivência com o progenitor agressor, conforme se depreende da Lei n.º 11.340/2006²³⁵ designada de Maria da Penha, que cria mecanismos para reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse âmbito, estabelece-se como medida protetiva de urgência o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, bem como a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipa de atendimento multidisciplinar, na forma do art.º 22 da referida legislação.

Outro caso em que se verifica a inaplicabilidade do instituto, encontra-se previsto no art.º 1.586 do CC, ao dispor que, em caso de motivos graves, o juiz poderá regular, de maneira diversa, do estabelecido nos artigos anteriores, em atenção aos interesses do menor. O artigo realça, pois, a prevalência, quanto à definição da guarda, da superioridade do interesse do filho sobre o dos pais. Embora a lei não tenha definido “motivos graves”, a doutrina esclarece serem aqueles decorrentes de situações especiais ou anormais, capazes de pôr em risco a saúde, segurança ou a moralidade dos filhos, por comprovada negligência, incapacidade, abuso de poder, maus exemplos, perversidade ou crime dos pais²³⁶.

O Desembargador e professor Milton Paulo de Carvalho Filho expõe, como exemplos de motivos graves, a degradação dos costumes e o relacionamento amoroso do guardião com pessoa nociva ao filho menor. Afinal, a criança tem o direito de ser criada e educada no seio da sua família, em ambiente saudável que garanta o seu desenvolvimento integral, conforme o artigo 227 da CF/88 e artigo 19 do ECA.

²³⁴ SANI, Ana Isabel, *A vitimização indirecta de crianças em contexto familiar*, Revista 'Análise Social', Vol. XLI (3.º), 2006 (n.º 180), p. 850. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218722582J2vZM0qb0Xf05ZG5.pdf>. Consultado em 19.02.2019;

²³⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Consultado em 19.02.2019;

²³⁶ FILHO, Milton Paulo de Carvalho, in Ministro Cezar Peluso (Coord.), *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*, 4ª edição, revisada e atualizada, São Paulo: Manole, 2010, p. 1738;

Há hipóteses, ainda, em que nenhum dos progenitores é capaz de exercer a guarda, quando então, na forma do §5º do art.º 1.584 do CC, conferida pela Lei n.º 13.058/14, esta poderá ser deferida a terceiro que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Conforme esclarecem Rolf e Rafael Madaleno, este terceiro deverá deter a custódia física do menor também quando for constatado, em juízo, a escassa participação dos pais na vida dos seus filhos menores e/ou incapazes. Perante essa situação, assiste-se a avós a tratarem dos netos levando-os, usualmente, a realizar as tarefas que os pais deveriam desempenhar, assumindo aqueles ou outros parentes próximos e até mesmo terceiros, as funções próprias da responsabilidade parental²³⁷. Além disso, deve destacar-se que a guarda praticada por terceiros não implica a privação da titularidade do poder familiar dos pais. O que se altera é o exercício da função de guardião que será atribuído ao guardador, a quem incumbe o dever relacionado com o cuidado e atenção diários do menor, ocupando-se da educação e formação da criança, assim como da sua saúde, representação e administração dos seus bens.²³⁸

No que tange à exceção contida no art.º 1.584, §2º do CC, atinente ao caso em que não haverá imposição da guarda compartilhada quando um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor, há que tecer alguma crítica em relação ao dispositivo. Conforme ressaltou Waldyr Grisard Filho, trata-se, salvo melhor juízo, de uma suposta autorização legal de exoneração voluntária do dever legal de guarda, incompatível com a imposição contida no art.º 1.634, II do CCB, ao determinar competir a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que inclui o dever da guarda dos filhos²³⁹.

A disposição acima destacada causa uma certa estranheza visto que se dá no âmbito de processo judicial consensual, em que ambos os progenitores concordam com a permanência do filho sob guarda unilateral do genitor que a deseje. Há uma autorização legal para que o progenitor, embora esteja supostamente apto ao exercício do poder familiar, não exerça a guarda do menor simplesmente por não “desejá-la”. Ou seja, o progenitor voluntariamente está se eximindo da responsabilidade conjunta do

²³⁷ MADALENO, Rolf, MADALENO, Rafael, *Guarda Compartilhada- Física e jurídica*, 3ª Edição-Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 288;

²³⁸ Ob. Cit. p. 289-290.

²³⁹ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 225;

menor. Até que ponto o acordo desses pais, no sentido de que a guarda permaneça apenas com o outro, atende ao interesse superior do menor?

Maria Berenice Dias também se interrogou a respeito dessa definição consensual de guarda unilateral, permitida pelo art.º 1.584, §2º do CC, ao questionar como seria exigida essa declaração do genitor que não deseja a guarda ao magistrado. Haveria necessidade de designação de audiência para a homologação judicial desse acordo?²⁴⁰.

Apesar da lei não responder a tal questão, percebe-se ser imprescindível a designação de audiência de conciliação, pois é nessa oportunidade que o juiz poderá conversar com as partes e informá-las sobre o significado da guarda compartilhada, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores, bem como as sanções pelo descumprimento das suas cláusulas (art.º 1.584, §1º, CC/02). Afinal, esse momento processual possibilitará às partes tomarem mais consciência da importância da dedicação e participação de ambos os pais na formação do seu filho, ou encontrar meios para superação do eventual obstáculo que impeça o exercício da guarda pelo outro progenitor e, quem sabe, poderão alterar o acordo antes estabelecido de guarda consensual unilateral, para guarda compartilhada.

Por outro lado, impor ao pai a guarda compartilhada quando não deseja exercer a guarda do menor, embora esteja em plena aptidão do poder familiar, poderia causar sérios prejuízos aos interesses do filho. No plano ideal, os pais que optassem pela guarda unilateral do filho poderiam ser encaminhados para acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, na forma do art.º 129, inciso III do ECA, ou mesmo a programas oficiais de apoio e promoção da família (art.º 129, I, ECA). Tal medida, procura fazer com que os pais desempenhem a contento as suas funções parentais, uma vez que, embora nesse tipo de guarda o poder familiar permaneça, em tese, inalterado, a prática demonstrou ocorrer um distanciamento do filho com o progenitor não guardião, em geral, o pai, o que pode trazer consequências prejudiciais ao desenvolvimento da criança.

Não é demais lembrar que nada impede ulterior modificação da modalidade de guarda escolhida pelas partes, uma vez que as relações familiares alteram-se constantemente, assim como as necessidades da criança, podendo ser fixada a princípio a guarda unilateral do filho e num outro estágio da vida familiar evoluir para a guarda compartilhada.

Enfim, considerando que a regra geral do atual ordenamento jurídico brasileiro consubstancia-se na concessão da guarda compartilhada aos progenitores, quando ambos encontram-se aptos a exercer o poder familiar, entende-se que a aplicação da guarda unilateral deveria, salvo melhor juízo, estar restrita

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 556;

às situações em que o exercício da guarda pelo outro progenitor pudesse causar efetivo prejuízo aos interesses do menor, e não por simples desejo do pai em não exercê-la.

Diante do princípio constitucional da paternidade responsável ou, adotando uma expressão mais ampla, princípio da parentalidade responsável, assegurado no art.º 226, §7º da CF/88, além de encontrar ressonância nos art.º 3º e 4º do ECA e no art.º 1.566, inciso IV do CC/02, a requerer a obrigação dos pais em prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos, entende-se não ter o legislador caminhado bem ao possibilitar o acordo entre os pais para a responsabilização individual da guarda da criança, cuja hipótese poderia estar restrita a situações em que o exercício da guarda compartilhada fosse prejudicial aos interesses do filho. Isto porque, deu uma possibilidade ao progenitor de se isentar do dever legal de guarda da criança, em situações que poderia ser aplicada a guarda jurídica compartilhada.

Diante de todo o exposto, ainda que não se tenham esgotado todos os pormenores que envolvem a prática da alternância de residências e, ainda que haja indagações e questionamentos válidos a respeito da nova legislação brasileira, é digna de aplausos a alteração legislativa que teve como intuito primordial a consagração do direito da criança à convivência familiar com ambos progenitores. Institui-se, portanto, o regime de guarda compartilhada como obrigatório, o qual apenas não será aplicado quando os pais não se mostrarem aptos ao exercício do poder familiar, ou ainda se um deles não desejar a guarda do filho, conforme explicitado supra.

Além disso, deixou-se clarividente com a alteração promovida pelas Leis n.º 11.698/08 e 13.058/14 que a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres em relação aos filhos, como esclareceu Maria Berenice Dias²⁴¹.

Faz-se imprescindível, pois, a manutenção dos laços de afetividade entre pais e filhos, com vistas a serem minorados os efeitos que o divórcio ou dissolução da união estável provocam nas crianças, sendo certo que a prática da alternância de residência no contexto da guarda compartilhada em muito auxilia nesse processo, pois possibilita maior convívio e compartilhamento de experiências diárias entre pai/mãe e filho, tal como se vivenciou no momento em que a família permanecia intacta.

A todos os intervenientes do processo de separação do casal, sejam juízes, promotores, defensores públicos, advogados, assim como peritos da área da psicologia, assistência social ou médicos, que compõem a equipa de atendimento multidisciplinar das Varas de Família, cabe atentarem para as reais necessidades das crianças, em especial para a continuidade da manutenção dos vínculos

²⁴¹ *Idem, ibidem*,

afetivos e convivência familiar, tão duramente fragilizados quando da histórica atribuição da guarda unilateral. Deve encorajar-se as famílias, quando as circunstâncias assim o permitem, a praticarem a dupla residência da criança, consagrando, dessa forma, o seu direito de não ser afastada dos seus pais, tal como previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990²⁴², instrumento que também conclama aos Estados participantes a implementação de políticas públicas que efetivamente favoreçam a ampla convivência dos pais com seus filhos e forneçam a proteção e assistência necessárias às famílias para que desempenhem, plenamente, o seu papel na comunidade.

²⁴² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Consultado em 27/02/2019;

3. A RESIDÊNCIA ALTERNADA EM PORTUGAL

3.1 Evolução legislativa antes e a partir da Lei n.º 61/2008: do exercício do poder paternal ao exercício conjunto das responsabilidades parentais

A noção atual prevalente no ordenamento jurídico português, em relação ao exercício conjunto das responsabilidades parentais após divórcio ou separação de pessoas e bens, decorre de diversas alterações legislativas que vêm atender aos ditames internacionais, sobretudo do Direito Europeu, concernentes à necessidade de dar ampla proteção às crianças, garantindo o seu contacto com os dois progenitores, independente da situação conjugal, devendo o Estado em todas as decisões referentes à criança atender primacialmente o seu superior interesse²⁴³.

A importante Convenção Internacional dos Direitos da Criança, já mencionada anteriormente, ratificada pelo Estado Português a 21 de setembro de 1990 prevê, no art.º 18º, n.º 1, o princípio segundo o qual ambos os pais têm responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança, e o Estado deve ajudá-los a exercer essa responsabilidade.

Deve ressaltar-se que a Constituição Portuguesa de 1976 já tinha consagrado os princípios da igualdade de género em todos os aspetos, consoante se depreende do art.º 36º, n.º 3, ao enunciar que os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos²⁴⁴. Conforme indica o MM. Juiz de Direito na Secção de Família e Menores do Tribunal da Comarca de Lisboa Oeste-Sintra, Joaquim Manuel da Silva, o referido princípio normativo visou dar fim ao domínio do *pater*, ao colocar homens e mulheres em plano de igualdade não só nas suas relações conjugais, mas também na relação com os seus filhos²⁴⁵.

Estabeleceu-se, além disso, um conjunto de direitos dos filhos consagrados constitucionalmente, tais como o direito a serem educados pelos pais (art.º 36º, n.º 5); direito de coabitarem com os seus pais (art.º 36º, n.º 6); direito de não serem separados dos pais, a não ser quando estes não cumpram com os seus deveres fundamentais, e só mediante sentença judicial (art.º 36º, n.º 6); direito a serem protegidos pelo Estado contra abuso de autoridade dos pais (art.º 69º, n.º 2).

²⁴³ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 326;

²⁴⁴ Não se pode esquecer a importante Reforma constitucional de 1982, a qual, para além de outras alterações, modificou o texto do art.º 68º, atualmente intitulado Paternidade e Maternidade, que antes previa apenas o reconhecimento pelo Estado da “maternidade como um valor social eminente”, passando a prever que “os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos (...), conforme destacado por Guilherme de Oliveira em OLIVEIRA, Guilherme de, *A ‘residência alternada’ em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 151;

²⁴⁵ SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 46;

Conforme elucidou a Prof. Margarida Silva Pereira, a norma esculpida pela Constituição da República Portuguesa ao art.º 36º possui um relevante significado para a ordem jurídica, ao enunciar princípios como a igualdade dos membros da família, a sua não discriminação em razão do sexo, a inexistência de liderança e, antes, de cooperação, à igualdade dos filhos indistinta do berço (ou seja, nascidos ou não do casamento), o princípio da sua aproximação aos pais, bem como o direito a não serem afastados destes²⁴⁶.

Contudo, embora a própria Constituição previsse tal igualdade entre os pais e estabelecesse o direito dos filhos a serem educados por ambos os progenitores, esse equilíbrio não se vislumbrou na legislação civil, na medida em que vigorava, anteriormente à edição da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o regime de exercício totalmente unilateral das responsabilidades parentais, depois do divórcio dos pais. Ou seja, em princípio, uma vez decretado o divórcio, só um dos progenitores, em geral a mãe, exercia a totalidade das prerrogativas compreendidas no poder paternal²⁴⁷.

Como é cediço, o CCP de 1966 preconizava a prevalência total da autoridade do pai em relação ao filho, mesmo diante do divórcio, e ainda que o filho viesse a residir apenas com a progenitora, sendo alterado tal regime autoritário apenas na reforma de 1977. Ao analisar, pois, a redação do art.º 1906º do CCP, dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro²⁴⁸, constata-se, no seu n.º 1, que, em caso de divórcio, o poder paternal seria exercido pelo progenitor a quem o filho fosse confiado, assistindo ao outro progenitor, que não exercia o poder paternal, somente o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho (art.º 1906º, n.º 3). Havia, também, previsão no sentido de que, se houvesse acordo dos pais homologado judicialmente ou decisão judicial, competia ao progenitor a quem o filho não fosse confiado o poder-dever de administrar os bens do menor, na forma do antigo n.º2, do art.º 1.906º do CC.

É imperativo mencionar que, nessa época, observava-se equivalência entre a residência da criança e exercício do poder paternal, ou, como elucidou o MM. Juiz Joaquim Manuel da Silva, no conceito de guarda estava o exercício do poder paternal e o “guardar”, da residência da criança, expresso na fórmula de que *o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem foi confiado*, apenas se admitindo o exercício exclusivo por um dos progenitores – artigo 1.905º, n.º 2 do CC/77.

²⁴⁶ PEREIRA, Margarida Silva, *Direito de Família- Elementos de estudo*, Lisboa: AAFDL, 2014, p.317;

²⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 332;

²⁴⁸ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=775&artigonum=775A1906&n_versao=2&so_miolo=. Consultado em 12/03/2019;

Ainda que, na época da reforma de 1977, não se falasse no exercício conjunto do poder paternal, já haveria possibilidade jurídica de aplicá-lo com esteio no art.º 1.905, n.º 1²⁴⁹, que previa a possibilidade de regular o destino dos filhos por acordo dos pais, sujeito a homologação dos tribunais.

A Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, promoveu uma nova alteração no art.º 1.906º, ao modificar, mais uma vez, o regime do poder paternal no CCP, passando a estabelecer a possibilidade de os pais optarem pelo exercício conjunto do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram, para tal efeito, na constância do matrimónio (art.º 1.906º, n.º 2). Possibilitou-se, além disso, aos pais acordarem que determinados assuntos relativos ao menor fossem resolvidos por acordo de ambos, ou que a administração dos bens do filho fosse assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado (art.º 1.906º, n.º 3).

Já a alteração promovida pela Lei n.º 59/99, de 30 de junho, elevou o exercício comum a regime regra, contudo sujeitou-o a eventual acordo entre os pais. Na hipótese de não haver acordo, caberia ao tribunal determinar, através de decisão fundamentada, que o poder paternal fosse exercido pelo progenitor a quem o filho fosse confiado (art.º 1.906, n.º 2).

Salienta Joaquim Manuel da Silva que tal alteração não provocou mudanças significativas na prática judiciária, pois verificou-se um *sistemático bloqueio à sua implementação por parte das mães, que, tendo a vantagem cultural e jurisprudencial de que os filhos lhes seriam confiados, não acediam, mantendo-se a regra de se fixar em exclusivo o poder paternal e com ele a residência ao guardião, em regra a mãe*.²⁵⁰ A mesma crítica relata Jorge Duarte Pinheiro, quando afirma que, apesar das modificações promovidas pelas leis de 1995 e 1999, manteve-se o predomínio estatístico do exercício unilateral por um só dos progenitores, em geral a mãe, dada a escassa expressão quantitativa dos acordos de exercício em conjunto²⁵¹.

Também nesse sentido, Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho elucidam que, em verdade, o exercício em conjunto do poder parental continuou a depender do acordo dos pais, sendo que

²⁴⁹ Artigo 1905.º (Divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento) 1. Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e a forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor. (Redacção dada pelo seguinte diploma: Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro)

²⁵⁰ SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 48;

²⁵¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 333;

o exercício exclusivo por parte do progenitor a quem o filho fosse confiado continuou a ser a regra aplicável, embora tivesse passado a depender de uma decisão fundamentada²⁵².

Em continuação à evolução legislativa, é importante destacar, no âmbito internacional, a Recomendação n.º R (84) 4, de 28 de fevereiro de 1984, do Comité de Ministros do Conselho da Europa²⁵³, que orientou os Estados Partes a adaptarem suas legislações em atenção aos princípios referentes às responsabilidades parentais desenvolvido pelo mencionado instrumento internacional, sendo relevante mencionar o princípio 2, no sentido de que qualquer decisão da autoridade competente relativa à atribuição de responsabilidades parentais ou ao modo como essas responsabilidades serão exercidas deverá basear-se principalmente nos interesses da criança. Destacou-se, também, que a igualdade entre pais deve ser, igualmente, respeitada e não deve ser feita qualquer discriminação, nomeadamente em matéria de sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, associação com uma minoria nacional, propriedade, nascimento ou outro *status*.

De acordo com o princípio n.º 6, no caso de dissolução do casamento ou de separação dos pais, a autoridade competente solicitada a intervir deve decidir sobre o exercício das responsabilidades parentais, devendo tomar quaisquer medidas adequadas, por exemplo, dividindo o exercício das responsabilidades entre os dois progenitores ou, quando os pais o consentem, prevendo que as responsabilidades sejam exercidas conjuntamente. Destacou-se que, ao tomar a decisão, a autoridade deve ter em conta qualquer acordo celebrado entre os pais, desde que não seja contrário aos interesses das crianças.

Inspirada na Recomendação acima aludida, bem como nos princípios do Direito da Família Europeu²⁵⁴, teve lugar a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que procedeu a importantes modificações no âmbito do regime jurídico do divórcio, bem como, no processo de regulação das responsabilidades

²⁵² COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Francisco de, *Curso de Direito de Família – Volume I. Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 792;

²⁵³ Disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804de2e4. Consultado em 12/03/2019;

²⁵⁴ Os Princípios do Direito de Família Europeu relativos às Responsabilidades Parentais foram publicados em 2007 e decorrem da Comissão de Direito da Família Europeu, criada em 1 de setembro de 2001, tendo como objetivo a harmonização do Direito da Família na Europa. In PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 296. Conforme princípio 3:11, intitulado Exercício em conjunto, os pais que possuam as responsabilidades parentais devem ter o mesmo direito e dever de exercer tais responsabilidades e, sempre que possível, devem exercê-las em conjunto. Já o princípio 3:12, intitulado de Atos da vida corrente, atos importantes ou decisões urgentes, orienta que os pais que possuam responsabilidades parentais conjuntas deveriam ter o direito de agir sozinhos a respeito dos atos da vida corrente, enquanto que as decisões importantes relacionadas à educação, tratamento médico, residência da criança, ou a administração dos bens dos filhos deveria ser tomadas em conjunto. No caso de situações urgentes, o progenitor deveria ter o direito de agir sozinho, devendo o outro pai ser informado sem demoras. Disponível em <http://cefonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>. Consultado em 13.03.2019;

parentais, substituindo a expressão “poder paternal²⁵⁵”, que designava um sentido de posse, num conjunto de faculdades de conteúdo egoísta, por “responsabilidades parentais”, expressão essa mais adaptada aos novos tempos em que se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos²⁵⁶. Para este trabalho de investigação, interessa a análise das alterações promovidas nesse último regime, dado que possui uma relação direta com a residência da criança, mais especificamente o exame do art.º 1.906º que dispõe acerca do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o que será realizado no item a seguir.

3.2 O exercício das responsabilidades parentais inserto no art.º 1.906 do CC, com redação promovida pela Lei n.º 61/2008.

Inicialmente, cumpre destacar ter a Lei n.º 61/2008 introduzido uma alteração conceitual importante: abandonou-se a noção de guarda prevista no antigo art.º 1.905º, n.º 2 do CC, substituindo-se pela noção de residência inserida no art.º 1.906º. Maria Clara Sottomayor aduz, todavia, ter sido mantida, estranhamente, a noção de guarda no art.º 1.907º, quando se refere à confiança dos cuidados da criança a terceiros pessoas²⁵⁷.

Pois bem, visando concretizar a noção de que as responsabilidades parentais não deverão ser afetadas pela dissolução do casamento nem pela separação dos pais, contida no Princípio n.º 3:10 do Direito da Família Europeu Relativo às Responsabilidades Parentais²⁵⁸, a nova redação dada ao art.º 1.906º, n.º 1, dispõe que 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. Não obstante a regra geral do exercício conjunto, previu o legislador a possibilidade de, nos casos de urgência manifesta, qualquer um dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

²⁵⁵ Em relação à essa importante alteração conceptual, Cristina M. Araújo Dias assim elucida: “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 aqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças.” In DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 36. Ademais, conquanto tenha ocorrido tal substituição, a designação “poder paternal” continuou, talvez por um lapso do legislador português, a vigorar em determinados artigos no CCP, nomeadamente os artigos 1.921º e 1.928º, n.º 1 e 2. Vide nota 401 do Livro de Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos – *Lições de Direito de Família*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 410.

²⁵⁶ BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Vila Nova de Famalicão: Nova Causa Edições Jurídicas, maio de 2015, P. 11;

²⁵⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Revista, Aumentada e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2016, p. 26;

²⁵⁸ Disponível em <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>. Consultado em 13.03.2019;

Ou seja, diferentemente da redação anterior, que preconizava a necessidade de acordo dos pais para o exercício em comum das responsabilidades parentais, a alteração realizada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, determina como regime regra o exercício comum independentemente de prévio acordo entre os pais. Conforme salientou a Prof.^a Cristina Dias, a lei não possibilitou, aos progenitores, acordarem sobre o exercício das responsabilidades parentais, como no regime anterior, mas impôs o seu exercício conjunto²⁵⁹.

É de frisar que tal preceito aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais no caso de divórcio, separação de bens, invalidação do casamento, quer em situações de separação de facto, rutura da união de facto ou de inexistência originária de coabitação entre os progenitores²⁶⁰.

A lei, dessa forma, deu primazia ao interesse do filho, conforme é possível constatar em várias passagens pelo texto da lei: no n.º2 do art.º 1906º, ao autorizar o juiz afastar a regra geral do exercício conjunto das questões de particular importância, quando for julgado contrário aos interesses do filho; no n.º5 do art.º 1.906º, ao orientar que o juiz deva designar a residência de acordo com os interesses do filho; no n.º 7 do art.º 1.906º, quando afirma que o Tribunal sempre decidirá de harmonia com o interesse do menor.

Através da referida reforma legislativa, possibilitou-se à criança posicionar-se numa relação tendencialmente igualitária com cada um dos pais, sendo atribuída a estes últimos uma distribuição mais equilibrada das responsabilidades parentais, ao ser consagrado o exercício conjunto como regime regra.

É de se ter por certo, contudo, ter a lei promovido distinção entre atos de particular importância e atos da vida corrente, tal como constava no Princípio 3:12, do Direito da Família Europeu, relativos às Responsabilidades Parentais. Por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, coube à jurisprudência e à doutrina estabelecer o alcance da norma.

Consoante se depreende da Exposição de Motivos do Projeto n.º 509/X²⁶¹, que antecede a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, no que toca às responsabilidades parentais, seria imposto o exercício conjunto, salvo quando o tribunal entendesse ser tal regime contrário aos interesses do filho. Destacou-se, todavia, que o exercício conjunto refere-se apenas aos “actos de particular importância”, cabendo a responsabilidade pelos “actos da vida quotidiana” exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra.

²⁵⁹ DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 42.

²⁶⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 335;

²⁶¹ Disponível em <http://www.cej.mi.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>. Consultado em 13.03.2019;

Ademais, em relação à opção do legislador em não elencar as situações que integram tais conceitos jurídicos indeterminados, os Deputados esperavam que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumissem a questões existenciais graves e raras, que pertencessem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretendia-se que o regime fosse praticável, como já é observado em vários países europeus, e para tanto poderia ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores. Assim, seria possível superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer, em conjunto, as responsabilidades parentais.

A Lei, portanto, não seguiu um modelo maximalista que albergasse a responsabilidade conjunta a todas as decisões referentes à vida da criança, considerando que tal modelo sujeitar-se-ia a diversas críticas num ordenamento jurídico que vem de uma tradição de exercício exclusivo das responsabilidades parentais. O reconhecimento dessas dificuldades práticas levou a Lei n.º 61/2008 a deixar evidente quais as esferas de competência dos dois progenitores, vindo o exercício conjunto das responsabilidades parentais a ser imposto apenas quanto às questões de particular importância²⁶².

A jurisprudência, pois, vem definindo os conceitos de “actos de particular importância” e “actos da vida corrente”, como se pode observar no processo sobre regulação das responsabilidades parentais n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1, em que o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu Acórdão em 02/05/2017²⁶³, da lavra do Relator Pedro Brighton, ocasião em que se aduziu a dificuldade em estabelecer-se em abstrato a delimitação entre os atos acima mencionados, uma vez que haveria uma ampla “zona cinzenta” integrada por atos intermediários os quais poderiam em tese ser qualificados como atos usuais, assim como de particular importância, tudo a depender dos costumes de cada núcleo familiar e de acordo com os usos da sociedade num determinado período histórico.

Acentuou-se, todavia, no referido *decisum*, que entre as questões de particular importância poderiam ser destacadas as seguintes: as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de atividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado. Seriam, portanto, acontecimentos raros, em que os dois progenitores teriam necessidade de cooperar

²⁶² OLIVEIRA, Guilherme de, *A 'residência alternada' em Portugal, segundo a Lei n.º: 61/2008*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 155;

²⁶³ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?OpenDocument>. Consultado em 15.03.2019

apenas esporadicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamariam à sua responsabilidade de pais.

Quanto aos atos da vida corrente seriam as decisões referentes à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividades e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contactos sociais; o ato de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espetáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina. Ou seja, seriam decisões que devem ser tomadas com mais frequência e que terão de ser mais rápidas, de modo que ficariam na esfera do progenitor com quem o filho vive, sem necessidade de procurar o consentimento do outro.

Este último regime também será aplicável nas situações em que o filho se encontra com o progenitor com o qual não reside, possuindo esse pai certa margem de liberdade para tomar as decisões quotidianas e rápidas. Na verdade, trata-se de uma liberdade mitigada pois, na forma do art.º 1.906º, n.º 3, *in fine*, do CC, esta liberdade de decidir fica condicionada às “orientações educativas mais relevantes” a que o filho se habituou, que são definidas pelo progenitor com o quem o filho passa mais tempo²⁶⁴. Prevê, ainda, o n.º 4 do art.º 1.906º, a legitimidade do progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente delegar a terceiros tais atos, consagrando-se, a *contrario sensu*, que os atos de particular importância não são passíveis de delegação.

Neste ponto, impõe-se suscitar alguns questionamentos a respeito das alterações promovidas pela Lei n.º 61/08 no que diz respeito às responsabilidades parentais após divórcio, mormente no que se refere a essa divisão de papéis estabelecidas aos progenitores, pois embora se tenha fixado como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais, independente de acordo entre os pais, dando primazia ao princípio da igualdade parental, acabou-se por promover uma distinção infundada entre os mesmos ao estabelecer a necessidade de um progenitor residente, a quem caberia decidir as questões relativas aos atos da vida corrente do filho, devendo o outro progenitor, ou seja, não residente, ao exercer suas responsabilidades parentais, observar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente²⁶⁵.

²⁶⁴ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Francisco de, *Curso de Direito de Família – Volume I. Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 794;

²⁶⁵ No que se refere ao conceito de residência, é de se ter por certo não estar regulado nas responsabilidades parentais, tendo o CCP remetido para o regime legal de domicílio previsto nos art. 82º e seguintes (Seção III – Domicílio). Para o caso das crianças, confira-se o teor do art. 85º, n 1, que preceitua como domicílio do menor o lugar da residência da família e, se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver. Não se pode olvidar, entretanto, que o próprio art. 82º, n. 1, ao tratar do domicílio voluntário geral, dispõe ter domicílio a pessoa no lugar de sua residência habitual e, se residir

Jorge Duarte Pinheiro também levanta críticas a esse respeito, ao aduzir haver apenas uma aparente correspondência entre o exercício comum das responsabilidades parentais que ocorre na constância do matrimónio e o exercício comum após o divórcio, já que, durante o período de vida em comum, qualquer um dos cônjuges teria o poder de tomar decisões relativas a atos da vida corrente do menor, contudo, quando se está diante de rutura da vida em comum, tais decisões incumbem, em tese, a apenas um dos progenitores, ou seja, o progenitor residente.

Segundo o referido jurista português, o divórcio implicaria um padrão de exercício comum mitigado das responsabilidades parentais, agregado às questões de particular importância para a vida do filho, nos termos do n.º 1 do art.º 1.906º do CCP, o que o torna desigual e, materialmente, distinto na medida em que a posição de um dos pais prevalece, nitidamente, sobre a do outro²⁶⁶.

De facto, se a própria Constituição Portuguesa consagrou no art.º 36º, n.º 3, o princípio da igualdade entre os cônjuges, tanto no âmbito do direito material quanto no direito de filiação, estabelecendo a legislação civil, por conseguinte, caber a ambos os pais o exercício das responsabilidades parentais (art.º 1.901º do CC), porquê a divisão entre progenitor residente e não residente? Porquê atribuir a um dos progenitores, no caso, o progenitor residente, o poder de definir as orientações educativas que deverão ser praticadas e observadas em relação ao menor, colocando-o numa posição de superioridade em detrimento do outro progenitor? Entende-se que tais orientações educacionais, diante da sua flagrante relevância para o integral e melhor desenvolvimento do menor, deveriam ser decididas previamente em conjunto por ambos os progenitores.

Cabe, por oportuno, tecer alguns comentários comparativos entre a legislação brasileira e portuguesa, tendo em vista a manifesta distinção de tratamento acerca da regulação das responsabilidades parentais ou, no caso do Brasil, do poder familiar.

A primeira delas diz respeito à diferenciação que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro entre guarda e poder familiar. Dessa forma, conforme já analisado anteriormente, ainda que houvesse deferimento de guarda unilateral, o poder familiar não era exclusivo do guardião, considerando que o CCB atual (2002), seguindo a mesma linha do código anterior (1916), previa que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alterariam as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos, ou seja, a alteração dar-se-ia apenas no aspeto da guarda do filho.

alternadamente, em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. Ou seja, a possibilidade de criança possuir dois domicílios, onde viva alternadamente, é albergada pela legislação civil, portuguesa, conforme se viu acima.

²⁶⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 294;

Não obstante as críticas já expostas no que se refere aos efeitos da guarda unilateral, o facto é que a legislação brasileira estabelece que, mesmo em caso de guarda unilateral, o poder familiar pertenceria a ambos os pais. As decisões importantes da vida do filho poderiam, em tese, ser decididas por ambos os progenitores, independente da forma de guarda adotada. Diz-se, em teoria, uma vez que, embora houvesse tal previsão legal, a prática demonstrou que aquele que exercia a guarda unilateral acabava por exercer isoladamente grande parte dos atributos do poder familiar.

Já na legislação portuguesa, percebe-se que o conceito de guarda, mantido até a edição de Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, estava intimamente ligado ao exercício das responsabilidades parentais. Aquele a quem o filho fosse confiado, ou seja àquele que exercesse a guarda do menor, era o único responsável pelo exercício do poder paternal, agora denominado de responsabilidades parentais.

Talvez por essas razões, a legislação brasileira tenha previsto a possibilidade de acordo dos pais em relação ao estabelecimento da guarda unilateral, já que a titularidade e o exercício do poder familiar permaneceriam com ambos os pais. Já na legislação portuguesa, o exercício unilateral das responsabilidades parentais está, atualmente, limitado aos casos em que o exercício comum for julgado contrário aos interesses do menor (art.º 1.906º, nº 2).

Além disso, a legislação portuguesa preferiu não utilizar mais o termo “guarda”, passando a distinguir atos de particular importância e atos da vida corrente. Estabelecendo um paralelo entre os dois ordenamentos, pode concluir-se que os atos da vida corrente cabem ao progenitor “residente” ou “guardião”, no caso brasileiro, embora os atos de particular importância, que envolvem o próprio conteúdo das responsabilidades parentais, ou poder familiar na nomenclatura brasileira, serão decididos por ambos, o que sempre ocorria na legislação brasileira, desde o código anterior. Contudo, conforme fartamente ressaltado, tal não se deu na prática, pois havia uma certa confusão entre guarda e poder familiar, comportando-se o guardião como único e exclusivo detentor do poder familiar.

Ainda em relação a Portugal, é de se constatar que, embora se tenha retirado da legislação o conceito de guarda, a adoção pela nova lei do termo “progenitor residente” em muito se aproxima do anterior conceito, considerando que o progenitor com quem o filho habitualmente reside caberá exercer as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente, o que era também exercido pelo progenitor guardião, além de atualmente ter o poder de definir as orientações educativas mais relevantes, as quais deverão ser observadas pelo progenitor não residente²⁶⁷.

²⁶⁷ Tal observação também se fez presente na obra *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, de Ana Teresa Leal e outros, quando aduzem: *Acontece que a determinação da residência do filho arrasta consigo a designação do progenitor que passará a exercer as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente daquele. Nesta conformidade, a determinação da residência implica, necessariamente, e à semelhança do que sucedia com a*

Nesse momento, imprescindível se faz, para melhor entendimento da matéria, analisar a forma como a legislação portuguesa trata da residência do menor, após divórcio dos pais e/ou separação de bens e pessoas.

A norma do art.1.906º n.º 5 estabelece que o Tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, levando-se em consideração todas as circunstâncias relevantes. Por exemplo, o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro²⁶⁸. A intenção da lei em estabelecer a preferência pelo “progenitor amigável” objetivou a manutenção da relação de grande proximidade com o outro progenitor, considerando o poder de decisão do guardião físico (progenitor residente) na concretização do direito da criança em usufruir da presença e cuidados de ambos os pais e da sua família de origem²⁶⁹.

Por conseguinte, a Lei determinou ao Tribunal fixar uma residência para a criança, em conformidade com os seus interesses, além de definir o tempo de contacto do filho com o progenitor com quem a criança não vai residir, oportunidade em que seriam definidos os direitos de visita do outro progenitor, dando-se relevância ao conceito de residência para significar o que seria a “guarda física”, ou cuidado do menor²⁷⁰.

Ademais, como visto acima, o legislador estabeleceu um novo fator de ponderação pelo Tribunal, ao decidir quem seria o progenitor residente, ou seja, a quem a criança fosse confiada. Ao Tribunal caberia elucidar qual dos progenitores se mostraria emocionalmente mais disponível a promover e incentivar relações habituais (visitas) da criança com o progenitor não residente, critério este, originário dos EUA, designado por *friendly parent provision*²⁷¹.

atribuição da guarda, um juízo acerca das capacidades e demais condições do progenitor que passará a ter o filho a residir consigo, porquanto a convivência e os cuidados diários com aquele são os que exigem uma maior disponibilidade e capacidade por parte do respectivo progenitor. In LEAL, Ana Teresa, et al., Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, 2ª edição, revista, actualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 63.

²⁶⁸ Esse último fator tem inspiração da Lei da Califórnia, a qual também serviu de base para as alterações da legislação francesa, eis que foi pioneira na atribuição dos poderes de exercício conjunto das responsabilidades parentais. É o que se depreende do seguinte excerto do California Family Code, Chapter 2. Matters to be considered in granting custody. Section 3040 (a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in Sections 3011 and 3020: (1) **To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing with Section 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent (...).** Disponível em <https://law.justia.com/codes/california/2007/fam/3040-3048.html>. Consultado em 18/03/2019.

²⁶⁹ SILVA, Joaquim Manuel, *A residência alternada. O direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais* in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 177;

²⁷⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *A 'residência alternada' em Portugal, segundo a Lei n.º: 61/2008*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 156;

²⁷¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p 67;

A partir das disposições acima destacadas, depreende-se que a legislação portuguesa, ao mesmo tempo em que introduziu, como regime regra, o exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância, continuou, claramente, a prestigiar o antigo modelo até então vigente de residência habitual com um dos progenitores. Assim, cabe, ao outro, os direitos de visita, ou seja, manteve a forma tradicional de residência da criança após o divórcio.

Retoma-se a questão anteriormente levantada: se as responsabilidades serão exercidas em conjunto, por que há necessidade de ser fixada pelo Tribunal uma residência? Porquê falar em “visitas”, direito este que se reporta à anterior situação de guarda exclusiva, quando, na verdade, no âmbito do exercício em conjunto, o ideal seria falar em convivência? Afinal, pai não deve apenas “visitar” o filho, mas sim conviver com ele, e ter uma postura mais participativa em sua vida, o que não é possível num simples regime de visitas²⁷².

Ao invés da nomenclatura “regime de visitas” que permaneceu mesmo com as alterações promovidas pela Lei n.º 61/2008, melhor seria tratar como regime de convivências, o qual deveria ser estabelecido da forma mais ampla possível para possibilitar a vivência entre o progenitor e o filho²⁷³.

Continuando a análise do art.º 1.906º, para aquele progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais, a lei estabeleceu o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho (art.º 1.906º, n.º 6). Ou seja, consagrou-se o direito do progenitor não guardião, total ou parcialmente, de ser informado pelo guardião sobre os aspetos relacionados com o exercício das responsabilidades parentais, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho, consagrando a necessidade dos pais em funcionarem como um casal parental, envolvendo-se ambos na educação do filho²⁷⁴.

Chega-se, então, à última disposição do art.º 1.906º, seu n.º 7, que sustenta claramente a flexibilidade das soluções anteriormente expostas, pretendendo fomentar o amplo convívio do filho com os dois progenitores, ao prever que o Tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e

²⁷² O Juiz Paulo Guerra comunga deste mesmo entendimento, ao preferir utilizar a expressão “convívio” (ou em organização dos tempos da criança” em vez de falar em “visitas”, alegando assumir tal direito uma forte componente emotiva e uma carga afetiva que não se pode deixar de lado. Ver GUERRA, Paulo, *O regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais em Portugal*, in ANCIÃES, Alexandra e AGULHAS, Rute e CARVALHO Rita, *Divórcio e Parentalidade – Diferentes Olhares – Do direito à Psicologia*, Lisboa: Edições Sílabo, 2018, p. 45/46.

²⁷³ A título de comparação, ressalte-se que a legislação brasileira adotou a expressão “períodos de convivência” ou “tempo de convívio” para os casos de aplicação de guarda compartilhada, utilizando a expressão “direito de visitas” apenas para os casos do pai ou da mãe em cuja guarda não estejam os filhos, conforme se vê, respetivamente, do art.º 1.583, §2º, 1.584, §3º e 1.589 do CC.

²⁷⁴ SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 52;

aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

Eis aqui o sustentáculo jurídico para a implementação da residência alternada em Portugal, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na medida em que o Tribunal poderá homologar acordos nesse sentido ou até mesmo decidir um regime mais amplo de repartição do tempo de convivência com ambos os progenitores, com partilha das responsabilidades parentais²⁷⁵.

Na visão de Guilherme de Oliveira, o regime básico de convivência proposto pela Lei n.º 61/2008 refere-se, explicitamente, ao modelo tradicional, no qual a criança vive, habitualmente, com um progenitor e o outro exerce direitos de visita, tal como preconizado no art.º 1.906º n.º 5 do CC. No entanto, procurou-se, claramente, promover uma partilha crescente de tempos de contactos do (s) filho (s) com ambos progenitores, ao ditar que o Tribunal deve fixar a residência do filho segundo o critério da disponibilidade para promover relações habituais com o outro progenitor. Por outro lado, a norma fundamental do regime apresenta uma certa flexibilidade, ao se determinar no n.º 7 do art.º 1.906º do CC que o tribunal decidirá sempre em harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos²⁷⁶.

A lei portuguesa, portanto, prevê dois regimes de residência para a criança após o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens: a possibilidade de se fixar uma residência única, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, determinando a figura do “progenitor residente” a partir dos critérios definidos no art.º 1.906º n.º 5; ou a alternância de residências, em que a criança reside alternadamente com cada um dos progenitores, que partilham o tempo de convivência do filho, o que permite a todos a vivência e a construção de um quotidiano comum²⁷⁷. É certo que, nos casos em que for fixado o exercício unilateral das responsabilidades parentais, a residência será estabelecida tão-somente com o progenitor guardião.

Pois bem, nos casos em que for aplicada a residência alternada, entende-se ser desnecessária a indicação do progenitor residente. A criança passaria a viver com ambos, alternadamente, em períodos de tempo que não necessitam ser exatamente iguais, sendo relevante uma efetiva vivência e tempo

²⁷⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *A 'residência alternada' em Portugal, segundo a Lei n.º: 61/2008*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 162;

²⁷⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *A 'residência alternada' em Portugal, segundo a Lei n.º: 61/2008*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 158;

²⁷⁷ PERQUILHAS, Maria, *O Exercício das responsabilidades parentais*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68.

suficiente com cada um dos pais, para que a criança possa desenvolver ou manter um verdadeiro quotidiano ou partilha de vida do dia-a-dia com ambos²⁷⁸. Além disso, conforme elucidou a Juíza Maria Perquilhas, no tempo em que a criança vive com um dos seus progenitores, este é o responsável pela prática de todos os atos atinentes à satisfação das suas necessidades, ou seja, os atos da vida corrente, sendo responsável exclusivo pelo seu exercício, cabendo ao outro progenitor o direito de fiscalização, além de ter o direito a convivência com a criança, sendo ambos responsáveis e competindo aos dois a decisão relativa a questões de particular importância da vida da criança²⁷⁹.

Na hipótese, portanto, de aplicação da alternância de residências, no contexto do exercício comum das responsabilidades parentais, é clarividente a equivalência de posição de ambos os progenitores, não havendo qualquer hierarquia na tomada de decisões do quotidiano da vida criança, ou necessidade de um progenitor observar as supostas orientações educativas mais relevantes determinados pelo outro.

Contudo, há quem defenda que a lei impõe a fixação de uma residência habitual ao filho, o que significaria uma proibição de um regime de residência alternada, tal como se observa das manifestações do Ministério Público nos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de junho de 2012, 28 de junho de 2012, 18 de março de 2013 e 09 de maio de 2013²⁸⁰.

Nesse ponto, é forçoso mencionar a posição da digníssima jurista portuguesa, Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional, Maria Clara Sottomayor, para quem a expressão utilizada pelo art.º 1.906º do CCP, atinente ao “exercício conjunto das responsabilidades parentais”, refere-se somente à questão jurídica de saber a quem compete a tomada de decisões relativas aos assuntos de particular importância do filho, tendo a lei, nesse ponto, estipulado que tais decisões devam ser tomadas de comum acordo (art.º 1.906º, n.º 1).

Entretanto, salienta a magistrada que esta norma de exercício conjunto não abrange a fixação de uma dupla residência da criança, nem quer significar a imposição legal de uma relação frequente desta com ambos os pais. E conclui, ao afirmar que:

Deste princípio não se pode deduzir qualquer decisão legislativa favorável à partilha do tempo da criança entre ambos os pais, nos moldes de uma alternância de residência. Inclusivamente, este princípio do exercício conjunto é compatível com o modelo tradicional

²⁷⁸ PERQUILHAS, Maria, *O Exercício das responsabilidades parentais*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68/69.

²⁷⁹ Ob. Cit. p. 69.

²⁸⁰ Respetivamente, Proc. 2526/11.1TBRR.L1-1, Proc.33/12.4TBRR.L1-8, Proc. 3500/10.0TBRR.L1-6, Proc. 1297/12.9TBRR.L1-8, disponível em www.dgsi.pt. Consultado em 25 de março de 2019.

da guarda única, residência da criança com um dos pais e direito de visita do outro, em fins-de-semana alternados.²⁸¹

Acrescenta, Sottomayor, que os modelos que permitem uma relação frequente da criança com ambos os pais e os acordos de partilha de responsabilidades parentais, para além do que estipula o art.º 1.906º, n.º 1, estão consagrados no art.º 1.907º, n.º 7, contudo, estariam limitados aos casos em que os pais estejam de acordo, embora o juiz assuma um papel conciliador relevante na determinação do conteúdo dos acordos.

Analisando as diversas doutrinas portuguesas já destacadas nesta investigação, deve concluir-se que o posicionamento adotado pela digníssima magistrada é um tanto isolado, sendo contrário, inclusivamente, às orientações expostas pelo Conselho da Europa no âmbito da Resolução n.º 2079 (Parliamentary Assembly, 2 de outubro de 2015²⁸²), a qual, no ponto 5.5., solicitou aos Estados membros que introduzissem o princípio da residência alternada no seu ordenamento jurídico, o que evidencia a relevância conferida ao princípio, o qual deve tornar-se um fundamento das políticas de famílias europeias.

Outrossim, é hoje pacífico e majoritário o entendimento de que o regime da alternância de residências, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, pode ser imposto aos pais pelo Tribunal, sempre que corresponda ao superior interesse da criança, consoante será analisado de uma forma mais profunda no tópico a seguir.

Enfim, perante todas as disposições legais outrora elencadas, apesar de ter ocorrido um grande avanço ao estabelecer-se, como regime regra, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, independente da existência de acordo dos pais, verifica-se que a legislação portuguesa ainda alberga o costume tradicional de se fixar uma única residência para a criança, sendo evidente que a prática judiciária dá preferência materna na escolha do progenitor residente.

É possível, ainda, vislumbrar que a equivalência ou igualdade de atribuições aos pais, após o divórcio, não se observou em todos os aspetos, dado ser conferido ao progenitor residente um aparente poder de decisão mais amplo a respeito da vida da criança, ou uma maior capacidade de interferência em relação ao progenitor não residente. Assim, apresenta-se, de certa forma, incompatível com o princípio da igualdade estabelecido no art.º 36º, n.º 3 da Constituição Portuguesa.

²⁸¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p 71;

²⁸² Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22220>. Consultado em 25 de março de 2019;

Não obstante as contradições acima, a legislação de Portugal avançou e abriu o caminho para a prática da alternância de residências da criança após divórcio ou separação de pessoas e bens, ao dispor no art. 1.906º, n.º 7 do CCP, com a redação conferida pela Lei n. 61/2008, a possibilidade do Tribunal em decidir sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, ao promover e aceitar acordos ou ao tomar decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

Nesse contexto, é importante examinar como os Tribunais Portugueses têm se posicionado a respeito da residência alternada da criança após separação dos pais, o que será realizado no tópico a seguir.

3.3 A fixação da residência do (s) filho (s) no pós-divórcio: posição dos Tribunais Portugueses acerca da residência alternada

3.3.1 Breve exame do contexto processual em que se insere a regulação das responsabilidades parentais.

Antes de entrar numa análise mais detida acerca da forma como os Tribunais Portugueses têm vindo a decidir sobre a residência da criança, em especial, no que tange à aplicação da alternância de residências após o divórcio, é mister fazer uma breve análise do caminho processual que se poderá seguir no caso da regulação das responsabilidades parentais.

Na forma do art.º 3º, alínea c, da Lei n.º 141/2015²⁸³, de 08 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC) e revogou o regime anterior²⁸⁴, constituem providências tutelares cíveis a regulação das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeito. Trata-se de processo de jurisdição voluntária, pelo que o Tribunal não está sujeito à legalidade estrita, devendo antes adotar, em cada caso, a solução que julgue mais conveniente e oportuna, que responda a um único interesse: o da criança (art.º 12º do RGPTC e art.º 987º do Código de Processo Civil)²⁸⁵.

²⁸³ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&so_miolo=. Consultado em 27 de março de 2019;

²⁸⁴ Nos termos do art.º 6º da Lei n.º 141/2015, houve a revogação da Organização Tutelar de Menores (OTM), Decreto-Lei n.º 314/78, norma que conduzia os processos de regulação das responsabilidades parentais até então.

²⁸⁵ Consoante asseverou Helder Martins Leitão, no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais vigora a liberdade de opção casuística pelas soluções de conveniência e oportunidade, ao invés da estrita obediência a regras normativas de juridicidade, como ocorre nos processos de jurisdição contenciosa. In LEITÃO, Helder Martins, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado artigo a artigo*, Porto: Librum Editora, 2016, p. 68;

Consoante Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 338/XII²⁸⁶, depois aprovada como Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, o novo Regime teria como principal motivação introduzir maior celeridade, agilização e eficácia na resolução dos conflitos decorrentes da rutura conjugal, através da racionalização e da definição de prioridades quanto aos recursos existentes, em benefício da criança e da família. Assim, o regime processual inaugurado a partir da Lei n.º 141/2015 possui, como princípios orientadores: a simplificação instrutória e oralidade; consensualização, audição e participação da criança²⁸⁷, na forma do art.º 4.º do RGPTC, em contraposição ao regime anterior que possuía procedimentos mais demorados, pouco simplificados, o que só agravava a situação do conflito parental.

No que diz respeito à regulação do exercício das responsabilidades parentais e resolução de questões conexas, a lei enquadró tais demandas como processos especiais, na forma do Capítulo III, estabelecendo, inicialmente, que nas hipóteses de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento a que se refere o artigo 1905.º do CCP, a homologação do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais deverá ser requerida por qualquer dos pais, nos 10 dias subsequentes ao trânsito em julgado da sentença proferida na respetiva causa (art.º 34.º, n.º 1, RGPTC)²⁸⁸.

No que diz respeito à tramitação processual, em caso de não haver acordo dos pais, estes serão citados para conferência, ato ao qual estão obrigados a comparecer, sob pena de multa (art.º 35.º, n.º 1 e 4²⁸⁹).

²⁸⁶ Disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/139/2015-05-28/53?pgs=53-71&org=PLC&plcdf=true>. Consultado em 28/03/2019;

²⁸⁷ O direito da criança de ser ouvida em processo judicial no âmbito do qual esteja sendo decidida questão que lhe diga respeito encontra assento no artigo 12 n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada em Portugal em 21 de setembro de 1990, sendo uma das formas de garantir o seu direito de exprimir livremente sua opinião sobre as questões relacionadas a si, em conformidade com sua maturidade e idade. Tal preceito estabelece a participação da criança (sua audição) enquanto um dos 4 pilares da Convenção, a par da não discriminação, direito à vida e ao desenvolvimento. No âmbito do direito nacional, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, como visto acima, assegura em seu artigo 4.º, como um de seus princípios orientadores, a audição e participação da criança, segundo o qual o menor com capacidade de compreensão sobre os assuntos em discussão, levando-se em consideração a sua idade e maturidade, é sempre ouvido sobre as decisões que lhe digam respeito, o que foi uma relevante e necessária adaptação do ordenamento jurídico português às orientações internacionais sobre o tema.

²⁸⁸ É de se ter por certo que a legitimidade ativa, além dos progenitores, também pertence ao Ministério Público, à criança maior de 12 anos, aos irmãos e representantes legal da criança (art.º17.º do RGPTC), ou a qualquer pessoa a quem caibam as responsabilidades parentais (43.º, n.º 3, RGPTC).

²⁸⁹ Apenas nos casos taxativos estabelecidos no n.º4 é que os pais podem não comparecer pessoalmente, isto é, podem fazer-se representar através de mandatário judicial ou por seus ascendentes ou irmãos, com poderes especiais para tal fim, quando impossibilitados de comparecer ou residam fora do município da sede da instância central ou local, onde a conferência se realize, podendo, nestes casos serem ouvidos através de teleconferência a partir do núcleo da secretaria da área de sua residência.

O objetivo de tal conferência é avaliar que tipo de conflito e interesses estão em causa, através da recolha de prova pelos meios indicados no art.º 21º do RGPTC²⁹⁰. Avaliando-se a existência de tensão parental, mesmo que exista acordo, o Tribunal poderá entender haver necessidade de intervenção, encaminhando os pais para uma “audição técnica especializada” e/ou mediação das partes, nos termos previstos no art.º 23º e 24º do RGPTC (art.º 21º, n.º 1-B, RGPTC).

É nessa fase do processo que está prevista a audição da criança pelo Tribunal, podendo ser realizada com aquelas que possuam 12 anos ou menos, desde que tenham a capacidade de compreender os assuntos em discussão. Para isso, deve ter-se em atenção a sua idade e maturidade²⁹¹, havendo a ressalva de que tal ato não ocorrerá se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar (art.º 35º, n.º 3, RGPTC).

Em qualquer fase do processo, o juiz também poderá auxiliar-se de assessoria técnica externa, nomeadamente, psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, para que se realize um exame específico, ou prestem esclarecimentos adicionais, considerando a complexidade de algumas diligências a serem

²⁹⁰ Artigo 21.º Instrução

1 - Tendo em vista a fundamentação da decisão, o juiz:

- a) Toma depoimento às partes, aos familiares e outras pessoas cuja relevância para a causa reconheça, designadamente, pessoas de especial referência afetiva para a criança, ficando os depoimentos documentados em auto;
- b) Ordena, sempre que entenda conveniente, a audição técnica especializada e ou mediação das partes, nos termos previstos nos artigos 23.º e 24.º;
- c) Toma declarações aos técnicos das equipas multidisciplinares de assessoria técnica;
- d) Sem prejuízo da alínea anterior, solicita informações às equipas multidisciplinares de assessoria técnica ou, quando necessário e útil, a entidades externas, com as finalidades previstas no RGPTC, a realizar no prazo de 30 dias;
- e) Solicita a elaboração de relatório, por parte da equipa multidisciplinar de assessoria técnica, nos termos previstos no n.º 4, no prazo de 60 dias.

2 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o tribunal notifica o técnico com a antecedência mínima de 10 dias, remetendo-lhe toda a informação relevante constante do processo.

3 - As entidades públicas e privadas têm o dever de colaborar com o tribunal, prestando as informações de que dispõem e que lhes forem solicitadas.

4 - Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior, as entidades públicas e privadas colaboram com as equipas multidisciplinares de assessoria técnica, disponibilizando a informação relevante que lhes seja solicitada.

5 - Só há lugar a relatório nos processos e nos casos expressamente previstos no capítulo seguinte, quando a sua realização se revelar de todo indispensável depois de esgotadas as formas simplificadas de instrução, nomeadamente se forem insuficientes os depoimentos e as informações a que se referem as alíneas a), c) e d) do n.º 1.

6 - O despacho que ordena o relatório deve circunscrever o seu objeto.

²⁹¹ A este propósito, as diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, prestam um contributo importante ao afirmar que ao fazerem referência ao termo idade e maturidade, e compreensão suficiente, não se está exigindo que a criança tenha plena noção sobre absolutamente todos os aspetos que estão sendo tratados, mas que tenha um determinado nível de compreensão, e que tenha o direito de se expressar de forma livre, sem qualquer tipo de pressão ou manipulação. Disponível em <https://rm.coe.int/16806a45f2>. Consultado em 29/03/2019. Dessa forma, entende-se ser esta a interpretação a ser dada à legislação portuguesa em análise, quando se reporta aos critérios de idade e maturidade da criança no procedimento de sua audição;

adotadas, sempre com o intuito de melhor salvaguardar e interpretar os superiores interesses da criança²⁹², conforme consta do art.º 22º do RGPTC.

Verifica-se, portanto, a importância da audiência técnica especializada introduzida pela lei. Esta tem como intuito o duplo propósito de enriquecer e agilizar a instrução, colacionando aos autos uma avaliação diagnóstica das competências parentais, e potenciando a disponibilidade das partes para o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que melhor salvaguarde o interesse da criança²⁹³.

É notório que a lei priorizou, na resolução de conflitos parentais, a audiência técnica especializada das partes, assim como a mediação familiar²⁹⁴, mecanismo alternativo de resolução de conflitos adequado às solicitações decorrentes de relações familiares, já que possibilita a que as próprias partes encontrem uma solução consensual, através do seu esforço conjunto²⁹⁵.

Pois bem, a lei preconiza que, se ambos os pais estiverem presentes ou representados na conferência, ocasião em que, diga-se, sempre deverá estar presente o Ministério Público (art.º 17º, n.º 3, RGPTC), mas não chegarem a acordo que seja homologado, o juiz deverá decidir, provisoriamente, sobre o pedido em função dos elementos já obtidos, suspendendo a conferência e remetendo as partes: mediação familiar (máximo de 3 meses) ou a audiência técnica especializada (máximo de 2 meses), consoante art.º 38º do RGPTC. Contudo, deverá, desde já fixar um regime provisório, tendo em consideração os interesses da criança (art.º 37º, n.º 5, RGPTC), podendo ser adotado, inclusivamente, o regime de alternância de residências, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais²⁹⁶.

²⁹² RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível- Anotado e Comentado*, 1ª edição-Reimpressão, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2016, p. 70-71;

²⁹³ Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/139/2015-05-28/54?pgs=53-71&org=PLC&plcdf=true>. Consultado em 28 de março de 2019;

²⁹⁴ No que tange a esta forma de resolução extrajudicial de conflitos, merece ser destacado o recente Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, do Secretário de Estado da Justiça, que regulamenta a atividade do Sistema de Mediação Familiar, e aprova o Regulamento dos Procedimentos de Seleção de Mediadores para prestar Serviços de Mediação no Sistema de Mediação Familiar, revogando o Despacho n.º 18.778/2007, de 22 de agosto. Ademais, nos termos do art.º 2º, n.º 1 do referido Despacho Normativo, o Sistema de Mediação Familiar (SMF) rege a sua atividade pelos princípios gerais consagrados na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que, para além de estabelecer tais princípios aplicáveis à mediação realizada em Portugal, dispõe sobre os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Frise-se que, no que diz respeito à audiência técnica especializada, esta modalidade de intervenção não possui enquadramento legal próprio, mas encontra suas bases na própria lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que dispõe sobre o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, em especial, às disposições constantes do art.º 23º do RGPTC.

²⁹⁵ CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 11;

²⁹⁶ Sobre este ponto, cumpre esclarecer que as decisões proferidas provisoriamente podem ser alteradas a todo o tempo, tal como elucidado por Anabela Pedroso, podendo estipular regimes de convivência com determinado prazo de validade, ou seja, com duração previamente estabelecida, cuja escopo é analisar competências efetivas e concretas para o exercício da parentalidade ou formas de execução desse regime, no tocante, *v.g.* aos convívios/contactos pessoais/visitas ou à residência alternada, consubstanciando-se tal regime provisório no meio hábil de se atestar, na prática, a validade da execução de um regime, de modo a permitir dirimir algumas dúvidas porventura existentes acerca da sua adequação no caso concreto. *In* PEDROSO, Anabela, *O Regime*

Caso não se tenha obtido acordo, após a fase de mediação ou audição técnica especializada, as partes são notificadas para apresentarem alegações ou arrolarem testemunhas, passando-se, portanto, à fase de instrução e julgamento, na forma dos art.º 29º e 38º e seguintes do RGPTC. Deve ainda, ressaltar-se que, em caso de sentença, o exercício das responsabilidades parentais é regulado em 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 (art.º 40º, n.º 1, RGPTC).

Além disso, no que se refere ao seu conteúdo, o *decisum* deve estipular o exercício, conjunto ou unilateral, das responsabilidades parentais, respeitantes às questões de particular importância da vida do filho, além de fixar o regime de convívios ou organização do tempo da criança²⁹⁷. Nesse sentido, pode o Tribunal determinar que a execução do referido regime de convívio seja acompanhada pela equipa multidisciplinar de assessoria técnica, ou determinar a sua suspensão quando o interesse da criança assim o determinar.²⁹⁸

Eis um breve panorama acerca do novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, o qual, para além de outras importantes questões, promoveu relevantes alterações no processo de regulação das responsabilidades parentais. A título de exemplo, introduziu princípios como a consensualização, proporcionando, às partes, o acesso a recursos como a audição técnica especializada e a mediação familiar, instrumentos adequados para a resolução de conflitos familiares, além de consagrar como princípios orientadores a audição e participação da criança, a quem deverá ser possibilitada a manifestação nas decisões que lhe digam respeito.

Viu-se, pois, tratar-se de um novo regime que procurou adotar uma maior celeridade, agilização e eficácia na resolução dos conflitos, mediante a racionalização e definição das prioridades em relação aos recursos existentes, tendo em vista os interesses da criança e da família²⁹⁹.

Provisório – Processualismo a seguir e vantagens e desvantagens do regime, II Jornadas de Direito da Família – O direito e a prática forense, E-BOOK, Centro de Estudos Judiciários, Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, 2018, p.53-62;

²⁹⁷ Nesse ponto, vale dizer que a lei ainda utiliza a expressão “regime de visitas”, o que se entende ultrapassado, já que tal expressão remete ao antigo exercício unilateral das responsabilidades parentais, que por muitos anos perdurou como regime regra, a demandar o direito de visitas ao outro progenitor, regime este incompatível com o atual regime regra previsto a partir da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, ou seja, de exercício conjunto das responsabilidades parentais, já que ambos os pais deveriam ter a possibilidade de conviver mais amplamente com seus filhos, conforme já analisado anteriormente.

²⁹⁸ Tais determinações constam do art.º40º e números seguintes da lei 141/2015, de 08 de setembro, detalhados pela Juíza Maria Perquilhas em PERQUILHAS, Maria, *Regulação do Exercício das Responsabilidades parentais no novo Regime Geral do processo Tutelar Cível*, in Jornadas de Direito da Família – As novas leis: desafios e respostas, E-BOOK, Centro de Estudos Judiciários, Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, 2016, p. 25-35;

²⁹⁹ RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível- Anotado e Comentado*, 1ª edição-Reimpressão, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2016, p. 15;

A seguir, analisar-se-á a evolução da jurisprudência portuguesa em relação ao exercício conjunto das responsabilidades parentais (guarda conjunta/compartilhada) com alternância de residências, à luz de acórdãos de diferentes Tribunais da Relação, observando-se os critérios utilizados para a aplicação, ou não, do referido regime.

3.3.2 Análise da evolução jurisprudencial portuguesa relativa à aplicação da residência alternada da criança após o divórcio.

Em relação ao posicionamento da jurisprudência portuguesa sobre a questão *sub examinen*, observou-se, inicialmente, um entendimento contrário à aplicação da residência alternada por parte do Ministério Público no Tribunal da Relação de Lisboa, conforme já mencionado anteriormente, sob o argumento de que, no tocante à regulação das responsabilidades parentais, a lei estaria a mostrar que o legislador não quis permitir aquilo que seria, vulgarmente, designado por “guarda alternada³⁰⁰”, ou seja, o facto da criança viver com cada um dos progenitores durante um período de tempo idêntico (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de junho de 2012, processo n.º33/12.4TBBRR.L1-8, relatora Ana Luísa Geraldes³⁰¹).

Ou seja, o *Parquet* defendia que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro não teria admitido a possibilidade da referida “guarda alternada”, mas sim teria em mente a tradicional “guarda única ou singular”.

Tendo em vista o recurso formulado pelo Ministério Público no corpo do supramencionado processo, o Tribunal da Relação de Lisboa manifestou-se sobre o tema, trazendo conceitos importantes e determinando o alcance da norma contida no art.º 1.906º, advinda da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, ao clarificar os respetivos institutos da guarda conjunta e guarda alternada, afirmando, o primeiro, como sendo a assunção conjunta das responsabilidades e tomadas de decisões pelos progenitores das crianças e, considerando que já não mais viviam juntos, a criança passaria períodos ora com um, ora com outro, nos termos em que ambos os progenitores, em conjunto e de comum acordo, assim o decidirem³⁰².

³⁰⁰ Nota-se, aqui também, como será demonstrado mais a frente, uma clara confusão entre os conceitos de guarda alternada com guarda conjunta/compartilhada com alternância de residências.

³⁰¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/itr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>. Consultado em 01/04/2019;

³⁰² *Ob cit.*

Expõem que o facto de a criança residir ora com um, ora com outro dos progenitores, não lhe retira a natureza da guarda conjunta, porquanto o que releva é a realidade que lhe subjaz: a da partilha e compartilhamento da responsabilidade parental por ambos os pais relativamente a todas as decisões que envolvem a vida do seu filho.

Já em relação à guarda alternada, esta implicaria alternância de residências, por certos períodos, contudo se consubstanciaria em efetiva alternância, ou seja, sem a comunicação entre os pais, uma vez que nesse tipo de guarda cada progenitor decidiria, à sua maneira, por sua iniciativa e independentemente do outro, o que seria melhor para o filho durante esse período em que possui a guarda do menor, sem necessidade de auscultar a opinião do outro.

Assim sendo, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que o acordo que obteve decisão favorável do Tribunal *a quo*, no sentido de se estabelecer a residência alternada, no âmbito da guarda conjunta, não colide com o preceituado no art.º 1906º do CC, na redação introduzida pela Lei nº 61/2008, de maneira que reputou como incompreensíveis as razões de insurgências do MP.

Deve destacar-se que, atualmente, o posicionamento da Procuradoria-Geral da República é favorável à aplicação da residência alternada, conforme manifestado no Parecer elaborado pelo Gabinete da Conselheira Procuradora-Geral da República sobre a Petição n.º 530/XIII/3³⁰³. Aduz, ainda, ser pacificamente aceite que, embora não haja, atualmente, na lei expressa regulação da residência alternada, não existe a proibição da sua fixação, por acordo ou decisão judicial, não estando, ainda, subordinada imperativamente à verificação de quaisquer circunstâncias isoladas ou cumulativas³⁰⁴.

Prosseguindo a análise jurisprudencial, deve mencionar-se a visível divergência entre os Tribunais na aplicação da residência alternada, em relação à questão da necessidade, ou não, de estarem de acordo os progenitores, bem como no que concerne ao facto da tenra idade do menor. Tomam-se como exemplos o Acórdão do Tribunal da Relação de Porto-TRP, de 13/05/2014, processo n.º

³⁰³ A referida petição, de autoria de Ricardo Simões, Presidente da Associação Portuguesa para Igualdade Parental e defesa dos direitos dos filhos (APIPDF), datada de 17/07/2018, tem o objetivo de sugerir à Assembleia da República Portuguesa que proceda à alteração do CCP no sentido de estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para criança cujos pais e mães se encontrem em processo de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 01.04.2019;

³⁰⁴ Conforme aduzido no Ofício n.º 288547, de 08-10-2018 – DA n.º 11981/18, disponível em ~

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738764d5445774e7a6c6a5a5467745a6a45314e5330304d7a64684c546c6a595759744d7a426b4e5451795a54466c5a5464684c6e426b5a673d3d&fich=11079ce8-f155-437a-9caf-30d542e1ee7a.pdf&Inline=true>.

5253/12.9TBVFR-A.P1, Relator Rodrigues Pires³⁰⁵, e o Acórdão do Tribunal de Lisboa-TRL, de 07/08/2017, nos autos de n 835/17.5T8SXL-A-2, Relator Pedro Martins³⁰⁶.

No primeiro *decisum*, em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais, entendeu-se que a fixação da “guarda alternada³⁰⁷”, em que o filho ficaria a residir alternadamente com cada um dos progenitores por períodos idênticos, apesar de apresentar inconvenientes relacionados à estabilidade, poderia ser adotada se os progenitores, acordando nesse sentido, demonstrarem uma inequívoca vontade de cooperar e de superarem as diferenças pessoais. Não houve a aplicação, contudo, no caso em análise, uma vez que o menor tinha tenra idade (*in casu*, 5 anos), e existia um clima de animosidade entre os pais.

Por outro lado, o Acórdão do Tribunal de Lisboa-TRL, de 07/08/2017, Relator Pedro Martins³⁰⁸, também em sede de regulação das responsabilidades parentais, posicionou-se no sentido de que, no exercício comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, os pais poderiam estar em desacordo em relação à residência do filho. Nesse caso, o Tribunal poderia decidir, se isso fosse do interesse da criança, pela residência alternada com cada um dos pais por certo período de tempo, quando então as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho seriam exercidas por aquele dos pais com quem o filho estivesse a residir nesses períodos. Além disso, apesar da tenra idade do filho, o Tribunal referiu que se nada houver contra ou a favor de nenhum dos progenitores, como no caso (em que apenas há um pequeno fator a pesar mais a favor do pai, qual seja a sua maior disponibilidade), não se deveria determinar a residência do filho com a mãe apenas por ele ter uma ‘tenra’ idade, no caso 20 meses.

É forçoso destacar, neste ponto, o entendimento da magistrada Maria Clara Sottomayor³⁰⁹ para quem a residência alternada não deve ser aplicada em casos de criança com tenra idade. Nesse sentido, argumenta que os resultados da investigação científica indicariam que, para as crianças em idade pré-escolar, sobretudo antes dos 4 anos, a residência alternada não deveria ser decretada, *por implicar desorganização da vinculação com ambos os pais, e, para crianças entre os 4 e os 10 anos, por*

³⁰⁵ Disponível em www.dgsi.pt, consulta em 01/04/2019.

³⁰⁶ Disponível em www.dgsi.pt, consulta em 01/04/2019.

³⁰⁷ É imperioso mencionar, a partir da leitura do acórdão, que o Relator confunde os conceitos de guarda conjunta com residência alternada e guarda alternada, sendo oportuno ressaltar que o Recorrente, pai da criança, buscava alteração da regulação das responsabilidades parentais, com vistas a ser implementada a guarda conjunta, com alternância de residências, contudo o Relator, embora tenha estabelecido que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância fossem exercidas em comum por ambos os progenitores, não permitiu a alternância de residência, por atribuir tal circunstância à guarda alternada, o que seria inaplicável no caso, diante da tenra idade do menor e do clima de animosidade entre os progenitores.

³⁰⁸ Disponível em www.dgsi.pt, consulta em 26/11/2017.

³⁰⁹ A análise dos posicionamentos doutrinários contrários à aplicação do instituto será realizada com mais afinco no próximo item.

*apresentar, quando existem conflitos entre os pais, vários inconvenientes para a sua estabilidade e para a saúde física e psíquica*³¹⁰.

Pois bem, analisando-se mais atentamente os argumentos aduzidos no Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, em que foi mantido o regime de visitas e a determinação da residência habitual da criança junto de um dos progenitores, não sendo aplicada, portanto, a residência alternada, conforme requerido em sede de Apelação pelo progenitor do menor, constata-se os seguintes fatores: a) a tenra idade da menor, aderindo ao critério que entendia ser a mãe, por razões biológicas e sociológicas, o progenitor mais apto a cuidar dos filhos, e a satisfazer as suas necessidades físicas, emocionais e psicológicas, sobretudo nos seus primeiros anos de vida³¹¹. Além disso, comprovou-se nos autos ter a progenitora, supostamente, melhores condições de cuidar da criança, possuindo, por exemplo, mais proximidade com o estabelecimento de ensino, tendo sempre assumido as questões de saúde, além de promover um convívio alargado do pai com a criança. Alegou-se, ainda, que o pai, por sua vez, nunca tinha procurado falar, sequer, com a educadora do filho. Nesse contexto, onde sobressai a participação da progenitora na vida do filho, decidiu manter-se a decisão de 1º grau no sentido de confiar o menor à sua guarda e cuidados, atribuindo-se a residência do filho junto à progenitora, em detrimento do requerimento do genitor de fixação de residência alternada, buscando maior contacto com a criança.

A partir da *ratio decidendi* do referido Acórdão, é de concluir não haver qualquer erro de conduta a ser imputada ao progenitor, que o impedisse de ser fixado o regime de alternância de residências, tendo sido apurado apenas que a genitora, durante a existência da vida em comum, tinha exercido com mais êxito as responsabilidades parentais. Além disso, teve-se em conta a idade da criança, que possuía apenas 5 anos de idade, entendendo-se, portanto, que a residência fixa seria a que melhor atenderia ao interesse do menor.

O Tribunal afirmou, ainda, que a “guarda partilhada” sugerida pelo pai, recorrente, foi afastada na sentença de 1º grau em virtude do quadro de animosidade existente entre o pai e a genitora. E foram demonstrados os eventuais inconvenientes que permeiam a residência alternada, baseado nos estudos de Maria Clara Sottomayor, tais como: comprometimento do equilíbrio da criança, da estabilidade do seu quadro de vida e da continuidade e unidade da sua educação, pois não garante a colaboração dos pais no interesse da mesma, concluindo que *a forma ideal de guarda conjunta é aquela que, para além da partilha de poderes educacionais e decisórios relativamente à pessoa da criança, envolve a residência*

³¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, p 103;

³¹¹ Posição esta, como visto, adotada pela jurista Maria Clara Sottomayor.

*permanente ou principal da criança junto de um dos pais, mantendo aquela com o outro progenitor contactos prolongados*³¹².

O Tribunal em voga referiu ser imprescindível, para a fixação de duas residências ao menor, a existência de acordo entre os progenitores, o que não havia no caso em concreto. E apontou, nesse mesmo sentido, os acórdãos do TRL de 14/02/2015, proc. 1463/14.2TBCSC.L1-8, assim como do TRP de 28/06/2016, proc. 3850/11.9TBSTS-A.P1 e o ac. do TRG de 12/01/2017, proc. 996/16.0T8BCL-D.G1.

Já o Acórdão de 07/08/2017 do Tribunal de Relação de Lisboa adotou um posicionamento diverso, consoante se depreende dos autos nº 835/17.5T8SXL-A-2, no qual se discutia apenas a questão da residência do filho, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, sendo afirmada a posição dominante no sentido da admissibilidade da guarda conjunta/compartilhada, inclusive por imposição do tribunal (ou seja, na falta de acordo entre os pais, porquanto ambos pretendiam a residência exclusiva), colocando, contudo, como requisito a existência de uma boa relação entre os pais ou que, pelo menos, os conflitos entre os pais possam ser de algum modo amenizados.

In casu, a progenitora recorria da decisão de 1ª instância, que teria fixado em regime provisório a residência alternada e determinado à criança viver com cada um dos progenitores durante metade de cada semana, em divergência com o acordo que antes era praticado pelos pais, no qual o menor residia com a progenitora e visitava o pai a cada 15 dias nos finais de semana, bem como pernoitava nas quartas-feiras com o progenitor, sendo a criança de tenra idade (menor de 02 anos).

No curso do processo, as partes não chegaram a um acordo em relação à fixação da residência, tendo o MM. Juiz decidido pela residência alternada, na forma acima especificada.

Pois bem, houve recurso por parte da genitora, tendo o Tribunal decidido pela manutenção da decisão recorrida, sob a justificativa de que a residência alternada iria possibilitar, caso os progenitores soubessem aproveitar a decisão, que o filho voltasse a ter, com ambos os progenitores, uma relação o mais próximo possível igual à que mantinha antes da separação. Dessa forma, evitava-se o rompimento da relação que, outrora, possuía com o progenitor e alterando o menos possível os hábitos e rotinas de vida essenciais que até aí possuía. Vê-se que a postura adotada pelo referido Tribunal é louvável, pois atentou ao interesse superior do menor em possibilitar a mais ampla convivência com os dois

³¹² Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d7ed0552c70bb75680257cec003da443?OpenDocument&Highlight=0,resid%C3%AAncia,alternada>. Consultado em 01/04/2019;

progenitores e, ao mesmo tempo, vanguardista, se comparada com decisões proferidas por outros tribunais portugueses em sede de regulação das responsabilidades parentais.

A decisão ressaltou, ainda, que a escolha pela residência alternada teria ganhado força pela consciência de que os laços afetivos são construídos no dia-a-dia, e não se completam apenas com um regime de visitas comumente aplicado de fins de semana quinzenais, expondo, ainda, que a fixação da residência junto de um só dos progenitores leva ao esmorecimento gradativo da relação afetiva com o outro progenitor, fazendo com que a criança se sinta como uma “visita” na residência deste, levando a que o pai desista de investir na relação por se sentir excluído do dia-a-dia do menor.

Além disso, continua o Tribunal a esclarecer que os argumentos no sentido de que a guarda partilhada exporia a criança, ficando a mesma mais protegida se confiada a um dos progenitores, seriam altamente discutíveis, já que o estabelecimento da guarda a um só dos pais, ao atribuir a este um poder de facto sobre a criança em detrimento do outro, acaba por afastar o progenitor não guardião do dia-a-dia da criança, alimentando a posição de irredutibilidade do progenitor guardião e, por conseguinte, aumentando a frustração do outro, o que faz com que se potencialize a conflitualidade entre os mesmos.

Em relação à dispensabilidade de acordo entre os progenitores para a imposição, pelo Tribunal, da residência alternada, expuseram os MM. Juízes os mesmos fundamentos contidos nos ac. do TRL de 17/12/2015, proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, ac do TRL de 24/01/2017, proc. 954-15.2T8AMD-A.L1-7, ac. do TRC de 27/04/2017, proc. 4147/16.3T8PBL-A.C1, aduzindo ser possível aplicar a residência alternada, mesmo estando os pais em desacordo, desde que houvesse uma boa relação entre os mesmos ou que, pelo menos, os conflitos entre os progenitores pudessem ser, de algum modo, amenizados, alegando ser, tal posicionamento, majoritário na jurisprudência.

No caso *sub examinen*, afirmam que haveria a capacidade e a vontade dos progenitores em cooperar entre si nas questões relativas à criança, além das residências serem próximas uma da outra, o que facilitaria o contacto com ambos os pais. Ademais, tendo em conta que a menor tinha, apenas, 20 meses, entenderam que a residência alternada seria mais adequada ao caso pois a criança teria vivido 18 meses em comunhão diária com ambos os pais, sendo apontado que a situação criada após a separação do casal apenas permitiria o contacto do filho com o pai cerca de 6 dias por mês, enquanto que com a residência alternada o filho estaria na mesma proporção de tempo com o pai e com a mãe, possibilitando, dessa forma, a manutenção de uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores.

É importante destacar, por oportuno, o posicionamento recentemente adotado pelo Tribunal da Relação de Porto, a 21 de janeiro de 2019, processo nº 22967/17.0T8PRT.P1, de relatoria do Des.

Miguel Baldaia de Morais³¹³, ocasião em que, no âmbito do processo de regulação das responsabilidades parentais, afirmou-se a possibilidade de estabelecer o regime da residência alternada mesmo contra a vontade dos progenitores, desde que essa solução revelasse ser a mais adequada ao interesse da criança de manter uma relação o mais próximo possível com ambos os progenitores, de forma que se pudesse usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe pode proporcionar.

No referido *decisum* ficou exposto que, na hipótese de haver disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os progenitores, e não existindo circunstâncias concretas que o desaconselhassem (como, por exemplo, famílias com histórico de violência doméstica ou quando os progenitores residem em localidades distantes uma da outra), a residência alternada seria a solução com melhor aptidão para preservar as relações de facto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os progenitores, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que concorreria para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizaria o cumprimento, por estes últimos, das suas responsabilidades parentais.

Dessa forma, conclui-se que embora existisse discordância entre os progenitores sobre a questão, bem como a conflitualidade entre ambos, tais fatores, ainda assim, não seriam hábeis a obstaculizar a prática da residência alternada. Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Porto convocou os argumentos do Magistrado Joaquim Manuel da Silva, para quem *a residência partilhada favorece o atenuar do conflito entre os progenitores: colocando-os em condições de igualdade, levará precisamente a que, qualquer um deles, como tem por contraponto um período de tempo em que o menor estará longe de si e entregue ao outro, terá todo o interesse em facilitar ao outro os contactos com o menor no período em que é ele a deter a guarda, precisamente porque é isso que espera e deseja que lhe seja proporcionado quando o menor está com o outro*³¹⁴.

Diante dos posicionamentos jurisprudenciais acima analisado, é de se constatar que o tema relacionado à aplicação da residência alternada no âmbito da guarda conjunta/compartilhada, nas hipóteses de regulação do exercício das responsabilidades parentais, ainda não está inteiramente pacificado na jurisprudência portuguesa. Há os que entendem ser necessário um acordo entre os progenitores para a fixação da residência alternada, devendo, ainda, ser levado em consideração a

³¹³Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/51de03ce50819de5802583bb00327012?OpenDocument&Highlight=0,resid%C3%AAncia,alternada>. Consultado em 01/04/2019;

³¹⁴ *Ob. Cit.*

questão da idade da criança³¹⁵, havendo, em oposição, juristas que apontam para a desnecessidade de prévio acordo entre as partes, desde que essa solução se revelasse como a mais adequada ao interesse superior da criança, devendo apenas existir uma boa relação entre os mesmos ou que, pelo menos, os conflitos entre os progenitores possam ser, de algum modo, amenizados.

Sobre este último ponto, diga-se, a decisão de janeiro de 2019 do Tribunal da Relação do Porto sedimentou que fatores como a discordância entre os progenitores sobre a questão ou conflitualidade entre ambos não são hábeis a impedir a implementação do regime, se houver disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os progenitores, e não existindo circunstâncias concretas que o desaconselhassem.

Conquanto estejam evidenciadas as posições antagónicas de determinadas Cortes Portuguesas, não se pode olvidar que os Tribunais devem sempre ter como princípio orientador o superior interesse da criança, e não a vontade particular dos progenitores, analisando atentamente, no caso concreto, todas as circunstâncias de relevo que sejam determinantes para o bem-estar da criança e o seu regular desenvolvimento emocional, psicológico e social.

3.4 As justificativas doutrinárias contra a aplicação da residência alternada da criança após o divórcio.

Inicialmente, pode afirmar-se que uma das principais e mais contundentes juristas portuguesas a apresentar argumentos desfavoráveis ao instituto da residência alternada da criança após o divórcio, ou à sua presunção jurídica em matéria de regulação das responsabilidades parentais é, sem dúvidas, Maria Clara Sottomayor.

Na sua última edição da sua obra sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, apresentou estudos ocorridos nos EUA, muitos deles realizados por Judith Wallerstein ainda na década de 1980, cuja investigação apontaria, em relação aos efeitos da custódia física conjunta, que as crianças, muito embora mantivessem uma relação mais estreita com ambos os progenitores, não teriam demonstrado nem menos perturbações nem melhor adaptação social quando comparadas com as crianças em guarda única. Além disso, com base nos referidos estudos, as consequências da guarda conjunta seriam diferentes em relação às idades das crianças, a saber: se tivessem entre 3 e 5 anos, as crianças demonstrariam mais perturbações de comportamento do que as

³¹⁵ Se a criança tiver tenra idade, os adeptos dessa corrente entendem ser melhor para o seu interesse que mantenha a residência fixa, por questão de estabilidade emocional.

crianças de 1 e 2 anos, tais como pesadelos crônicos e nervosismo oriundos das diversas mudanças a que estariam sujeitas³¹⁶.

Já as crianças em idade primária seriam as que mais se adaptariam à guarda conjunta, expondo, por fim, em relação aos adolescentes, a inexistência de informações suficientes, sendo apontado que a maior parte deles, supostamente, preferiria viver numa só casa, uma vez que tal organização seria mais compatível com as suas vidas sociais³¹⁷.

Neste momento, é inevitável salientar que os dados apresentados pela referida magistrada diferem de estudos mais recentes realizados por investigadores que examinam os efeitos do divórcio nas crianças, quando se refere às conclusões negativas das pesquisas americanas a respeito da guarda compartilhada com residência alternada, ou custódia física conjunta. Isso porque, a investigadora americana Linda Nielsen no ano de 2013, especialista na área de *shared parenting after divorce* ao analisar os estudos internacionais publicados na língua inglesa nos últimos 25 anos, teria afirmado que as mais recentes publicações americanas alcançaram conclusões similares, indicando, a título de exemplo, as pesquisas realizadas no estado de Wisconsin com 590 famílias que praticavam a guarda compartilhada, cujas crianças estavam menos depressivas, possuíam menos problemas de saúde e doenças relacionadas ao stresse, e estavam mais satisfeitas com essa forma de organização familiar do que as crianças que viviam sob residência única³¹⁸.

A respeito dos estudos internacionais, a investigadora norte americana também afirmou que os mesmos teriam encontrado resultados semelhantes em crianças que estavam sob guarda compartilhada. Frise-se que tais estudos foram publicados pela investigadora Linda Nielsen no *American Journal of Family Law*, no ano de 2013, que continham a análise de 24 estudos publicados na língua inglesa.

Acrescenta ainda, Sottomayor, a pesquisa realizada por Jennifer McIntosh sobre o efeito da alternância de residências nas crianças na Austrália, alegando que tal investigação teria concluído não se verificar uma relação linear entre a quantidade de tempo que as crianças passam com o pai e a qualidade dessa relação, afirmando que o fator que permitia prever uma boa relação com o pai não seria

³¹⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Revista, Aumentada e Atualizada, Coimbra: Almedina, 2016, p. 254-255;

³¹⁷ Ob cit. p. 255.

³¹⁸ NIELSEN, Linda, *Shared Residential Custody: Review of the Reserch (Part II of II)*, American Journal of Family Law, 2013, vol. 27, p. 126.

a quantidade de tempo passado com este, mas sim se havia, entre pai e filhos, uma boa relação antes do divórcio³¹⁹.

Entretanto, a investigadora Linda Nielsen, no ano de 2011, publicou uma revisão acerca de 20 estudos internacionais sobre *shared residential parenting*, ou seja, sobre a guarda física compartilhada ou residência alternada, destacando como uma das conclusões que a qualidade contínua e a duração do relacionamento pai-filho estariam intimamente ligadas com a quantidade de tempo que passaram juntos nos anos imediatamente após a separação dos pais. Tais estudos demonstraram, inclusive, que mesmo após 20 anos do divórcio, crianças que conviveram mais tempo com os seus pais após a separação teriam relacionamento mais próximo com eles do que as crianças que só ocasionalmente viam seus pais³²⁰.

Deve destacar-se, por oportuno, que os estudos dirigidos por Jennifer McIntosh na Austrália, comumente citados para se basear a afirmação de que a residência alternada ou dupla residência seria prejudicial para a maioria das crianças, não estão inseridos na revisão realizada pela investigadora Linda Nielsen, uma vez que tais estudos basearam-se em grupos de famílias altamente conflituosas, com pais extremamente agressivos, muitas vezes violentos ou fisicamente abusivos³²¹, de maneira que a abordagem sobre a forma de organização familiar pós-divórcio nestas famílias deveria ser diferenciada.

Além disso, afirma a investigadora Linda Nielsen que os estudos de McIntosh vêm de uma pequena amostra, não aleatória, de 69 famílias que praticavam a guarda compartilhada, cuja maioria inseria-se em grupos de alto conflito e apenas 16 tinham escolhido voluntariamente a guarda compartilhada (dupla residência). Os próprios pesquisadores concluíram que os níveis de ansiedade mais elevados das crianças estavam mais estreitamente correlacionados com a baixa escolaridade dos pais, o alto conflito parental, e as fracas habilidades parentais das mães para com a prática da residência alternada³²².

³¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Revista, Aumentada e Atualizada, Coimbra: Almedina, 2016, p. 263. A mesma abordagem também se encontra presente em SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, p. 137;

³²⁰ NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research.*, Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 52, 18 de novembro de 2011, p. 591-592.

³²¹ Ob. Cit. 589-590;

³²² É o que se depreende do seguinte excerto: *The problem is that the McIntosh et al. studies come from a small, nonrandom sample of 69 shared parenting families, most of whom were in the high-conflict groups and only 16 of whom had voluntarily chosen shared parenting. The researchers themselves concluded that the young children's higher anxiety scores were more closely correlated with the father's low education, the parents' high conflict, and the mother's poor parenting skills than with the shared residential parenting (McIntosh et al., 2010). This review, therefore, does not include studies based on the 10% to 15% of high-conflict couples, so that data from these studies will not be generalized to the remaining 85% to 90% of divorced parents. In NIELSEN, Linda, "Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research."* Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 52, 18 de novembro de 2011, p. 590.

Diante dos argumentos expostos, constata-se, salvo melhor juízo, que as premissas utilizadas pela magistrada portuguesa são discutíveis, considerando a existência de pesquisas mais recentes que indicam posicionamentos contrários.

No que toca à execução prática da guarda compartilhada ou guarda conjunta física, nomenclatura utilizada por Sottomayor, esta afirma ser uma situação muito exigente para a criança, aduzindo que *nem todas têm a flexibilidade necessária para mudar constantemente de casa e para se adaptar a ambientes diferentes*³²³. Na sua opinião, a mudança entre duas casas poderia reforçar a ansiedade da criança em relação à constância e confiança nas pessoas e nos lugares.

Sobre este argumento específico, no sentido de que a alternância de residências poderá constituir-se num fator de ansiedade para a criança, o Juiz de Direito, também licenciado em Filosofia, Joaquim Manuel da Silva, ao tratar sobre a vinculação e lugar/casa da criança, apresenta a questão sob outro prisma, ao ressaltar que a segurança da criança está nas relações de filiação, de vinculação com os pais, e não no lugar, não nesta ou naquela casa. Acrescenta ainda, no que diz respeito à idade, que quanto menor for a criança, mais indiferente é o lugar físico dela. Para uma criança até aos 10 anos, o Juiz afirma ser quase indiferente. E argumenta:

Não é indiferente a presença do pai ou da mãe, esse sim fonte de segurança, de onde parte para explorar o mundo, para fazer o seu desenvolvimento cerebral, designadamente. Se uma mãe viver numa casa com um filho de 5 anos e mudar de casa, qual a importância do quarto que a criança tinha? Pode lá ficar sem a mãe ou o pai? Fica em segurança? Todos sabemos a resposta: Não!³²⁴

Na sua obra *A família das Crianças na Separação dos Pais*, o mencionado jurista, que outrora já adotou uma posição contrária à dupla residência, refere que, no tocante ao regime das responsabilidades parentais a se fixar, este não deve proteger a rotina das crianças se tal rotina representar perdas de contactos e vinculação a qualquer dos pais, uma vez que são estes que seriam primordiais para o seu regular desenvolvimento, e nunca qualquer lugar ou rotina. No concernente à mudança de residências, que comumente ocorre após a separação dos pais, tal circunstância não teria qualquer importância para as crianças se os progenitores *se mantiverem seguros, adaptados à alteração, pois como já referido, é essencial sim o estabelecimento e manutenção da necessária base segura para a exploração, pois só ela permite o desenvolvimento*.³²⁵

³²³ Ob. Cit. p 256.

³²⁴ Disponível em <http://familiacomdireitos.pt/a-guarda-compartilhada-a-vinculacao-e-o-lugar-casa-da-crianca/>. Consultado em 15/04/2019.

³²⁵ SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 128.

Ainda a respeito do critério da idade, o magistrado alega que quanto mais tenra a idade da criança menos o espaço físico é importante para a vinculação e para a sua segurança, considerando que, nestas idades, as crianças estabelecem relações ‘umbilicais’ e só vão ganhando autonomia mais tarde. O Autor apresenta críticas à jurisprudência portuguesa quando julgam estar protegendo as crianças de tenra idade ao limitar o tempo de convivência desta junto de um dos progenitores, através do regime de visitas e a aplicação do critério da “pessoa de referência” ou de “preferência materna”, quando, na verdade, estariam a promover o enfraquecimento da vinculação aos dois progenitores, circunstância tão necessária ao bem-estar da criança³²⁶.

Compartilha semelhante entendimento Hugo Cunha Lança, ao argumentar quais seriam os dados científicos inequívocos hábeis a sustentar essa desconfiança em relação à alternância de residências, no sentido de que seria prejudicial à criança, pois a mesma seria forçada a mudar constantemente de quarto, de casa. E destaca as seguintes questões:

Num contexto em que se declara prioridade das pessoas sobre as coisas, é mais importante um espaço ou um pai? Nesta época em que as crianças não permanecem no mesmo local, indo para jardins-de-infância, infantários, escolas, casas de avós, amas ou amigos, é razoável entender aprioristicamente que a estabilidade da criança é atingida se ela vier a residir uma semana, um mês, com um progenitor, e uma semana, um mês, com o outro? Discordo! E não tenho pudor em deixar escrito que, em determinadas situações, a residência partilhada é aquela que melhor traduz o superior interesse da criança e fomenta a coparentalidade.³²⁷

Diante dos argumentos acima defendidos, considera-se que o mais importante para a criança não é o lugar de sua residência, mas sim a sua vinculação segura com ambos os progenitores e, diante da separação conjugal, mais vale para a criança estar convivendo com ambos regularmente, em duas residências, do que se fixar numa só residência para a criança, criando um entrave ao contacto mais assíduo com o outro progenitor, sob a alegação da estabilidade emocional.

Outro fator levantado por Sottomayor como desfavorável ao estabelecimento da alternância de residências, é quando esta se dá nos casos de conflituosidade elevada entre os pais, baseando-se nos estudos de Jennifer McIntosh, os quais verificaram um risco para as crianças que estão sob guarda

³²⁶ SILVA, Joaquim Manuel, *A residência alternada. O direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais* in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Silabo, 2017, p. 187. Sobre a questão da vinculação, explica Joaquim Manuel da Silva: *Embora inicialmente a teoria da vinculação se tenha centrado apenas num vinculador, designadamente no período pós a II Guerra Mundial, o próprio Bowlby (1969/1982) admitiu depois, e hoje é aceite de forma aberta, que a criança tem capacidade e necessita mesmo de se desenvolver com os dois vinculadores principais, o pai e a mãe, sendo essas as circunstâncias ideais de um desenvolvimento pleno*. In SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 88.

³²⁷ LANÇA, Hugo Cunha, *Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes*, 1ª edição, Lisboa: Silabo, 2018, p. 213.

compartilhada, ou exercício conjunto das responsabilidades parentais, quando os pais carecem de uma dinâmica relacional para manterem um ambiente saudável para os filhos, além de afirmarem existir uma relação entre o conflito continuado entre os pais e altos níveis de angústia para os filhos³²⁸.

Sobre este ponto, convém expor, novamente, as conclusões extraídas dos estudos analisados por Linda Nielsen, no sentido de que muitos peritos sobre as crianças do divórcio concordam que o conflito nunca deveria ser usado como fundamento para limitar a quantidade de tempo que a criança passa com cada pai, a não ser que o conflito envolva casos comprovados ou indícios de abusos físicos, violência de modo geral³²⁹. De acordo com a referida pesquisa, é estimado que apenas 8 a 12% dos casais divorciados estejam em *high conflict*, como sendo aquele que expõe a criança ao perigo e comumente decorrem de desordens de personalidade, drogas ou alcoolismo, ou doença mental³³⁰, sendo certo que, em tais casos, a residência alternada não é recomendada, por ser prejudicial ao superior interesse da criança.

Contudo, os pais não precisam de ser excepcionalmente cooperativos, sem conflitos, ricos e bem-educados, ou mutuamente entusiasmados com o compartilhamento da parentalidade para que as crianças possam beneficiar da residência alternada, conforme uma das conclusões dos estudos de Linda Nielsen³³¹.

Não pretendendo esgotar todos os posicionamentos desfavoráveis apontados pela magistrada portuguesa, os quais, diga-se, são acompanhados por alguns juristas tais como Joana Salazar Gomes³³²

³²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Revista, Aumentada e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2016, p. 262;

³²⁹ NIELSEN, Linda, *Shared Residential Custody: Review of the Reserch (Part I of II)*, American Journal of Family Law, 2013, vol. 27, p. 64.

³³⁰ *Idem, ibidem*.

³³¹ NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*. Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 52, 18 de novembro de 2011, p. 605.

³³² Sobre esta autora, cabe esclarecer que em seu livro *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, de 2017, a mesma se baseia essencialmente no livro de Maria Clara Sottomayor para fundamentar suas críticas acerca da residência alternada da criança pós divórcio, apresentando os mesmos estudos científicos levantados pela renomada jurista portuguesa, não acrescentando nenhuma publicação mais recente. Inclusive, diga-se, também não faz referência a quaisquer dos estudos realizados por Linda Nielsen, ou Edward Kruk, por exemplo, que são investigadores de renome internacional cuja linha de pesquisa se reporta ao tema específico desta dissertação. Ademais, Joana Salazar teceu fortes críticas ao trabalho do Juiz Joaquim Manuel da Silva, em *A família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, afirmando que sua obra dispõe de estudos sem métodos científicos a nível de recolha e análise de dados obtidos, diante do que entende não dispor suas conclusões de qualquer base de sustentabilidade, apresentando-se apenas como meras opiniões pessoais, sem qualquer valor científico. Neste ponto, ousa-se discordar da autora, já que o Juiz apresenta dados de pesquisas científicas realizadas nos EUA, Suécia, Canadá, dentre outros países, e realiza uma abordagem interdisciplinar da criança e suas necessidades passando pela filosofia, antropologia, psicologia, física, sociologia, apresentando, inclusivamente, estudos da neurociência, de maneira que suas conclusões não se baseiam apenas nos dados recolhidos a partir de sua larga experiência como magistrado da área da família, mas sim nos mais variados estudos científicos disponíveis atualmente.

Hugo Manuel Leite Rodrigues³³³, Ana Teresa Leal e outros³³⁴, expõe-se como último o entendimento da referida magistrada no sentido de não haver conhecimentos suficientes para que a guarda conjunta possa ser considerada, pelo legislador, como um interesse público que a faça um modelo preferido ou uma presunção legal, apontando, entretanto, com base nos estudos de Judith Wallerstein, que quando acordado pelos pais, tal modelo de organização familiar teria a vantagem de permitir que os pais (género masculino) se sentissem mais comprometidos com a educação dos filhos, o que os levaria a ter mais contactos com os mesmos, além de lhes dar mais apoio financeiro.

A propósito, no que diz respeito à inclusão da residência alternada como presunção legal, sabe-se que, atualmente, tramitam na Assembleia da República Portuguesa 3 (três) pedidos de alteração do CCP nesse sentido, sendo o primeiro deles liderado pela Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos (APIPDF), através da Petição n.º 530/XIII/3, protocolada a 17/07/2018, seguida do Projeto de Lei n.º 1182/XIII, admitido a 26/03/2019, da autoria do Deputado do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN) André Silva e, por último, o Projeto de Lei n.º 1190/XIII, admitido a 05/04/2019, de autoria do Grupo Parlamentar do Partido Socialista (PS), consoante informações obtidas no sítio eletrónico da Assembleia da República Portuguesa³³⁵.

Ao realizar uma breve análise das referidas petições, observa-se que a primeira pugna pelo estabelecimento da residência alternada como presunção jurídica no CCP, sugerindo grande reformulação do art.º 1.906º com vista a incluir novos conceitos tais como envolvimento parental, residência alternada, entre outras especificações, propondo, em situações de acordo entre os pais a respeito da residência alternada, que fosse determinado, no mínimo, 10 pernoitas da criança por mês, distribuídas por dias da semana e fim de semana, sem prejuízo do período de férias, tudo com o intuito da criança ser beneficiada da vivência de um quotidiano familiar³³⁶.

³³³ Pode-se dizer que referido autor acompanha a doutrinadora Maria Clara Sottomayor quando afirma entender que o modelo de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência fixa ou principal junto de um dos progenitores é o que melhor prossegue o interesse do menor, já que supostamente permitiria à criança ter uma maior estabilidade ao ter uma residência habitual ou uma residência de referência. Não obstante, o jurista português entende que o modelo de exercício conjunto com residência alternada pode ser muito vantajoso em alguns casos, nomeadamente quando as residências dos pais se situam geograficamente próximas, haja vista permitir um contato mais amplo entre a criança e ambos os progenitores. In RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, 1ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 104;

³³⁴ Na obra *Poder Paternal e responsabilidade parentais*, Ana Teresa Leal e demais autores afirmam terem por válidos alguns dos argumentos contrários expostos por Sottomayor, ainda que de forma temperada, contudo, igualmente não perfilham da ideia de que o regime da residência alternada possa ser regime-regra. E ressaltam: *Para além de constituir uma situação excepcional, é, no nosso entender, pressuposto essencial a existência de acordo de ambos os progenitores quanto a esta questão*. In LEAL, Ana Teresa, et.al., *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, revista, actualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 87.

³³⁵ <https://www.parlamento.pt/Paginas/UltimasIniciativasEntradas.aspx>

³³⁶ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 17/04/2019.

É de se destacar que a Associação Portuguesa de Mulheres Jurídicas (APMJ), da qual é integrante a doutrinadora Maria Clara Sottomayor, em conjunto com outras 23 associações portuguesas, manifestou-se totalmente contrária aos termos da referida petição, através de uma Carta Aberta em oposição à presunção jurídica da residência alternada, por entenderem que as famílias devem possuir liberdade para determinar qual o modelo de guarda e residência que melhor se lhes aplica, além de serem livres para se estruturar e organizar na pendência do casamento/relação, evidenciando que a intervenção do Estado na família tem limites constitucionais que não podem ser ultrapassados, sob pena de ser posto em causa o princípio da autorregulamentação da família³²⁷.

Aduzem desaconselhar a investigação científica o estabelecimento de modelos rígidos e únicos, com pretensões de servirem para todos os casos, devendo, na verdade, a decisão a respeito das responsabilidades parentais ser baseada nos factos do caso em análise, detidamente ponderados, em nome da estabilidade da criança e das suas necessidades específicas de segurança e de afeto, de acordo com a sua idade e, sempre que possível, de acordo com a sua opinião.

Além disso, entendem que o modelo da residência alternada é considerado viável para apenas um grupo de famílias com determinado perfil relacional e estrutural, conforme relacionaram na Carta Aberta, e que fora dos parâmetros mencionados, a residência alternada seria desaconselhada, por perniciosa, contribuindo para o aumento da conflitualidade e para a instabilidade psicológica das crianças.

Para além de outros argumentos, alegam demonstrar a investigação que a guarda conjunta física e a residência alternada teriam efeitos prejudiciais para as crianças nas famílias com elevada conflitualidade e não promoveriam a cooperação dos pais e mães.

Ao examinar as razões apresentadas na referida Carta Aberta, percebe-se o receio em generalizar a aplicação da residência alternada, a qual somente seria afastada caso fosse comprovado o prejuízo para a criança. De facto, pretende-se elevar a prática da alternância de residências como presunção jurídica de um regime preferencial, contudo, conforme se depreende da própria petição, esta não será aplicada indiscriminadamente, havendo o estabelecimento de um regime excecional a ser aplicado em casos de situações de negligência, abuso ou violência parental em que os interesses da criança e a sua integridade estão em risco (art.º 1.906º, nº 1, e, Petição nº 530/XIII/3).

Além disso, consta expressamente a hipótese do tribunal afastar o regime preferencial, através de decisão fundamentada, quando a residência alternada for julgada contrária aos interesses da criança.

³²⁷ Disponível em <https://www.dignidade.pt/carta-aberta>. Consultado em 17/04/2019.

Nestes casos, propõe a petição que seja estipulado ou homologado planos parentais de residência única e residência secundária com exercício conjunto das responsabilidades parentais ou fixar a residência única com exercício exclusivo das responsabilidades parentais.

Não se pode esquecer que houve o aditamento do art.º 1906º-A ao CCP, através da Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, em que já consta a previsão de ser contrário aos interesses do filho o exercício comum das responsabilidades parentais quando fosse 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, de maneira que nesses casos a residência alternada estaria afastada.

Dessa forma, as insurgências apresentadas na Carta Aberta em relação aos supostos prejuízos à criança, caso a presunção jurídica da residência alternada fosse adotada, não encontram fundamento, salvo melhor juízo, considerando que a proposta sugerida, além do próprio CCP, já prevêem o seu afastamento em casos que possam expor a criança a risco ou que venham a ser prejudicial ao seu superior interesse.

Contudo, deve-se concordar que haverá demasiada interferência estatal na forma de organização familiar, ao prever um número mínimo de dias de pernoitas na casa de ambos os pais, por mês, ou quando se conceitua o que deveria ser entendimento por envolvimento parental. Nesse ponto, acolhem-se os argumentos esposados na Carta aberta quando diz ser desaconselhável adotar-se modelos rígidos e únicos, considerando que cada família possui as suas peculiaridades e, deve atentar-se, mais do que tudo, às peculiaridades próprias da criança.

A mesma crítica é apontada no parecer exarado pelo Conselho Superior do Ministério Público após pedido de informação no âmbito da tramitação da Petição n.º 530/XIII, quando argumenta que a residência alternada pode ser mais benéfica para a criança mas não o é necessariamente, impondo-se, com efeito, uma aferição pormenorizada que *alicerçada no conhecimento da circunstância de vida da criança e, sendo o caso, da sua opinião (desde que com maturidade bastante), permita consistentemente concluir ou pela adequação da residência alternada, no reconhecimento das reais vantagens do seu decretamento, ou pela residência única, pela constatação de incontornáveis contraindicações ao acolhimento de um tal regime*³³⁸.

³³⁸ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 17/04/2019

Dessa forma, a Procuradoria-Geral da República adotou um posicionamento divergente aos termos da Petição já mencionada, contudo propôs uma alteração legislativa, no sentido de incluir um novo n.º 6 ao artigo 1.906.º do CC, com a seguinte redação: *O Tribunal privilegiará a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de acordo e sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes atendíveis, tal corresponda ao superior interesse daquele*³³⁹.

Além do Ministério Público, também a Ordem dos Advogados foi suscitada a apresentar informações, tendo-se posicionado totalmente desfavorável ao estabelecimento da presunção jurídica.

Já o Conselho Superior da Magistratura manifestou-se favorável, aduzindo ter sido deliberado na sessão Plenária do referido conselho, na data de 30/10/2018 que: *O princípio de que, salvo motivos ponderosos, a residência dos filhos de pais separados deve ser com ambos os progenitores, de forma alternada e com possível adequação ao caso concreto pelo juiz, é de prever legalmente*.³⁴⁰

O Relatório Final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, exarado a 20 de março de 2019, propôs que a Petição n.º 590/XIII fosse objeto de apreciação pelo plenário, por se tratar de uma petição coletiva subscrita com mais de 4 (quatro) mil assinaturas, contudo o relator também entendeu haver uma excessiva limitação da liberdade de conformação do juiz na proposta apresentada, o que não seria um obstáculo à discussão em torno de uma alteração legislativa que introduzisse a menção expressa da possibilidade de se estabelecer a residência alternada no art.º 1.906.º do CC, podendo, ainda tal alteração estabelecer que a lei dá preferência à fixação de tal regime.

Além da referida petição, conforme mencionado supra, estão em tramitação dois projetos de lei semelhantes, que pretendem a alteração do art.º 1.906.º do CC, para que passe a constar a seguinte redação:

Projeto de Lei n.º 1182/XIII/4.^a

6 – O Tribunal deverá privilegiar o modelo de residência alternada da criança com cada um dos progenitores, independentemente de acordo e sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes atendíveis, estas correspondam ao superior interesse daquele³⁴¹.

Projeto de Lei n.º 1190/XIII

6. O tribunal privilegiará a residência alternada do filho com ambos os progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação de alimentos, sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes, tal corresponda ao superior interesse daquele³⁴².

³³⁹ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 17/04/2019

³⁴⁰ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 17/04/2019

³⁴¹ Disponível em <https://www.parlamento.pt/Paginas/UltimasIniciativasEntradas.aspx>

³⁴² Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Paginas/UltimasIniciativasEntradas.aspx>

Partindo do pressuposto que a criança necessita da convivência efetiva com ambos os progenitores para melhor se desenvolver, bem como que o importante para a mesma é a vinculação segura com os pais, entende-se ser oportuna uma alteração no CCP para introduzir a noção de residência alternada após divórcio, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, como regime preferencial, o que deverá ser afastado diante de circunstâncias que prejudiquem o superior interesse da criança, ou mesmo diante de uma impossibilidade fática, tal como grande distância geográfica das residências.

Por fim, após a análise de alguns dos principais argumentos contrários à aplicação da residência alternada da criança, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, pode-se claramente perceber uma grande polarização das ideias em torno do tema, situação que se observa não só entre os doutrinadores mas na própria jurisprudência portuguesa, o que evidencia a imensa necessidade de se continuarem os debates sobre a matéria, bem como de se incentivar a investigação, pois só com a efetiva observação das crianças e do seu entorno familiar é que, talvez, se poderá chegar a um denominador comum, sem, contudo, deixar de lado as especificidades de cada família.

CONCLUSÃO

Conforme se depreende da investigação conduzida neste trabalho, a prática social da residência alternada ou dupla residência da criança após divórcio/separação tem crescido gradualmente em Portugal e no Brasil, sendo observada a sua aplicação nos processos de regulação das responsabilidades parentais ou, na nomenclatura brasileira, em processos que envolvam a determinação da guarda da criança, contudo ainda se constata resistência por parte dos tribunais de ambos os países em aplicá-la, sob o argumento de que tal forma de organização familiar não atenderia ao superior interesse da criança.

A experiência pioneira norte-americana no tema, bem como as investigações levadas a cabo naquele país serviram de esteio para o debate internacional sobre *shared parenting* e *joint physical custody*, e subsidiaram importantes alterações legislativas em diversos países ocidentais, tais como França, Espanha, Canadá, no sentido de incluir a parentalidade partilhada após o divórcio como regra a ser observada no momento da definição das responsabilidades parentais em caso de rutura conjugal.

Destacou-se, ainda, a importância dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos da criança, tais como a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas ainda em 1989, além da recente Resolução nº 2079 (2015) do Conselho da Europa sobre igualdade e responsabilidade parental partilhada, que evidenciam a preocupação dos Estados partes em garantir à criança a ampla convivência familiar, independente da situação conjugal dos pais, como um dos seus direitos fundamentais.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, percebeu-se que embora a legislação tenha evoluído no sentido de incorporar princípios como a coparentalidade, igualdade parental, bem como o direito à convivência familiar, tendo determinado expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com o pai e com a mãe, após a separação conjugal, edificando a guarda compartilhada como regime regra a ser adotado quando ambos os progenitores se encontrarem aptos ao exercício do poder familiar, tal orientação não encontra ressonância no aspeto da residência da criança, eis que se insiste na fixação de uma residência habitual para o filho, em geral com a mãe, estabelecendo, em contrapartida, regimes de convivência com o outro progenitor, circunstância que pouco difere do regime da guarda unilateral, com fixação do direito de visitas ao não guardião.

Ou seja, se no Brasil a guarda unilateral não pressupõe, pelo menos em teoria, o exercício unilateral do poder familiar, uma vez que a norma expressa no art.º 1.634 do CC recomenda competir a ambos os pais, qualquer que seja sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, somente distinguindo o aspeto de quem permanecerá com os cuidados diários da criança (guarda), assim como

sua residência, qual seria a grande distinção da modalidade de guarda compartilhada, com fixação de residência habitual?

Certamente, a *mens legis* não pretendeu engessar a questão da residência da criança com apenas um dos progenitores ao aduzir expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com ambos os pais, mas sim justamente possibilitar a ampla convivência com o pai e a mãe, tão necessárias ao pleno desenvolvimento da criança.

Dessa forma, entende-se que as constantes alterações observadas na legislação civil brasileira, protagonizadas pelas Leis nº 11.680/08 e 13.058/14, ainda não foram suficientes para a ampla aceitação da prática da dupla residência da criança após divórcio/separação dos pais. Os opositores de tal regime não proporcionam a disseminação da dupla residência, mesmo nas situações em que ambos os pais possuam as competências parentais preservadas, e tenham condições fáticas para a implementação do regime, sob o argumento de que tal alternância causaria instabilidade psicológica ou emocional ao filho.

É preciso atentar para a triste realidade de que o Brasil não dispõe de tradição em pesquisas no campo da sociologia ou da psicologia relacionadas à prática do divórcio e as suas consequências para as crianças, e parece não estar acompanhando as novas tendências de reorganização familiar após o divórcio. Entretanto, sabe-se que países como Canadá, Estados-Unidos, França, e inúmeras outras nações mais desenvolvidas já avançaram na investigação deste tema, e concluíram que a cooperação parental após divórcio, expressa também através da prática da alternância de residência da criança (guarda física compartilhada) apresenta resultados benéficos para os filhos em termos de adaptação ao divórcio, autoestima, adaptação emocional e comportamental, como ficou fortemente exposto no presente trabalho.

Diante de tal constatação, talvez o grande fator impeditivo da disseminação e efetiva aplicação da prática da dupla residência da criança no Brasil seja a formação deficitária dos diversos atores do sistema de justiça na área específica da criança, já que a atuação no ramo do Direito da Família apresenta complexidades de ordem social, emocional, psicológica, ou seja, aspectos multidisciplinares que requerem constante capacitação dos profissionais, bem como exigem a realização de pesquisas e acompanhamento dos envolvidos com vistas à avaliação das consequências na criança e na sua família acerca das dinâmicas familiares pós-divórcio, com foco no seu superior interesse.

É preciso, pois, romper com as antigas tradições ainda enraizadas na prática social, e que ainda possuem repercussões na esfera judicial, tal como a fixação da residência única da criança após o divórcio, pois já se tem comprovado cientificamente das possíveis consequências negativas para o

desenvolvimento da criança quando da fixação de uma única residência, podendo-se afirmar ser a mais grave delas o distanciamento do pai.

Além disso, a insistência dos tribunais em estabelecer-se uma residência habitual para a criança tende a agravar ainda mais o conflito entre os pais, que antes deveriam valer-se de todas as provas admitidas para comprovar qual deles teria melhores condições para exercer a guarda do filho, e agora precisam de comprovar que residência atenderia melhor aos interesses do filho. Ou seja, referida discussão apenas prolonga o litígio e distancia-se da cultura de paz que deve orientar a praxe judicial no âmbito de Direito de Família.

Por essa razão, mostra-se tão relevante o incentivo à Mediação Familiar, como meio alternativo de resolução de litígio que proporciona às próprias partes apresentarem os seus conflitos, discuti-los sob a intervenção de um terceiro imparcial (mediador), que tem o papel de facilitar a comunicação entre as partes, para que elas mesmas encontrem uma solução viável para as suas demandas³⁴³.

Além disso, a disponibilização, pelo Estado e pela sociedade civil, de grupos de apoio à parentalidade, proporcionando aos pais que estão vivenciando a rutura conjugal espaços de fala e escuta sobre como melhor lidarem com essa fase e compreenderem a repercussão que tais alterações promovem na vida das crianças assume especial relevo, sendo de grande importância a sua divulgação e incentivo, para alcançarem cada vez mais famílias e disseminarem os debates em torno da coparentalidade e das necessidades da criança.

A experiência do Tribunal de Família de Cochem-Zell, na Alemanha, é um bom referencial para a compreensão acerca da imprescindibilidade de cooperação interdisciplinar das diversas profissões que interagem no processo em que se discute a resolução dos conflitos parentais, tais como advogados, magistrados, assessorias técnicas, mediadores familiares, em que, além de reuniões periódicas entre os profissionais, com vistas a alinharem os procedimentos, é realizado um acompanhamento dos pais por tal rede de apoio até que estes tenham alcançado um consenso quanto às necessidades do (s) filho (s) e tenham implementado, na prática, o regime escolhido³⁴⁴.

É evidente que a aplicação de tal modelo do Tribunal de Cochem implica uma reestruturação nos procedimentos relativos à regulação da guarda da criança, mas talvez seja um norte para auxiliar no

³⁴³ É de se destacar que, a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, instaurado pela Lei n 13.105/2015, observa-se uma valorização dos meios alternativos de resolução de litígios, na medida em que se determina ao Estado, logo no Capítulo I do Livro I - atinente às normas fundamentais do processo civil, a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos, devendo todos os operadores jurídicos, inclusive o próprio magistrado, estimular a mediação, conciliação e outros meios de solução consensual, inclusive no curso do processo judicial, consoante Art.º3, §2º e§3º do CPC. Contudo, por se tratar de medida recente, ainda se constata valorização da conciliação como forma de resolução dos conflitos na área da família.

³⁴⁴ Cooperação Coordenada e Interdisciplinar na Resolução de Conflitos Parentais: A Experiência do Tribunal de Cochem-Zell. Março 2011. Disponível em <http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2012/02/cochem-zell.pdf>.

entendimento de que as demandas que envolvem os conflitos familiares necessitam de atenção diferenciada por parte dos diversos profissionais que atuam no processo, que ultrapassa a mera aplicação da legislação civil.

Em relação ao ordenamento jurídico português, observaram-se, igualmente, importantes avanços nas práticas de coparentalidade, sendo constatada com mais incidência a fixação no âmbito judicial da residência alternada da criança, seja por acordo entre os pais, ou através da decisão nesse sentido. Embora ainda existam divergências jurisprudenciais e doutrinárias em relação à sua aplicação, pode afirmar-se que o debate acerca de tal forma de organização familiar encontra-se mais avançado quando comparado com a realidade brasileira.

Diferentemente do Brasil, Portugal já está mais a frente em pesquisas no campo sociológico e psicológico que investigam o comportamento das famílias diante dos mais diversos regimes de convivência familiar pós-divórcio, sendo este um possível diferencial a potencializar a sua maior aceitação social e efetiva aplicação nos tribunais. Além disso, não se pode omitir que a prática da Mediação Familiar também se encontra em estágio mais avançado, encontrando normatização específica através do Despacho Normativo nº 13/2018, de 9 de novembro, do Secretário de Estado da Justiça, que regulamenta a atividade do Sistema de Mediação Familiar, sendo instrumento de grande valia nos processos de regulação das responsabilidades parentais.

Ainda que se tenha visto que a legislação portuguesa, durante longos anos, preconizou um regime de guarda exclusiva, em que a residência da criança estava vinculada ao progenitor que exercesse as responsabilidades parentais, atualmente a legislação possibilita a realização da prática da alternância de residência da criança após divórcio/separação, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, sendo possível atestar haver uma maior aceitação de tal modelo de organização familiar pela sociedade portuguesa, quando se compara com a sociedade brasileira, talvez pela experiência bem-sucedida em países vizinhos, possuindo, tal prática, preferência entre os portugueses os quais consideram ser esta a forma de residência mais adequada à criança³⁴⁵.

Até ao momento da conclusão deste trabalho, encontram-se em tramitação na Assembleia Portuguesa três projetos de lei com vista à alteração do CCP no sentido de incluir a residência alternada como uma presunção jurídica, tal como já ocorre em diversos países da Europa, o que demonstra o interesse da sociedade e do Estado português em adaptar e modernizar sua legislação nacional no sentido de validar tal prática social.

³⁴⁵ MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, p. 25.

O momento é, pois, propício a grandes discussões em torno da concretização dessa dinâmica familiar pós-divórcio, como expressão maior da coparentalidade, hábil a proporcionar mais proteção à criança, na medida em que propicia a manutenção de estreita vinculação com ambos os progenitores após a rutura conjugal, o que possibilitará o seu pleno desenvolvimento e por fim, atender, quando presentes os seus requisitos, ao seu superior interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABARBANEL, Alice, *Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody*, In: "American Journal of Orthopsychiatry", Vol. 49 (1979), p. 320-329;
- ANCIÃES, Alexandra, AGULHAS, Rute e CARVALHO, Rita, *Divórcio e Parentalidade – Diferentes Olhares – Do direito à Psicologia*, Lisboa: Edições Sílabo, 2018, ISBN: 978-972-618-937-4;
- ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges, *História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra*, Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990;
- BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Vila Nova de Famalicão: Nova Causa, maio de 2015;
- CALERA, María del Carme Gete-Alonso y, RESINA, Judith Solé, *Custodia compartida – Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra: Thomson Reuters - Editorial Aranzadi, 2015;
- CLOUTIER, Richard, FILION, Lorraine, TIMMERMANS, Harry, *Quando os pais se separam... Para melhor lidar com a crise e ajudar as crianças*, Lisboa: Climepsi Editores, 2006;
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Francisco de, *Curso de Direito de Família – Volume I. Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016;
- CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018;
- CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o Seu Controlo pelas Autoridades*, Coimbra: Editora-Centro de Direito de Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011;
- CUNHA, Rodrigo da (Coord.), *Tratado De Direito Das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015;
- DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei n° 61/2008, de 31 de outubro*, Coimbra: Almedina, 2008;
- DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 12ª Edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;
- DiFONZO, J. Herbie, *From the rule of one to shared parenting: custody presumptions in law and policy*, *Family Court Review*, Vol. 52, n° 2, abril de 2014, p. 213-239;
- FABRICIUS, William V., BRAVER, Sanford L. et. al., *Custody and Parenting Time: Links to Family Relationships and Well-Being After Divorce*, in "The Role of the Father in Child Development" (Lamb, Michael E. (Ed)), 5ª Edição, John Wiley & Sons, 2010, Capítulo 7, p. 218-267, ISBN: 978-0-470-40549-9;

FILHO, Milton Paulo de Carvalho, *in* “Ministro Cezar Peluso (Coord.)” – Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência, 4ª edição, revisada e atualizada, São Paulo: Manole, 2010, ISBN 978-85-204-3102-3;

FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição revista, actualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

FREITAS, Douglas Phillips, PELLIZZARO, Graciela – *Guarda compartilhada e as regras da perícia social*, In: “psicológica e interdisciplinar”, Florianópolis: Conceito, 2009;

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual de Direito Civil – Volume único*, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2017;

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, 3ª edição, actualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012;

GOMES, Joana Salazar, *O Superior Interesse da Criança e as novas formas de guarda*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, ISBN 978-972-540-545-1;

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

GRIFFITH, Daniel B., *The best interests standard: A comparison of the state's parens patriae authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients*, in “Issues in Law & Medicine”, Winter 91, Vol. 7 Issue 3, p. 283;

GUERRA, Paulo (Coord), *I Congresso de Direito da Família e das Crianças - A criança e a família no colo da Lei – As causas não se medem aos palmos*, Coimbra: Almedina, 2016;

HALL, Catharine, *Lar, doce lar*, in “História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra” (Philippe Ariès e Georges Duby, Dir.), Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990, p.53-87;

HUNT, Lynn, *Revolução Francesa e a vida privada*, in “História da vida privada – Da Revolução à Grande Guerra” (Philippe Ariès e Georges Duby, Dir.), Vol.4, tradução portuguesa com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, Porto: Edições Afrontamento, 1990, p.21-51;

KATZ, Sanford. N, *Fifty Years in the Transformation of American Family Law. 1960-2011*, in “Fifty Years in Family Law: Essays for Stephen Cretney” (Coord. Rebecca Probert e Cris Barton), Cambridge: Intersentia, 2012, p. 305;

KELLY, Joan B, Children's, *Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research*, Family Process, Vol. 46, No. 1, março, 2007, p.35-52;

KRUK, Edward, *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, The American Journal of Family Therapy, 2012, Vol 40, p. 33-55;

- KRUK, Edward, *Os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais*, in “Uma família parental, duas casas” (MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira Editoras), Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 39-51;
- LANÇA, Hugo Cunha, *Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes*, 1ª edição, Lisboa: Sílabo, 2018
- LEAL, Ana Teresa, et.al., *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, revista, actualizada e aumentada, Lisboa: Quid Juris, 2010;
- LEITÃO, Hélder Martins, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado artigo a artigo*, Porto: Librum Editora, 2016;
- LOPES, D. & PATRÃO, A., *Lei Da Mediação Comentada*, 2ª EDIÇÃO, Coimbra: Editora Almedina, 2016;
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos*, 10ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017;
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, *Direito Fundamental à convivência familiar*, in “Curso de Direito da Criança e do adolescente” (Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, Coord), 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017;
- MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Guarda Compartilhada – física e jurídica*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018;
- MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017;
- MARTÍN-CALERO, Cristina Guilarte, *Criterios de atribución de la custodia compartida: a propósito de la línea jurisprudencial iniciada com la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009*, in “InDret – Revista para el Análisis del Derecho”, nº3 (2010), Barcelona, julho, pp. 01/21.
- NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18ª edição revista e actualizada, Lisboa: Edições Jurídicas, 2013;
- NEYRAND, Gérard, *L'enfant face à la séparation des parentes. Une solution, la résidence alternée*, Paris: La Découverte, 2009;
- NIELSEN, Linda, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, In: “Journal of Divorce & Remarriage”, Vol. 52, 2011, pp. 586-609;
- NIELSEN, Linda, *Shared Physical Custody: Does it benefit most children?*, In: “Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers”, Vol. 28, 2015, pp. 79-138.
- NIELSEN, Linda, *Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children*, In: “Journal of Divorce & Remarriage”, 2014, pp. 614–636.
- NIELSEN, Linda, *Shared Residential Custody: Review of the Research (Part I of II)*, In: “American Journal of Family Law”, Vol. 27, 2013, pp. 61-72.

- OLIVEIRA, Guilherme de, COELHO, Francisco Pereira, *Curso de Direito de Família, Volume I, Introdução Direito Matrimonial*, 5ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2016;
- OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, Tânia da Silva e COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Cuidado e Afetividade – Projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, São Paulo: Editora Atlas, 2016;
- PEDROSO, Anabela, *O Regime Provisório – Processualismo a seguir e vantagens e desvantagens do regime*, II Jornadas de Direito da Família – O direito e a prática forense, E-BOOK, Centro de Estudos Judiciários, Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, 2018, p.53-62;
- PEREIRA, Margarida Silva, *Direito de Família- Elementos de estudo*, Lisboa: AAFDL, 2014;
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Dicionário de Direito da Família e Sucessões: ilustrado*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018;
- PINHEIRO, Duarte Jorge, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015;
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito de Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2016;
- PRESAS, Inmaculada García, *La Patria Potestad*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013;
- PRUETT, Marsha Kline, DIFONZO, J. Herbie, *Closing the gap: Reserch, policy, practice, and shared parenting*, Family Court Review, Vol. 52 No. 2, April 2014, pp. 152–174;
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível - Anotado e Comentado*, 1ª edição - Reimpressão, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2016;
- RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, 1ª edição, Coimbra: Editora Coimbra, 2011;
- SALES, Lília Maia de Moraes, *Mediare: Um Guia Prático para Mediadores*, 2ª Edição, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004;
- SANFORD, L. Braver, LAMB, Michael E., *Shared Parenting After Parental Separation: Views of 12 Experts*, Journal of Divorce & Rem arriage, 59:5, 2018, 372-387, VOL. 59, NO. 5, 372–387;
- SANTINI, Christini, *O cuidado na preservação dos interesses de menores- guarda, alienação parental e mediação*, In OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, Tânia da Silva e COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Cuidado e Afetividade – Projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, São Paulo: Editora Atlas, 2016;
- SCHERPE, Jens M., *The changing concept of ‘Family’ and challenges for Domestic Family Law* In: European Family Law, Volume IV, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016
- SCHERPE, Jens M., *The Presente and Future of European Family Law*, In: European Family Law, Volume IV, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016;

SEVERINO, Rita, *As rupturas conjugais e as responsabilidades parentais – Mediação Familiar em Portugal*, Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2012;

SILVA, Joaquim Manuel da, *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição-Revista, Aumentada e Actualizada, Coimbra: Almedina, 2016;

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016;

STANDLEY, Kate, *Family Law*, 7 edition, UK: Palgrave Macmillan, 2010;

WALLERSTEIN, Judith, S., KELLY, Joan B., *Surviving the breakup – How Children and Parents Cope with Divorce*, Estados Unidos da América: Basic Books, 1979;

DECISÕES JUDICIAIS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de junho de 2012, processo n.º 33/12.4TBRR.L1-8, Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02 de maio de 2017, processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1, Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07 de agosto de 2017, processo n.º 835/17.5T8SXL-A-2. Disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 13 de maio de 2014, processo n.º 5253/12.9TBVFRA. P1, Disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 21 de janeiro de 2019, processo n.º 22967/17.0T8PRT. P1, Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/51de03ce50819de5802583bb00327012?OpenDocument&Highlight=0,resid%C3%Aancia,alternada>.

Agravo n.º 4005482-56.2016.8.24.0000/50000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Consultado em 07/02/2019.

Apelação Cível, processo n.º 70077494888, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 30/08/2018. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/620917302/apelacao-civel-ac-70077494888-rs>.

Apelação Cível, processo n.º 0007244-31.2016.8.07.0007, 1ª Turma Cível STJ, Data do Julgamento 21/02/2018. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>.

Apelação Civil n.º 70077772846, da 8ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

Apelação Cível. Sétima Câmara Cível, n.º 70076887587, julgado em 28 de março de 2018. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.

Cour d'appel de Chambéry, de 23 de janeiro de 2017. Cour d'appel Chambéry, Chambre 3, 23 Janvier 2017 Réformation N° 16/01361 Numéro JurisData: 2017-000892. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Recurso Especial n.º 1.251.000 - MG (2011/0084897-5). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011.

Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha n.º 623/2009, de 08 de outubro de 2009. Disponível em https://supremo.vlex.es/vid/-71474558#section_8.

Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha n.º 194/2018, de 6 de abril de 2018. Disponível em <https://supremo.vlex.es/vid/708911781>.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA/UTILIZADA

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. Brasília/DF, outubro 1988, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Seção 1, N° 191-A;

BRASIL. LEI N° 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Brasília/DF, Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/7/1990;

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. BRASIL. Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília/DF, janeiro 2002, Diário Oficial da União de 11.1.2002;

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília/DF, agosto de 2010, Diário Oficial da União - Seção 1 - 27/8/2010.

BRASIL. Lei n.11.698, de 13 de junho de 2008. Brasília/DF, junho 2008, Diário Oficial da União de 16.6.2008

BRASIL. Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, Brasília/DF, dezembro 2014, Diário Oficial da União - Seção 1 - 23/12/2014;

BRASIL. LEI N° 13.715, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018, Brasília/DF, SETEMBRO 2018, Diário Oficial da União de 25.9.2018.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, Assembleia Geral das Nações Unidas, Documento A/RES/44/25 de 12 de dezembro de 1989;

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral;

ESPANHA. CÓDIGO CIVIL. Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE-A-1889-4763;

ESPANHA. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, BOE -A-2010-13312;

ESPANHA. Ley n 15/2005, de 08 de julio, BOE, núm. 163, de 9 de julio de 2005;

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2010. NEVADA REVISED STATUTES. <https://law.justia.com/codes/nevada/2010/title11/chapter125/nrs125-480.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2011 CONNECTICUT CODE. <https://law.justia.com/codes/connecticut/2011/title46b/chap815j/Sec46b-56a.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2017. INDIANA CODE. <http://iga.in.gov/legislative/laws/2017/ic/titles/031#31-17-2-15>

FRANÇA. Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, JORF n°0161 du 12 juillet 1975;

FRANÇA. Loi n°87-570 du 22 juillet 1987, JORF du 24 juillet 1987;

FRANÇA. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, JORF n°7 du 9 janvier 1993;

FRANÇA. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, JORF du 5 mars 2002;

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976, Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10;

PORTUGAL. Lei n.º 61, de 31 de outubro de 2008, Diário da República n.º 212/2008, Série I de 2008-10-31;

PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL. Decreto-Lei n.º 47344, Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25;

PORTUGAL. DECRETO-LEI N.º 47344/66, DE 25 DE NOVEMBRO, Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25;

PORTUGAL. Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, Diário da República n.º 201/1995, Série I-A de 1995-08-31;

PORTUGAL. Lei n.º 59/99, de 30 de junho, Diário da República n.º 150/1999, Série I-A de 1999-06-30;

PORTUGAL. Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, Diário da República n.º 175/2015, Série I de 2015-09-08;

RECOMENDAÇÃO n° R (84) 4, de 28 de fevereiro de 1984, Comité de Ministros do Conselho da Europa (367º sessão);

RESOLUÇÃO 2079 (2015), de 2 de outubro de 2015, adoptada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (36º Sessão);

WEBGRAFIA

<http://www.ncsl.org/research/human-services/child-support-and-parenting-time-orders.aspx>.

Consultado em 08/10/2018.

<http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>. Consultado em 17.10.18.

https://www.researchgate.net/publication/285909219_Custody_and_parenting_time_links_to_family_relationships_and_well-being_after_divorce. Consultado em 18.10.2018.

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Consultado em 18/10/2018.

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206. Consultado em 08.11.2018.

<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/139/2015-05-28/53?pgs=53-71&org=PLC&plcdf=true>. Consultado em 28/03/2019;

<http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2012/02/cochem-zell.pdf>.

<http://familiacomdireitos.pt/a-guarda-compartilhada-a-vinculacao-e-o-lugar-casa-da-crianca/>. Consultado em 15/04/2019

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2016_chapitre1.pdf. Consultado em 10.12.2018.

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat%20132%20def.pdf. Consultado em 13/10/2018.

<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>. Consultado em 13.03.2019

<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1583>. Consultado em 29/01/2019;

<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218722582J2vZM0qb0Xf05ZG5.pdf>. Consultado em 19.02.2019;

<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>. Consultado em 13.03.2019;

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 01.04.2019;

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhePeticao.aspx?BID=13214>. Consultado em 17/04/2019.

<https://www.dignidade.pt/carta-aberta>. Consultado em 17/04/2019.