

Tribunal da Relação de Coimbra
Processo nº 2311/18.0T8PBL-A.C1

Relator: ALBERTO RUÇO

Sessão: 11 Dezembro 2018

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA

RESPONSABILIDADES PARENTAIS

CRIANÇA

RESIDÊNCIA ALTERNADA

Sumário

I- Mesmo não existindo acordo entre os pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906.º do Código Civil –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho, porquanto, em abstrato, é a situação que se encontra mais próxima da vivência em comum entre pais e filhos e melhor promove as vantagens daí resultantes para a criação, desenvolvimento e solidificação dos vínculos afetivos próprios da filiação.

II – Esta opção depende da sua exequibilidade prática e não pode, por isso, ser tomada provisoriamente, quanto a um menor com 3 anos de idade que sempre viveu com a mãe, ao abrigo do disposto no artigo 28.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro), num momento processual em que o conhecimento do modo de vida quotidiano do pai é deficiente.

Texto Integral

I. Relatório

a) O presente recurso insere-se num processo especial de regulação de responsabilidades parentais e vem interposto da decisão provisória, que a seguir se indicará, tomada ao abrigo do disposto no artigo 28.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante citado como RGPTC), aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

No termo da conferência prevista no artigo 35.º do RGPTC, não tendo sido obtido acordo entre os progenitores quanto à regulação das responsabilidades parentais relativamente ao menor M (...), filho de ambos, porque o pai não abdicou da residência alternada e a mãe não concordou com tal regime, o juiz proferiu a seguinte decisão provisória:

«Considerando que os pais não estão de acordo quanto à residência do M (...) entendendo a mãe que a criança deverá residir habitualmente consigo, ao passo que o pai não abdica da residência alternada, nos termos do disposto no art.º 28º e art.º 38º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, para além de remeter os pais para Audição Técnica Especializada, como requereram, importa fixar regime provisório.

Os pais declararam que se separaram há cerca de 2 meses e meio, passando desde então o M (...) a residir habitualmente com a mãe, com fins de semana passados com o pai. A mãe entende que a residência alternada não será adequada por poder destabilizar o M (...) ao passo que o pai pretende mais tempo com o seu filho, declarando que a mãe o tem por vezes impedido.

Ambos os pais trabalham, sendo o pai empresário agrícola e a mãe empregada de balcão num café, auferindo respectivamente os montantes mensais de 680€ e 610€.

Como despesas mais significativas tem o pai o crédito pessoal no montante de 70€, telefone e internet 50€, infantário 100€, pensão de alimentos 140€.

Como despesas mais significativas tem a mãe a quantia de 250€ de renda de casa, 110€ de crédito pessoal, 100€ de infantário e 60€ de telefone e internet.

Ambos os pais concordam com a prestação de alimentos que o pai neste momento se encontra a pagar à mãe no montante de 140€, acrescendo 100€ a título de prestação mensal do infantário a cargo do pai.

Dito isto, sendo tempo de fixar convívios habituais com o pai, tendo em conta que há cerca de 2 meses e meio a criança reside habitualmente com a mãe, o Tribunal fixa o regime provisório.

1º

(Exercício das Responsabilidades Parentais)

1.1 - As responsabilidades parentais referentes às questões de particular importância para a vida da criança serão exercidas em comum por ambos os pais, designadamente:

- definição da sua orientação escolar e religiosa;
- inscrição ou transferência de estabelecimento de ensino;
- emigração e viagem ao estrangeiro;
- celebração de contrato de trabalho nos casos legalmente previstos para crianças;
- celebração de casamento após os 16 anos de idade;
- realização de tratamentos médicos invasivos ou de intervenções cirúrgicas.
- intentar acções em juízo; e
- obter licença de condução de ciclomotores.

1.2 - À mãe compete o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente da criança, sem prejuízo da intervenção do progenitor não-residente durante o período de tempo em que a criança esteja consigo, sem contudo contrariar as orientações educativas mais relevantes da mãe.

2ª

(Residência da Criança)

2.1 - O M (...) ficará entregue à mãe, com quem residirá habitualmente.

3ª

(Direito de convívio regular/organização dos tempos da Criança)

3.1 - O pai poderá estar com a criança sempre que tenha disponibilidade mediante acordo prévio com a mãe sem prejuízo das actividades e descanso.

3.2 - O pai poderá estar com o M (...) em fins-de-semana alternados, indo recolher a criança à sexta-feira no final das actividades e entregar na segunda-

feira de manhã no infantário/escola/casa da mãe, consoante seja período escolar ou de férias.

3.3 - Todas as quartas-feiras, o pai recolhe a criança no final das actividades e entrega na quinta-feira de manhã no infantário/escola/casa da mãe, consoante seja período escolar ou de férias.

3.4 - Nas férias escolares de Natal e Páscoa o M (...) passará, alternadamente, uma semana com cada um dos pais, sendo que a próxima primeira semana de cada período caberá ao pai.

3.5 - A noite da Consoada, dia de Natal, noite de fim de ano, dia de Ano Novo e dia de Páscoa, o M (...) passará alternadamente com cada um dos pais, sendo que os próximos dias de Natal e Ano Novo a criança passará com o pai e as noites da Consoada e de fim de ano passará com a mãe.

3.6 - Nas férias escolares de Verão, o M (...) passará três semanas com o pai, em três períodos de uma semana, a acordar entre ambos.

4^a

(Alimentos e forma de os prestar)

4.1 - Tendo em conta o acordo de ambos os pais, fixa-se a pensão de alimentos a cargo do pai no montante de 140€, a entregar à mãe até ao último dia de cada mês para o, a que acresce metade das despesas escolares, incluindo infantário, mais metade das despesas de saúde.

4.2 - A quantia ora acordada será actualizada anualmente, no montante de 1,00 € com início em Janeiro de 2019».

b) É desta decisão que vem interposto o recurso.

As respetivas conclusões são as seguintes:

(...)

- Deve o recurso merecer provimento, revogando-se o decidido provisoriamente por forma a salvaguardar, os superiores interesses do menor M (...) e, substituído por outra que privilegie a residência e guarda alternada. **Justiça».**

c) A recorrida contra-alegou, pugnando pela manutenção da decisão sob recurso.

Concluiu deste modo:

(...)

Termos em que, não deverá ser dado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão recorrida, assim se fazendo justiça».

II. Objeto do recurso

Tendo em consideração que o âmbito objetivo dos recursos é balizado pelas conclusões apresentadas pelos recorrentes (artigos 639.º, n.º 1, e 635.º, n.º 4, ambos do Código de Processo Civil), sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso, se for o caso, o presente recurso coloca apenas a questão de saber se o menor, provisoriamente, até à decisão final do processo, deve viver em regime de residência e guarda alternada ou deve manter-se a decisão recorrida que fixou a residência do menor apenas com a mãe.

III. Fundamentação

a) Matéria de facto - Factos provados

Os factos a levar em consideração são os que constam do relatório que antecede e se mostram consensuais.

b) Apreciação da questão objeto do recurso.

Vejamos então se, provisoriamente, até à decisão final do processo, o menor deve viver em regime de residência e guarda alternada ou deve manter-se a decisão recorrida que fixou a residência do menor apenas com a mãe.

Ponderada a situação e adiantando já a solução, a resposta a dar é no sentido de manter a decisão recorrida, pelas seguintes razões:

(I) Concorde-se com o Recorrente, mas como afirmação geral, que a residência e guarda alternada dos filhos é a solução que melhor defende o interesse destes, porque é a que se encontra mais próxima da vivência em comum e pais e filhos e melhor promove as vantagens daí resultantes para a criação, desenvolvimento e solidificação dos vínculos afetivos próprios da filiação, sendo os primeiros anos de vida das crianças fundamentais neste processo.

Parece resultar da lei a impossibilidade legal do menor viver alternadamente com cada um dos progenitores.

Com efeito, a redação do n.º 3 do artigo 1906.º do CC inculca esta ideia ao referir 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, esta redação também pode querer significar que a lei assume que é esta a regra, mas não fecha a porta a outras situações, designadamente aquelas em que há acordo entre os progenitores.

A jurisprudência das Relações tem admitido esta possibilidade ([1]), muito embora rejeite a solução, como não podia deixar de ser, nos casos em que ela não mostra servir o interesse do menor.

Porém, mesmo admitindo que a lei não proíbe a residência alternada do menor com cada um dos pais, coloca-se a questão de saber se a residência alternada pode ser decretada pelo tribunal fora das hipóteses em que os pais estão de acordo ([2]).

A resposta deve ser dada em sentido afirmativo, pelas seguintes razões:

Em *primeiro lugar*, verifica-se que a lei é aberta quanto a este ponto, pois em lado algum proíbe que o tribunal possa estabelecer a residência alternada do menor na falta de acordo entre os progenitores.

Em *segundo lugar*, esta solução pode em alguns casos ser a solução que serve melhor os interesses do menor, mormente quando é do desejo deste viver alternadamente com ambos os pais e esse desejo se funda em razões válidas ou, pelo menos, não existem razões que o contraindiquem.

Em *terceiro lugar*, cumpre observar que dentro dos múltiplos casos em que a questão se coloca no dia-a-dia dos tribunais, o desacordo dos pais pode ter intensidade muito diversa e os fundamentos do desacordo podem ser os mais variados, sendo uns aceitáveis, válidos, e outros abusivos.

Um progenitor pode opor-se porque estando já o menor a viver consigo, não lhe convém que o filho tenha residências alternadas porque isso implica perder o montante de alimentos que o outro lhe paga; ou entende que o outro progenitor não tem capacidade para cuidar do filho nesse período; ou tem receio que o novo cônjuge do outro progenitor cative afetivamente o menor e este passe a gostar tanto dele como gosta de si; ou porque receia que o menor partilhando a residência do outro progenitor passe a preferir passar mais tempo com ele do que consigo, etc.

Por conseguinte, podendo o leque dos motivos de desacordo ser tão amplo, mostra-se desajustada uma regra que abranja todos os casos em que os cônjuges não estão de acordo quanto à residência alternada do menor com cada um dos pais.

Ao invés, o desacordo de um dos progenitores só será relevante para inviabilizar a residência alternada do menor com cada um dos pais, quando se fundamente em motivos factuais relevantes, como, por exemplo, entre outros:

Incapacidade do outro cônjuge, traduzida em factos, para cuidar do menor

Existência de elevada conflitualidade entre os progenitores especialmente visível quando têm que se encontrar ou falar um com o outro.

Diversidade acentuada no que respeita aos horários em que o menor começa a dormir e se levanta ou toma as refeições, com repercussões nos hábitos alimentares, rotinas de sono e rendimento escolar, etc.

Distância considerável entre a residência do outro progenitor e a escola que o menor frequenta (ou mudança de infantário se o menor ainda não frequentar o ensino).

Desleixo do outro progenitor em questões de acompanhamento no estudo ou faltas frequentes às atividades extracurriculares, etc.

De salientar, porém, que estes casos, em que o cônjuge discorda da residência alternada, tendem a coincidir com os casos em que o tribunal não a decretaria, por ser prejudicial aos interesses do menor.

Em *quarto lugar*, cumpre referir que esta medida pode ser mais benéfica para o menor que a residência exclusiva com um dos progenitores.

Com efeito, esta situação é a que está mais próxima daquela que existia quando os pais viviam na mesma casa.

De facto, o menor continuará a estar com ambos os pais por períodos prolongados e equivalentes e poderá continuar a estabelecer com os mesmos relações de maior intimidade, pois quanto mais elevada for a frequência dos contactos, melhor conhecimento recíproco existirá.

O próprio menor sentirá que pertence aos dois lares em igualdade de circunstâncias e não se sentirá em caso algum uma «visita» quando está com o outro progenitor e restantes pessoas do seu agregado familiar, agregado que

é «forçado» a ter um «espaço» perene, reservado, para o menor em cada uma das casas e não um espaço sentido como «provisório» pelo menor ou tido como tal pelos outros elementos do agregado familiar.

Em *quinto lugar*, como salienta Jorge Duarte Pinheiro ([3]), «O modelo legal actual de exercício das responsabilidades parentais nos casos de progenitores que nunca viveram juntos, que se divorciaram ou se separaram, implica uma situação nitidamente desigualitária: em regra, é atribuída a maior parcela temporal do poder de decisão em actos da vida corrente do filho a um dos progenitores (o chamado “progenitor residente”) e, como se não bastasse, o outro (progenitor não residente), quando esteja temporariamente com o filho, está impedido de “contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”.

A preferência devia ter recaído sobre o modelo de exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo de exercício entre cada um dos progenitores. Deste modo seria assegurado o princípio da igualdade entre os progenitores (art. 36.º, n.º 5, da CRP); seria dado um contributo para criar uma cultura autêntica de partilha de responsabilidades entre eles (já que o modelo de exercício conjunto mitigado “onera” especialmente um dos progenitores); e seria feita uma tentativa para dar à criança dois pais, em vez de um só ou de um e meio (o modelo de exercício conjunto mitigado diminui, ou até anula, a posição de um dos pais)».

Por fim, dir-se-á ainda que se afigura ser esta a tendência que se verificará no futuro ([4]), por ser aquela que será a preferida dos menores e dos progenitores quando as circunstâncias factuais o permitirem, como ocorre quando ambos os progenitores moram na mesma cidade ou a distâncias que possam ser percorridas sem alterar as rotinas e mostram capacidade para superarem divergências entre si.

Contra esta medida argumenta-se, essencialmente, que ela destrói as rotinas das crianças, pode ser causa de cansaço e desgaste para elas e gera focos de tensão entre os pais devido à diversidade de diretrizes que podem dar aos filhos em questões de educação e outras quando estão com cada um dos progenitores ([5]).

Sem dúvida que isso pode acontecer e quando se revelar nocivo para os interesses dos filhos não deve implementar-se a alternância de residências.

Mas só nestes casos é que existirão razões para não enveredar pela alternância de residências.

Concluindo, dir-se-á que a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, desde que tal situação sirva os interesses dos filhos e possa ser implementada, mesmo que não exista acordo dos pais, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes.

(III) Como acabou de se referir, a residência alternada será, em tese geral a solução mais adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Porém, a situação factual de fundo em que vivem os pais e o menor tem sempre a última palavra na hora de decidir esta questão.

Isto é, esta opção depende da sua exequibilidade prática.

(IV) Verifica-se, no caso concreto, que não é conhecida, de modo suficiente, a situação factual em que vive atualmente o Recorrente e inclusive a Recorrida e o filho.

Sabe-se, porém, por ser consensual, que o menor, agora com 3 anos de idade, sempre viveu com a Recorrida.

Por conseguinte, sendo esta a situação de facto, que nada indica ser prejudicial aos interesses do menor, e sendo desconhecidas as circunstâncias em que vive o Recorrente pai, é prudente manter a situação inalterada até ser conhecido o modo de vida quotidiano do pai e aptidões deste no sentido de cuidar de uma criança com três anos de idade.

Decide-se, por isso, desatender a pretensão do Recorrente pai.

IV. Decisão

Considerando o exposto, julga-se o recurso improcedente e mantém-se decisão recorrida.

Custas pelo Recorrente.

*

Coimbra, 11 de Dezembro de 2018

Alberto Ruço (Relator)

Vítor Amaral

[1] Neste sentido, acórdão do TRL de 18 de março de 2013 no processo n.º 3500/10.0TBRR (Maria de Deus Correia): «O regime de residência alternada não é, normalmente, o mais adequado no caso de conflito acentuado entre os progenitores e em que estejam em causa crianças muito pequenas».

Acórdão do TRL de 19 de junho de 2012 no processo n.º 2526/11.1TBRR (Graça Araújo): «O artigo 1906.º do Código Civil não veda a hipótese de guarda alternada, não existindo outrossim impedimento à existência de dois domicílios do menor, assim como sucede com qualquer pessoa que resida alternadamente em diversos lugares (artigo 82.º n.º 1 do Código Civil).

Mas ainda que se entenda que o tribunal tem de determinar uma única residência do filho, enquanto “ponto de referência da vida jurídica da criança”, com consequências que se não compadecem com alterações».

Acórdão do TRP de 28 de junho de 2016 no processo n.º 3850/11.9TBSTS-A (Luís Cravo): «Entre os 4 e os 10 anos, a “residência alternada” apenas deve ser adotada, nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro como progenitor».

Acórdão do TRP de 13 de maio de 2014 no processo 5253/12.9TBVFR-A (Rodrigues Pires): «A solução da “guarda alternada” (o filho ficará a residir alternadamente com cada um dos progenitores por períodos idênticos – 1 semana; 2 semanas; 1 mês) apresenta inconvenientes relacionados com a instabilidade que cria nas condições de vida do menor, motivadas pelas constantes mudanças de residência.

Contudo, a solução da residência alternada pode ser adoptada se os pais, acordando nesse sentido, mostrarem uma inequívoca vontade de cooperar e de pôr de parte os seus diferendos pessoais.

Não deve, porém, ser seguida num caso em que o menor tem cinco anos de idade e existe um clima de animosidade entre os pais».

Acórdão do TRL de 17 de dezembro de 2015 no processo n.º 6001/11.6TBCSC (Anabela Calafate): «Revelando os factos provados que há grande proximidade geográfica entre as residências dos progenitores e que ambos favorecem o contacto da criança com o outro, mostra-se adequado o regime de guarda

alternada num caso como o dos autos em que a criança já tem seis anos de idade».

Acórdão do TRL de 9-5-2013 no processo n.º 1297/12.9TBBRR (António Valente): «É de admitir o acordo de ambos os progenitores, divorciados, visando, no âmbito da regulação do poder paternal, que a filha menor, agora com dez anos de idade, passe a viver alternadamente em casa de cada um deles.

Trata-se de uma situação que já vem ocorrendo desde 2007, sem que seja conhecido qualquer efeito nefasto na menor.

Estamos aqui perante uma medida excepcional, face ao critério geral mais recomendável de os menores viverem à guarda e com um dos progenitores, beneficiando o outro do regime de visitas, e que se justifica porque no caso em apreço ambos os progenitores são tripulantes de aviões e a sua profissão obriga-os a estarem ausentes no estrangeiro duas semanas intercaladas em cada mês».

Os acórdãos citados podem ser consultados em www.dgsi.pt.

[2] Em sentido negativo: acórdão do TRP de 20 de Outubro de 2010 no processo n.º 134/04.2TBOVR-C (Sílvia Pires): «Na falta de acordo de um dos pais, tanto o exercício conjunto do poder paternal, a que se refere o art. 1906.º n.º 1 do C. Civil, bem como a fixação de um regime misto previsto no n.º 3 do mesmo artigo, não é passível de ser imposto por decisão judicial»

Acórdão do TRL de 14 de Fevereiro de 2015 no processo n.º 1463/14.2TBCSC (Catarina Arêlo Manso) «Não havendo acordo dos pais, não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais».

Acórdão do TRC de 6 de outubro de 2015 no processo n.º 1009/11.4TBFIG-A (Jorge Arcanjo) «Na falta de acordo, e como princípio geral, não é legalmente admissível a guarda conjunta ou partilhada, como parece resultar do art.1906º, nº 7 do CC».

Em sentido afirmativo: acórdão do TRL de 07 de agosto de 2017 no processo n.º 835/17.5T8SXL-A (Pedro Martins): «No exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, os pais podem estar em desacordo quanto à residência do filho; nesse caso o tribunal decidirá a questão da residência de acordo com o interesse do filho tendo em conta todas as circunstâncias relevantes.

A decisão, quer provisória, quer definitiva, pode ser, se isso for do interesse do filho, a da residência alternada com cada um dos pais por um certo período de tempo, sendo as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho exercidas por aquele dos pais com quem o filho estiver a residir nesses períodos».

Os acórdãos citados podem ser consultados em www.dgsi.pt.

[3] *Ob. Cit.*, pág. 249.

[4] A este propósito Katharina Boele-Woelki refere que «Normalmente, a residência habitual da criança é com um dos progenitores, mas os progenitores, num número cada vez maior de casos, acordam em fixar um modelo de residência alternada para o filho numa base de, por exemplo, 50:50 ou 60:40» - *A harmonização do direito da família na Europa: uma comparação entre a nova lei portuguesa do divórcio com os princípios da CEFL sobre direito da família europeu*. In: Nova lei do divórcio (Grupo parlamentar do Partido Socialista), [2008, pág. 41.

[5] Como refere Maria Clara Sottomayor, os pontos positivos e negativos giram à volta destas questões: «A guarda conjunta física, implicando uma divisão da responsabilidade quotidiana pelos dois pais, evita a fadiga psicológica e emotiva geralmente sentida pela mãe, quando é a única a cuidar da criança e a exercer o poder paternal. Diz-se ainda que a igualização dos direitos e responsabilidades dos pais diminui a conflitualidade e encoraja a cooperação entre estes, pois, deixa de haver um perdedor e um vencedor, o que reduz a tentativa de denegrir a imagem um do outro através de acusações mútuas. Por outro lado, mesmo que num período inicial subsista alguma conflitualidade entre os pais estes tendem, com a passagem do tempo, a ultrapassarem os seus conflitos, adaptando-se à nova situação e relacionando-se de uma forma pragmática. Diferentemente, os opositores da guarda conjunta afirmam que esta, quando envolve alternância de residências, provoca à criança uma grande instabilidade, sensações de ansiedade e de insegurança. O contacto com ambos os pais é susceptível de gerar conflitos de lealdade na criança, tentativas de manipulação dos pais, problemas de disciplina, devido à exposição destes a diferentes modelos de educação e de estilos de vida. Alguns autores salientam ainda que a guarda conjunta física faz a criança

viver uma fantasia de reconciliação dos pais, dificultando a sua adaptação ao divórcio daqueles» - *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.^a edição. Almedina, 2014, págs. 253-254.
