

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 6334/16.5T8LRS-A.L1-2

Relator: PEDRO MARTINS

Sessão: 06 Fevereiro 2020

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PROCEDENTE

EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

ALTERAÇÃO DA REGULAÇÃO

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

RESIDÊNCIAS ALTERNADAS

Sumário

I - Se o acordo sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais ocorreu em Maio de 2016, relativamente a um menor de 2 anos e meio, um mês depois da separação dos pais, havendo então um entendimento jurisprudencial dos tribunais da relação quase unânime de que não era possível fixar a residência alternada sem o acordo dos pais e muito menos em caso de filhos com menos de 3 anos, há uma alteração de circunstâncias relevante se entretanto decorreram 2 anos, a mãe passou a viver com um companheiro e o pai passou a viver num agregado familiar com uma companheira e o filho menor desta em semanas alternadas e, em meados de 2019, tendo a criança já 5 anos e meio, as concepções jurídicas sobre as condições necessárias para a fixação da residência alternada evoluíram para um quase consenso de sentido contrário ao vigente até inícios de 2016.

II - Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os pais, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem, a residência alternada é a que melhor aptidão tem para preservar as relações de afecto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os pais, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que necessariamente concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos, das responsabilidades parentais (parafraseou-se o ponto V do sumário do ac. do

TRL de 24/01/2017, proc. 954-15.2T8AMD-A.L1-7).

III - O argumento da inexistência de conflito entre os progenitores como obstáculo à fixação da residência alternada não tem autonomia em relação aos requisitos negativos para o exercício conjunto das responsabilidades parentais previstos no art. 1906-A do CC ou à exigência de respeito pelas orientações educativas mais relevantes tomadas pelos dois para esse exercício conjunto.

IV - Se a falta de capacidade de diálogo, entendimento e cooperação entre os progenitores não impede o exercício conjunto das responsabilidades parentais, ela não impede também, nem poderia impedir, a residência alternada. Aquelas capacidades só têm a ver com a necessidade de respeito pelas orientações educativas mais relevantes por eles tomadas para o exercício em comum das responsabilidades parentais e de não se porem em causa as condições para esse exercício.

V - A exigência de um projecto de vida em comum também não pode ir além da exigência de os progenitores acordarem entre si orientações educativas relevantes para o exercício em comum das responsabilidades parentais. A incapacidade para o fazerem pode ser suprida pelo tribunal e só deve ser impeditiva da residência alternada se puser em perigo a segurança, saúde, formação e educação dos filhos.

VI - Os pais devem alimentos aos filhos (art. 1874/2 do CC) e os alimentos devem ser proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los (art. 2004/1 do CC), pelo que, havendo uma desproporção evidente de meios entre os progenitores (como é o caso dos autos), aquele que tem mais tem de pagar mais do que o outro, mesmo que seja fixado o regime de residências alternadas.

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa os juízes abaixo identificados

A 11/05/2018, P, dando-se como residente em Santo António dos Cavaleiros [mais tarde em Lisboa], intentou uma acção para alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais contra M, dada como residente em Bucelas, relativamente ao filho de ambos, o menor F.

Diz, em síntese, que por decisão transitada em julgado foi homologado o acordo relativamente ao menor, ficando este a residir com a mãe e a passar fins-de-semana alternados com o pai (das 9h de Sábado às 19h de Domingo), com alimentos ao filho a prestar pelo pai; neste momento, entende que este acordo não defende o superior interesse do menor; tratando-se de um regime de visitas tão redutor, a relação entre o pai e o menor não está a ter a

evolução natural; pretende uma participação mais activa na vida do menor, permitindo assim a progressão do crescimento educacional e afectuoso entre ambos; reúne as condições domésticas e familiares necessárias ao bem-estar quotidiano do menor; é senso comum que reveste uma extrema essencialidade para o saudável crescimento do menor que este possa ter uma relação equitativa com ambos os progenitores; propõe que o menor passe a residir com a mãe e o pai, em períodos semanais alternados, com a consequente repartição igualitária das despesas.

A mãe opôs-se à pretendida alteração, alegado que o regime em vigor se tem revelado o mais adequado ao desenvolvimento do menor, que é uma criança feliz, saudável, bem-disposta, sociável, e bem adaptada às suas rotinas; não só não houve qualquer alteração de circunstâncias desde que os pais do menor acordaram o regime em vigor, como as alterações pretendidas pelo pai irão causar grande instabilidade no menor, que ainda tem tenra idade.

Realizada a conferência de pais a 07/11/2018, na qual, estes não lograram chegar a acordo, foi, a título provisório, alargado o período de convívio do pai com o menor, passando, os fins-de-semana alternados com o pai, a ocorrerem de 5^a-feira ao final das actividades escolares até 2.^a-feira seguinte ao início das actividades escolares; e repartiu-se de forma igualitária o período de férias escolares.

Tendo os progenitores sido notificados para alegarem, ambos o fizeram, mantendo as posições que antecedem.

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento a 04/07/2019, em que não foram ouvidas testemunhas; depois foi proferida sentença que manteve o regime de exercício anterior, já com as alterações introduzidas provisoriamente, acrescentando-se a possibilidade de o menor passar com o pai outros períodos a acordar por ambos os progenitores e retirando-se dos “alimentos” a referência à comparticipação nas despesas de vestuário.

O pai recorre desta sentença para que seja alterada quanto à questão da residência com a mãe, porque entende que a residência do menor devia ser alternada entre os progenitores.

A mãe contra-alegou no sentido da improcedência do recurso.

*

Questões a decidir: se deve ser fixada a residência do menor alternadamente com a mãe e com o pai (sendo que a decisão positiva terá reflexos necessários nos alimentos e no regime de visitas)._

*

Foram dados como provados os seguintes factos com interesse para aquelas questões [acrescentaram-se dois incisos, um no ponto 3 dos factos provados, com base na certidão judicial que consta do processo, e outro no ponto 5, com

base no relatório social e no documento junto pela mãe]:

1. F nasceu a 30/09/2013 e é filho do requerente e da requerida.
2. F viveu com os pais, até à separação destes, ocorrida em Abril de 2016, estando desde então a morar apenas com a mãe.
3. Por acordo dos progenitores [com carimbo de data de entrada no tribunal a 25/05/2016] e judicialmente homologado a 16/06/2016, foi fixada a residência do menor junto da mãe, cabendo a ambos os progenitores a decisão das questões de particular importância para a vida do filho, passando o menor com o pai fins-de-semana alternados de sábado de manhã a domingo ao final do dia, períodos de férias, dias e épocas festivas, contribuindo o pai com uma pensão de 200€ mensais e repartindo ambos os progenitores, em igual proporção, as despesas de saúde, de educação, com actividades extracurriculares e com o vestuário do menor.
4. Em conferência de pais realizada no dia 07/11/2018, foi alterado provisoriamente o regime de convívios e férias do menor com o pai, passando F a passar com o pai fins-de-semana alternados de 5.ª-feira ao final das actividades escolares a 2.ª-feira seguinte ao início de tais actividades, uma semana nas férias escolares do Natal, outra nas férias escolares da Páscoa e uma quinzena em Julho e outra em Agosto.
5. F frequenta o pré-escolar numa Associação [em Pinheiro de Loures], sendo assíduo e pontual, apresentando um óptimo comportamento, está bem integrado no meio escolar, relacionando-se bem com os pares e com os adultos, sendo a mãe a sua encarregada de educação.
6. Requerente e requerida despendem, cada um, com a mensalidade do estabelecimento escolar do filho, cerca de 89€ por mês.
7. F, a mãe e o companheiro desta vivem numa vivenda adquirida pelo casal, composta por três quartos, três casas de banho, sala cozinha, sótão e espaço exterior.
8. O agregado familiar materno tem como rendimentos, o ordenado da requerida, como gestora de qualidade, que é de cerca de 1400€ mensais, e o ordenado do companheiro da requerida, como piloto, que é de cerca de 6000€ mensais.
9. O agregado familiar materno tem cerca de 1340€ de despesas fixas mensais referentes ao empréstimo bancário para aquisição da habitação, consumos domésticos, comunicações, combustíveis e mensalidade de um empréstimo para aquisição de um automóvel.
10. O requerente vive com a companheira e o filho desta (este em semanas alternadas) em apartamento T2, composto por dois quartos, sala, cozinha e casa de banho, sendo um quarto ocupado pelo casal e o outro, com beliche, partilhado pelas duas crianças (o F, quando está com o pai e o filho da

companheira do pai, quando está com a respectiva mãe).

11. O agregado familiar paterno tem como rendimentos, o ordenado do requerente, como gestor de projectos na informática, que é de cerca de 2200€ mensais, e o ordenado da companheira do requerente, como consultora na mesma empresa, que é de cerca de 1100€ mensais.

12. O agregado familiar paterno tem cerca de 1160€ de despesas fixas mensais referentes ao empréstimo bancário para aquisição da habitação, consumos domésticos, comunicações, passe de transportes, combustível, mensalidade de um empréstimo para aquisição de um automóvel e avença mensal para estacionamento da viatura do requerente.

13. Ambos os progenitores do F demonstram capacidades para o exercício das funções parentais, denotam conhecimento e pretendem corresponder às necessidades do filho, parecendo ficados [*sic* => fixados] em garantir o seu bem-estar, a sua estabilidade emocional e em lhe proporcionar as condições adequadas ao seu desenvolvimento.

14. Ambos são participativos na vida escolar do filho, sendo a mãe, enquanto encarregada de educação, mais activa/participação [*sic* => participante].

*

A sentença recorrida tem a seguinte fundamentação quanto à questão da residência do menor:

Nada nos autos demonstra qualquer necessidade, nem tão-pouco mera conveniência em alterar a residência do menor, de jun-to da mãe, para alternada entre o pai e a mãe. Nem sequer qualquer facto concreto foi alegado ou está provado que nos permita concluir ter havido alteração superveniente de circunstâncias que o justifi-quem.

A única coisa que mudou, foi o alargamento dos períodos de convívio do menor com o pai [...] passando com ele, mais dois se-rões (de quinta-feira e de Domingo) por quinzena, com respectivas pernoitas e refeições e mais tempo de férias.

Esta alteração de circunstâncias só pode, por si só, justificar a alteração do regime fixado, na justa medida da alteração provisória ocorrida, e nada mais, sob pena de violação do disposto no art. 42/1 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

[...]

Não só está legalmente vedado alterar o regime de residência do menor, face aos princípios da certeza e segurança jurídicas e da força do caso julgado, na ausência de alteração superveniente de circunstâncias, como tal alteração, na ausência de factos alegados e provados que nos permitissem concluir que o menor está mal só com a mãe ou estaria muito melhor a residir também com o pai, sempre seriam um factor de desestabilização das rotinas atuais do menor

e por si já bem assimiladas.

A tal sempre se oporia, no contexto actual, o princípio da estabilidade do menor.

Importa ainda referir que, o regime actual está a dar bons resultados, conforme se alcança do ponto 5 dos factos provados.

Por outro lado, o novo regime provisório, sem por em causa os interesses do menor, vão de encontro ao desejo do pai de participar mais na vida do filho. Muito embora não se deva alterar a residência do menor, nada obsta a que, na esteira das alterações provisórias ao regime efectuadas em Novembro de 2018, haja uma mais igualitária repartição dos períodos de férias de Natal e de verão [...].

*

O pai interpôs recurso desta sentença - para que seja revogada e substituída por outra que fixe a residência alternada -, terminando as suas alegações com as seguintes conclusões que se transcrevem na parte útil e com simplificações: [...]

- g) Independentemente do regime alargado de convívios ora fixado, a verdade é que o menor continua a residir com a mãe, mantendo o foco da vida centrado na figura materna e com uma maior distância face à figura paterna;
- h) Apenas a residência alternada irá de encontro com o superior interesse da criança e fará com que a distância paternal se elimine, passando o menor a ter ambas as figuras, materna e paterna, como centrais na sua vida;
- i) A solução deverá ser encontrada de acordo com o superior interesse do menor e tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, indo assim de encontro com o disposto no art. 1906/5 do Código Civil;
- j) O pai reúne as necessárias condições económicas e de habitabilidade para ter o menor consigo, mostrando-se apto a velar pela segurança, saúde, educação e desenvolvimento do menor;
- k) O pai é participativo, preocupado e afectuoso com o menor, fazendo questão de ser um pai plenamente presente em todos os temas da vida do F;
- l) Ambos os pais não residem a longa distância um do outro, sendo perfeitamente possível para o menor frequentar a mesma escola sem ter que realizar longos percursos para as aulas;
- m) O menor F mantém uma relação saudável com o pai, existindo entre ambos laços afectivos que apenas se tenderão a fortalecer com um maior convívio através daquele que seria o regime de justo, de residência alternada;
- n) Atendendo à idade do menor, que completará os 6 anos de idade em 30/09/2013, rapidamente se adaptará à forma de vida com duas residências;
- o) Não existe, pois, nenhum fundamento bastante para privar o F de uma relação de proximidade com o pai em igual medida daquela que estabelece

com a mãe;

p) Da mesma forma, a decisão não vai de encontro com aquilo que vem estabelecido no artigo 1906/7 do CC, ferindo o superior interesse do menor ao impedi-lo de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores de forma igualitária;

q) Não existem dúvidas de que o regime de residência alter-nada consagra o direito do menor ao relacionamento com ambos os pais, assim como preserva a relação dos pais com a criança;

r) Além disso, coloca ambos pais em posição de estrita igualdade, favorecendo amplas oportunidades de contacto do menor com ambos os pais e de partilha de responsabilidades entre os pais, algo que não se verifica com a decisão ora recorrida;

[...]

t) Verifica-se uma franca disponibilidade manifestada pelo pai em promover relações habituais com o filho, que apenas não são tão próximas devido ao regime limitado de convívio ora imposto;

u) Nos dias de hoje, pai e mãe assumem em relação aos filhos posições e papéis tendencialmente paritários, um e outro trabalham-do fora e ambos cuidando e acompanhando, de forma próxima e diária, o desenvolvimento dos filhos em família e na sociedade;

v) Ora, é exactamente o que o pai pretende, cumprir os direitos e deveres enquanto pai que fazem parte do conteúdo daquilo que é a responsabilidade parental, velando pela segurança e saúde do filho, provendo ao seu sustento, dirigindo a sua educação, representá-lo no necessário - tudo de forma igualitária à figura materna;

w) Tal somente será exequível com a alteração do regime para aquele que vem proposto pelo pai;

x) Permitindo ao menor, no seu superior interesse, conceber a existência de duas figuras essenciais ao seu desenvolvimento, ao seu quadro comportamental e formador de carácter, figuras essas iguais e que farão parte da sua vida na mesma medida;

A mãe contra-alegou, com a seguinte síntese, que se transcreve na parte útil e com simplificações:

2 - O pai pretendia a residência alternada e, com esse regime, sempre poderia evitar o pagamento da pensão de alimentos.

[...]

6 - Na audiência de julgamento, nenhuma prova produziu o pai sobre o direito por si reclamado, limitando-se a reproduzir a alegação contida na petição inicial.

[...]

13 - O regime pretendido pelo pai pressupunha muito relevante alteração ao regime vigente, que mais recentemente, já com as alterações provisórias introduzidas, se revelou o mais conveniente na vida e no interesse do menor.

14 - Interessa manter estreito contacto entre pai e filho, mas acompanhado da adequada estabilidade e, sobretudo, num contexto parental de grande estabilidade e confiança, que actualmente não existe.

15 - Com o actual clima conflituoso e de crispação entre os progenitores, com um evidente desacordo de ambos sobre a residência do menor, entendeu, e bem, o tribunal *a quo*, que seria do interesse do F, introduzir algumas alterações ao regime que vigorava, mas sem alterar a guarda e residência que existiam.

[...]

17 - A actual discordância e animosidade existente entre os pais desaconselha a alternância pretendida pelo pai.

18 - Jurisprudencialmente, já existe uma orientação que pre-coniza que “ Entre os 4 e os 10 anos ‘a residência alternada’ apenas deve ser adoptada nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro progenitor.”

19 - Não é o caso.

20 - Diz ainda a jurisprudência acima referida que quando pai e mãe não estão de acordo e as relações entre eles não estão pacificadas, não podem de modo algum ficar com guarda alternada, sendo certo que, bastava não estarem de acordo, para não poder decidir-se uma guarda conjunta.

21 - A actual estabilidade do menor não é compatível com o estado de relacionamento dos pais.

22 - O que foi muito bem entendido pelo Sr. juiz *a quo*, fazendo prevalecer a estabilidade do menor sobre a mudança pretendida pelo progenitor.

23 - A definitividade conferida à regulação provisória, mais não fez do que dar continuidade a um regime que revelou bons resultados.

24 - A pretensão do pai teria, de acordo com todas as atuais circunstâncias anteriormente referidas, resultados muito negativos, provavelmente irreversíveis, na estabilidade do menor.

25 - O que não é, manifestamente, o seu superior interesse.

26 - O pai sempre poderá assegurar ao filho uma vivência equilibrada e segura nos períodos reconhecidos na decisão impugnada.

27 - E de deixar vincada a sua importância enquanto referência do filho e para o filho, continuando a ser participativo, preocupado e afectuoso, bem como zeloso pela sua segurança, saúde, educação, bem-estar e desenvolvimento.

[...]

*

Da alteração das circunstâncias

Quer a sentença recorrida quer a mãe invocam a inexistência de alteração de circunstâncias para sustentar a manutenção do regime.

É um argumento que não convence e que está em contradição com o decidido logo na conferência inicial dos pais: se não tivesse havido alteração de circunstâncias ou alegação dela, não se justificaria que o tribunal tivesse sequer tocado no regime vigente.

Mas a necessidade dessa alteração era tão evidente e o regime fixado era tão manifestamente redutor da relação do menor com o pai, que logo oficiosamente o tribunal determinou a alteração provisória do mesmo, de modo a alargar o regime de contactos com o pai inicialmente fixado.

O que demonstra que inconscientemente o tribunal admitiu a existência de uma alteração das circunstâncias e que tudo se resumia em saber em que medida é que se justificava a alteração do regime face a ela.

*

Apesar da exiguidade dos factos provados e de nem o pai nem a mãe terem impugnado qualquer ponto da matéria de facto, é fácil de comprovar a referida alteração de circunstâncias.

Utilizando apenas os factos provados, sabe-se que o menor nasceu a 30/09/2013 e viveu com a mãe e com o pai até Abril de 2016; tinha então pouco mais de 2 anos e meio, quando se deu a separação dos pais. Em 16/06/2016 foi homologado o acordo que tinha sido obtido pelos progenitores, o mais tardar a 25/05/2016, pelo que é de toda a evidência que foi obtido quase imediatamente depois da separação e quando o menor continuava a ter pouco mais de 2 anos e meio.

A 11/05/2018, quando se tinham passado cerca de 2 anos, o pai veio requerer a alteração.

Entretanto, sabe-se que, agora, cada um dos progenitores está a viver com outro companheiro, o que de certeza não era o caso à data da separação, que é quase a data do acordo de regulação. Ora, isto trata-se de uma alteração muito relevante do estado de coisas vigente à data do acordo homologado, principalmente no caso do pai, que passou a viver com uma companheira que tem um filho que vive com eles em semanas alternadas.

*

Da evolução, a partir de 2016, das concepções sobre a residência alternada em caso de separação dos progenitores

Mais: até à alteração ao Código Civil feita pela Lei 61/2008, de 31/10, era entendimento absolutamente pacífico de que só com o acordo dos progenitores era possível fixar a residência alternada e era raríssimo que tal acontecesse.

Depois da publicação daquela alteração do CC, a jurisprudência continuou, durante anos, uniformemente, a entender as coisas exactamente do mesmo modo, para mais sendo frequentes os acórdãos que diziam que em caso de crianças com idades até aos três anos (ou de tenra idade), nunca devia ser fixada a residência alternada.

Assim, por exemplo:

O ac. do TRL de 14/02/2015, proc. [1463/14.2TBCSC.L1-8](#):

[...]

Não havendo acordo dos pais, não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais [a filha tinha três anos].

O ac. do TRC de 06/10/2015, proc. [1009/11.4TBFIG-A.C1](#), diz que:

Na falta de acordo, e como princípio geral, não é legalmente admissível a guarda conjunta ou partilhada, como parece resultar do art.1906/7 do CC.

O ac. do TRP de 28/06/2016, proc. [3850/11.9TBSTS-A.P1](#):

I - Entre os 4 e os 10 anos, a “residência alternada” apenas deve ser adoptada, nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro como progenitor (cfr Temas de direito das crianças, Clara Sottomayor, Almedina, 2014, pág. 103).

A decisão singular do TRC de 04/04/2017, proc. [4661/16.0T8VIS-E.C1](#):

Provada, mesmo que perfunctoriamente, a existência de conflito pessoal entre os progenitores, a residência alternada não pode ser concedida logo em sede de decisão provisória, prolatada no âmbito do art. 38 do RGPTC.

*

Só no início de 2016 foi publicado um acórdão do TRL [de 17/12/2015, proc. [6001-11.6TBCSC.L1-6](#)] que confirmou uma decisão da 1.ª instância que tinha fixado a residência alternada em desacordo com a mãe:

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.

E foi necessário mais um ano, para que fosse publicado um outro acórdão, também do TRL [de 24/01/2017, proc. [954-15.2T8AMD-A.L1-7](#)], confirmando de novo uma decisão da 1.ª instância a fixar a residência alternada, de novo contra a vontade da mãe:

I - O exercício comum das responsabilidades parentais relativas a questões de particular importância para a vida do filho é agora a regra geral consagrada no art. 1906/1 do CC - na redacção que lhe foi dada pela Lei 61/2008, de 31/10 - para os casos em que os progenitores não tenham já vida em comum, regra que apenas é excepcionada na hipótese desse exercício em comum se revelar contrário aos interesses do menor - nº 2 do mesmo preceito.

II - Posto que o art. 1906 do CC, na sua anterior redacção, apenas previa o exercício em comum das responsabilidades parentais no caso de acordo dos pais nesse sentido - nº 1 -, na ausência do qual o tribunal determinaria a qual dos progenitores caberia a confiança do menor e o exercício do poder paternal - nº 2 -, o regime vigente mostra-se profundamente inovador;

III - Subjaz-lhe o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e evidencia o propósito do legislador de envolver, comprometendo e responsabilizando, ambos os progenitores no cumprimento dos poderes/deveres que são conteúdo da responsabilidade parental - velar pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação e representá-los e administrar os seus bens.

IV - E porque as responsabilidades parentais são exercidas no interesse do menor, tem de concluir-se que o objectivo final do legislador é o de cimentar o contacto, tão próximo quanto possível, do filho com ambos os progenitores, de modo a que possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afecto, apoio e segurança que cada um deles lhe proporcionará.

V - Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os pais, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem, a guarda/residência conjunta é o instituto com melhor aptidão para preservar as relações de afecto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os pais, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que necessariamente concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos, das responsabilidades parentais.

A este seguiu-se, no mesmo sentido, um acórdão do TRC [de 27/04/2017, proc. [4147/16.3T8PBL-A.C1](#)]:

1. É posição dominante na jurisprudência a admissibilidade da guarda compartilhada (ou residência alternada), por acordo ou por imposição do tribunal, desde que haja uma boa relação entre os pais ou que, pelo menos, os conflitos entre os progenitores possam ser, de algum modo, amenizados.

2. A guarda partilhada com residências alternadas configura-se actualmente como a solução “ideal”, embora nem sempre possível, como é o caso de famílias com histórico de violência doméstica, de grande conflitualidade entre os progenitores ou quando estes residem em diferentes localidades.

3. Se, desde a separação do casal, a menor tem residido alternadamente com o pai e com a mãe, por acordo entre ambos, vivência da qual o relatório social dá uma imagem globalmente positiva, dele sobressaindo, e dos mais elementos dos autos, uma quase equivalência das condições oferecidas por cada um dos progenitores, o interesse da menor imporá a opção pela manutenção do regime da residência alternada.

E depois o ac. do TRL de 07/08/2017, proc. [835/17.5T8SXL-A-2](#):

I. 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.

II. 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.

A partir de então e principalmente em 2018, começaram a surgir com regularidade acórdãos que fixaram a residência alternada ou a admitirem a hipótese, mesmo em caso de desacordo entre os progenitores, embora alguns continuem a falar na necessidade de existir entre os progenitores capacidade de diálogo, entendimento e cooperação e partilha, relativamente ao menor, de um projecto de vida e de educação comuns e a recusem quando entre os progenitores há um clima de elevada conflitualidade.

Passa-se a fazer uma recolha dos mesmos, apenas com base nesse critério, sem que com isto se esteja a dizer que se concorda com a fundamentação de todos eles, principalmente naqueles que falam em cooperação e inexistência de conflito, questão de que se tratará adiante:

Assim, ainda na segunda metade de 2017 foram publicados nesse sentido os seguintes acórdãos (e nenhum em sentido contrário):

do TRC de 24/10/2017, proc. [273/13.9TBCTB-A.C1](#):

Mesmo não existindo acordo dos pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906 do CC –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho.

do TRG de 02/11/2017, proc. [996/16.0T8BCL-C.G](#) [com o desacordo da mãe a qual recorreu da decisão]:

1. O exercício das responsabilidades parentais é um poder-dever dos pais exercido altruisticamente no interesse da criança;
2. O critério orientador na decisão do tribunal é o interesse superior da criança e não o interesse dos pais, que apenas deve ser considerado na justa medida em que se mostre conforme àquele;
3. O superior interesse do menor é um conceito vago e indeterminado, uma orientação para o julgador perante o caso concreto, com a primazia da criança como sujeito de direitos, nomeadamente ao direito de manter relações gratificantes e estáveis com ambos os progenitores, obrigando estes a

respeitar e fazerem respeitar esse interesse do menor;

4. Os princípios basilares a observar, no que respeita à determinação da residência são: o superior interesse da criança, a igualdade entre os progenitores e a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, prevalecendo, contudo, sempre o primeiro;

5. Não obstante a boa relação que o menor possa ter com os dois progenitores e a dedicação que ambos lhe dispensem, a residência alternada só poderá ser uma opção se for do interesse dos menores (n.ºs 5 e 7 do artigo 1906 do CC);

6. É importante avaliar, na escolha do regime, se é esse o que, na prática, os pais vêm seguindo com sucesso, se é essa a vontade manifestada pelos próprios filhos, se estes mantêm uma relação afectiva sólida com ambos os pais e se as residências são próximas da escola/jardim-de-infância dos filhos;

7. Se todos estes factores se conjugarem é, indubitavelmente, de defender que a residência alternada é o regime que mais evita conflitos de lealdade e sentimentos de abandono ou de ruptura afectiva. Só a residência alternada conclama os progenitores para a participação mútua na vida dos filhos, porque permite que os pais continuem a dividir atribuições, responsabilidades e tomadas de decisões em iguais condições, ou seja, tal regime permite concretizar o princípio da igualdade de ambos os progenitores, no exercício das responsabilidades parentais;

8. Apesar de uma das três crianças ainda não ter autonomia - dado ter apenas 2 anos de idade - e de ser do seu interesse um regime que privilegie a estabilidade e uma orientação uniforme nas decisões correntes da sua vida, o regime da residência alternada mostra-se viável por os progenitores, pessoas cultas, manterem uma relação que privilegia o interesse dos filhos, os avós e tia-avó paternos continuarem a auxiliar (como já vinha acontecendo antes de cessar a coabitação dos progenitores) e o pai contar com auxílio de empregada doméstica, serem três os menores, sendo os outros dois mais velhos (com 8 e 5 anos de idade) e o progenitor ter fixado residência na cidade onde as crianças frequentam o colégio (escolhido pelos progenitores quando coabitavam, por ambos trabalharem nessa cidade);

9. O regime da residência alternada é o regime de regulação do exercício do poder paternal mais conforme ao interesse da criança porque lhe possibilita contactos em igual proporção com o pai, a mãe e respectivas famílias;

10. Não se deve exagerar o facto de a mudança de residência criar instabilidade e, por isso, representar inconveniente para a criança, pois que a instabilidade é uma realidade na vida de uma criança com pais separados, que, sempre, terão de se integrar em duas residências, sendo essa mais uma adaptação a fazer nas suas vidas, sendo certo que as crianças são dotadas de

grande aptidão para se integrarem em situações novas;

11. É de primordial interesse para a criança poder crescer e formar a sua personalidade na convivência em termos de plena igualdade com a mãe e com o pai, sendo, como é o caso, em tudo idênticas as condições afectivas, materiais, culturais e socioeconómicas de ambos os progenitores.

do TRE de 09/11/2017, proc. [1997/15.1T8STR.E1](#):

Residindo ambos os pais na mesma localidade, tendo ambos condições económicas e de habitabilidade para terem o filho consigo, dando ambos garantias de velar pela segurança, saúde, educação e desenvolvimento do filho e inexistindo quaisquer razões ponderosas que o desaconselhem, é de fixar a residência alternada, com ambos os pais, a um menor de 12 anos, por ser a solução que melhor defende o seu interesse.

E neste período foram também conhecidos os seguintes dois estudos, ambos sem exigir o acordo dos pais:

Guilherme de Oliveira, A “residência alternada” na lei nº 61/2008, provavelmente dos primeiros meses de 2015, em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Pamplona Corte Real, Almedina, Nov2016;

André Lamas Leite, publicado na Revista do Ministério Público, Julho-Setembro de 2017, n.º 151, págs. 65-81: O artigo 1906 do Código Civil e a (in)admissibilidade do regime de guarda (e residência) alternadas dos Menores,

E em 2018 foram publicados os seguintes acórdãos nesse sentido:

do TRL de 12/04/2018, proc. [670/16.8T8AMD.L1-2](#):

1. A Lei 61/2008, de 31/10, que introduziu a última reforma ao CC em matéria de Direito da Família, acolheu grande parte dos princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais, publicados em 2007, na sequência do trabalho realizado pela Comissão de Direito da Família Europeu.

2. É de salientar, quando às alterações ao exercício das responsabilidades parentais, o desaparecimento da noção tradicional do poder paternal, com os progenitores a adquirirem igual poder de decisão relativamente às questões dos filhos, nos termos preceituados nos artigos 1901 a 1912 do CC.

3. De acordo com o novo regime, a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais, relativas às questões de particular importância para a vida do filho, com a residência exclusiva ou alternada, questão que o julgador terá de decidir, em caso de desacordo dos progenitores, tendo em consideração o superior interesse da criança e ponderando todas as circunstâncias relevantes, designadamente, a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” (artigo 1906/5 do CC); o interesse da criança de manter uma relação de grande

proximidade com os dois progenitores (artigo 1906/7 do CC), e sendo certo que esse desacordo dos pais não será, em princípio, impeditivo da fixação de residência alternada com ambos os progenitores.

do TRE de 07/06/2018: proc. [4505/11.0TBPTM.E1](#) [com um sumário oficial redutor, sendo preferível o do próprio relator]:

1. A guarda partilhada do filho, com residências alternadas, é a solução que melhor permite a manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades.
2. A lei não exige o acordo de ambos os pais na fixação da residência alternada do filho, devendo a solução ser encontrada de acordo com o seu interesse e ponderando todas as circunstâncias relevantes.
3. Mas esta solução apenas é possível caso os progenitores não residam a longa distância um do outro, porquanto os menores em idade escolar não podem ser obrigados a mudar de escola todas as semanas ou a realizar longos percursos para não faltar às aulas.

do TRC de 12/06/2018, proc. [261/17.6T8VIS-A.C1](#) (este acórdão acaba por confirmar uma sentença que tinha fixado a residência alternada contra a vontade da mãe e em recurso interposto por esta):

1. Desde que haja uma relação de boa colaboração e compromisso entre os pais no que respeita aos assuntos da vida do filho, e vinculação afectiva forte entre este e os seus progenitores, a guarda compartilhada (com residências alternadas) configura-se como a solução “ideal”
2. Se após a separação do casal, os elementos fácticos dos autos demonstram uma equivalência das condições oferecidas por cada um dos progenitores, o superior interesse do menor imporá a opção pelo regime da guarda compartilhada.

do TRL de 20/09/2018, proc. [835/17.5T8SXL-2](#):

A residência alternada pode ser fixada pelo tribunal mesmo que os progenitores estejam em desacordo com ela e sem que seja necessário que não exista conflito entre eles.

do TRC de 09/10/2018, proc. [623/17.9T8PBL.C1](#):

1. É posição dominante na jurisprudência a admissibilidade da guarda compartilhada (ou residência alternada), por acordo ou por imposição do tribunal, desde que haja uma boa relação entre os pais ou que, pelo menos, os conflitos entre os progenitores possam ser, de algum modo, amenizados.
2. A mudança de paradigma impõe que a residência alternada surja hoje, não só, como uma das soluções a equacionar, mas ainda que, na tomada de decisão sobre a entrega da criança, se deva avaliar, em primeiro lugar, a aplicação do regime de residência alternada e, só se a mesma não se mostrar adequada ao

caso concreto e não for aquela que melhor salvaguarda os interesses da criança, ponderar se a residência deve ser fixada junto do pai ou da mãe.

3. Tratando-se de duas menores com 12 e 15 anos, cujo pai reside apenas a alguns quilómetros de distância da residência da mãe e do estabelecimento de ensino frequentado por ambas, e com o qual mantêm uma relação afectiva, demonstrando apreço na sua companhia, não se encontram razões que impeçam a fixação de um regime da residência alternada junto de cada um dos progenitores.

do TRL de 27/11/2018, [2261/17.7T8PDL.L1-7](#):

I. Constitui fundamento para alteração da regulação das responsabilidades parentais o sacrifício pessoal e desgaste físico e mental acumulado (ao longo de oito anos) da progenitora guardiã de menor com grave deficiência (e inerentes limitações e cuidados acrescidos), constituindo circunstâncias que se repercutem, severamente, na vida da progenitora e, de modo reflexo, tal saturação é idónea a diminuir a capacidade e qualidade dos cuidados a prestar a menor com tais limitações.

II. A residência alternada pode ser fixada pelo tribunal mesmo que os progenitores estejam em desacordo com ela e sem que seja necessário que não exista conflito entre eles.

III. Numa situação em que o menor tem grave deficiência, estando totalmente dependente de terceiros para qualquer ato da vida quotidiana, a fixação da residência alternada cumpre outro desiderato muito relevante, qual seja o de envolver os pais na parentalidade em condições de estrita igualdade, com repartição dos sacrifícios pessoais e profissionais.

do TRC de 11/12/2018, proc. [1032/17.5T8CBR.C1](#):

[...]

2. O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste (art. 1906/5 do CC).

3. Mesmo não existindo acordo dos pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais - artigo 1906 do CC (viabilizando, assim, a presença de ambos os pais na vida dos filhos, fundamental para o seu desenvolvimento integral e harmonioso, devendo os pais actuar com suficiente colaboração, sensatez e prudência na prossecução da estabilidade afectiva e emocional da criança) -, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho.

4. Também no presente caso a residência alternada é a que melhor serve os interesses da criança porquanto passa a ter muito maior contacto com os progenitores, é o regime que melhor acautela os seus interesses e bem-estar, ainda que, nesta matéria, não se possa ter uma posição definitiva por ou

contra a residência alternada, porque tudo é uma questão de circunstâncias.

5. Tal medida só não produzirá bons resultados se os pais não forem compreensivos e colaborantes um com o outro e se não colocarem o interesse da menor à frente dos seus interesses particulares (dando prioridade aos interesses da filha em detrimento de eventuais problemas e conflitos entre ambos).

do TRC de 11/12/2018, proc. [2311/18.0T8PBL-A.C1](#):

I - Mesmo não existindo acordo entre os pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906 do CC –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho, porquanto, em abstracto, 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 do RGPTC (aprovado pela Lei 141/2015, de 08/09), num momento processual em que o conhecimento do modo de vida quotidiano do pai é deficiente.

do TRE de 20/12/2018, proc. [147/16.1T8PTM-B.E1](#):

A fixação do regime de residência alternada não depende do acordo dos progenitores, devendo ser decretado pelo Tribunal sempre que, sopesados os riscos associados às posições divergentes dos pais, for de concluir, ainda assim, que o superior interesse da criança o aconselha.

E ainda neste período a questão foi levada a discussão na Assembleia da República, na sequência da [petição 530/XIII/3 entrada na AR a 17/07/2018](#) pela Associação para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos (solicitam alteração legislativa com vista a estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças com pais separados), tendo então sido emitidos vários pareceres quanto a ela pelo Conselho Superior da Magistratura, pelo Conselho Superior do Ministério Público e pelo Bastonário da Ordem dos Advogados, tudo com enorme repercussão pública e várias reportagens televisas sobre essa discussão.

E em 2019 foram publicados os seguintes acórdãos:

do TRP de 21/01/2019, proc. [22967/17.0T8PRT.P1](#):

I - Sob o ponto de vista legal, designadamente à luz do disposto no nº 7 do artigo 1906 do CC, nada obstaculiza a que, paralelamente com o exercício conjunto das responsabilidades parentais, se fixe um regime de alternância de residência.

II - É possível estabelecer o regime da residência alternada mesmo contra a vontade dos progenitores, desde que essa solução se revele como a mais adequada ao interesse da criança de manter uma relação o mais próxima possível com ambos os progenitores, de molde a que possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe pode proporcionar.

III - Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os progenitores, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem (como, por exemplo, famílias com histórico de violência doméstica ou quando os progenitores residam em localidades distantes uma da outra), a residência alternada é 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 concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos, das suas responsabilidades parentais.

do TRP de 21/01/2019, proc. [1092/14.0T8VNG-D.P1](#):

I - A guarda partilhada é a opção de exercício das responsabilidades parentais que melhor garantirá, à partida e em abstracto, a manutenção plena do convívio dos filhos com os progenitores que vivem separados, bem como uma maior proximidade de cada um dos pais com a vivência quotidiana do filho, aí se incluindo o zelo pela sua educação, pela sua saúde física, psíquica e emocional, bem como a integração harmoniosa e permanente do menor nas famílias de cada um dos progenitores.

[...]

do TRE de 31/01/2019, proc. [209/13.7TBENT-B.E1](#):

Se o acordo dos pais é desejável e potenciador do sólido desenvolvimento físico, emocional, intelectual e moral do menor, certo é que a falta de acordo no que respeita à residência alternada, por si só, não inviabiliza a implementação de tal modelo, devendo perscrutar-se a melhor solução para prosseguir o interesse da criança, ponderando todas as circunstâncias relevantes do caso concreto.

do TRP de 07/05/2019, proc. [1655/18.5T8AVR-A.P1](#):

I - O actual quadro legal permite que a residência da criança possa ser, no caso de cessação da convivência em comum dos progenitores, fixada com um deles ou com ambos, de forma alternada, impondo-se, porém, que a solução adoptada seja a que melhor satisfaça o interesse do menor.

II - Tratando-se de criança de tenra idade [no caso 3 anos de idade], e inexistindo acordo nesse sentido, a residência alternada com ambos os progenitores só deve ser determinada pelo tribunal se entre os progenitores

existir capacidade de diálogo, entendimento e cooperação e se entre eles se verificar também a partilha, relativamente ao menor, de um projecto de vida e de educação comuns.

III - Assim, se entre os progenitores há um clima de elevada conflitualidade não se justifica o estabelecimento de um regime de residência alternada.

do TRL de 18/06/2019, proc. [29241/16.7T8LSB-A.L1-7](#):

I - O estabelecimento da residência alternada permite equilibrar o princípio da igualdade entre os progenitores e o superior interesse da criança;

II - O conflito parental não pode ser limitador da escolha que melhor acautele o interesse das crianças, esse sim único critério a atender na fixação da residência da criança.

do TRE de 11/07/2019, proc. [1800/17.8T8PTM.E1](#):

O artigo 1906/5 do CC, ao preceituar que o tribunal estabeleça a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, não exclui a solução da residência alternada, nem manifesta preferência por solução diversa.

do TRC de 05/11/2019, proc. [3988/14.0T8VIS-B.C1](#):

I - Não obstante a actual lei - art. 1906 do CC -, a doutrina e a jurisprudência, considerarem como preferível, em tese e por via de regra, o regime da guarda compartilhada: exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, outras modalidades de guarda [...], podem ser adoptadas se as circunstâncias do caso - v.g. conflito acentuado, residências afastadas ou exercício da profissão longe do menor - o justificarem.

[...]

do TRL de 21/11/2019. proc. [2334/17.6T8CSC.L1-2](#):

A residência alternada pode ser fixada pelo tribunal mesmo que os progenitores estejam em desacordo com ela e sem que seja necessário que não exista conflito entre eles.

do TRL de 11/12/2019 ou 21/01/2020, proc. [2425/18.6T8CSC-D.L1](#):

V- Não se afigura inadequado o estabelecimento, no âmbito de uma decisão provisória, de um regime de residência alternada relativamente a uma criança de cinco anos que mantém vinculação muito positiva e uma relação próxima com ambos os progenitores, ainda que estes tenham dificuldades de relacionamento e um deles resida em Lisboa e o outro no Estoril.

Contra, em 2018 (1) e 2019 (2), conhecem-se apenas os seguintes acórdãos:

do TRE de 22/03/2018, proc. [297/15.1T8PTM-C.E1](#):

5. No actual quadro legal nada impede que os progenitores, por acordo, e desde que satisfaça os superiores interesses do filho, estabeleçam a residência alternada no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, regime que pressupõe, e não pode prescindir, da existência de capacidade de

diálogo, entendimento, cooperação e respeito mútuo por banda dos pais, da partilha de um projecto de vida e de educação comuns em relação ao filho, para além de residirem em área geográfica próxima, que não implique alteração constante do estabelecimento de ensino do filho, beneficiem ambos de adequadas condições habitabilidade e que a criança manifeste opinião concordante, tendo em conta a sua idade e maturidade, entre outros elementos relevantes. Daí que nas situações mencionadas nos n.ºs 9 e 10 do art. 40 do RGPTC, não seja aconselhável, por contrário ao superior interesse da criança, a aceitação de residência alternada.

6. Não é qualquer medida de coacção aplicada no âmbito do processo-crime, por violência doméstica, como o TIR, que fundamenta a presunção a que alude aquele art. 40/9, mas medidas de coacção que impliquem a restrição de contacto entre os progenitores, como se prevê no artigo 200/3 do CPP e no artigo 31/4 da Lei n.º 112/2009, que se referem expressamente “a medida ou medidas de coacção que impliquem a restrição de contacto entre os progenitores”, entendimento que fica reforçado com as medidas de coacção previstas no artigo 31/1-c-d deste diploma legal.

7. Tratando-se de uma criança de tenra idade, demonstrada a conflitualidade entre os progenitores, a dificuldade séria de comunicação e de estabelecer um diálogo, bem como a ausência de cooperação, beneficiando a progenitora do Estatuto de Vítima, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 14 da Lei 112/2009, de 16/09, não se justifica o estabelecimento de um regime de residência alternada com o exercício conjunto das responsabilidades parentais, quando a mãe manifestou a sua discordância.

do TRC de 10/07/2019, proc. [958/17.0T8VIS-A.C1](#):

VII - A fixação da guarda conjunta (de exercício das responsabilidades parentais) com residências alternadas é admissível desde que se faça um juízo de prognose favorável quanto ao que será a vida do menor, suportada em elementos de facto evidenciados no processo, afigurando-se-nos que, em regra, a fixação desse regime só é compatível com uma situação em que se verifica uma particular interacção entre os progenitores, um relacionamento amistoso entre ambos, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os progenitores habitam.

VIII - Embora a lei (art. 1906 do CC) não contemple expressamente a hipótese de guarda partilhada, no sentido de residência alternada com um e outro dos progenitores, cremos também que não a proíbe, apesar da redacção dos nº 3 e 5 sugerir o contrário (residência com um dos progenitores e não com os dois), contanto que haja acordo nesse ponto entre os progenitores ou se demonstre ser a única solução que satisfaz o interesse das crianças.

IX - 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.

X - Aceita-se que a residência alternada possa em alguns casos funcionar bem, garantindo um contacto equivalente entre o menor e cada um dos progenitores, mas pressupondo que exista um relacionamento civilizado entre estes e tratando-se de adolescentes ou jovens que já têm alguma autonomia e capazes de se organizar em função de hábitos já adquiridos.

XI - A solução da guarda alternada (o filho ficará a residir alternadamente com cada um dos progenitores por períodos idênticos...) apresenta inconvenientes relacionados com a instabilidade que cria nas condições de vida do menor, motivadas pelas constantes mudanças de residência.

XII - 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.

XII - Assim, apoiados em tais entendimentos e tendo em conta que a filha ainda só conta 6 anos de idade, que sempre viveu com a mãe, que a zela, cuida, educa e dela toma totalmente conta desde que nasceu, existindo laços afectivos fortes entre ambas, e que é manifesto a elevada animosidade existente entre os progenitores, bem retratada nos presentes autos, nada, mas mesmo nada aconselha ou recomenda que se altere a residência actual e habitual da menor, tanto mais que só este ano lectivo iniciou a sua vida escolar, pelo que mais se acentua a necessidade de a criança ter rotinas adequadas e certas, de não estar sujeita a frequentes e absolutamente desnecessárias mudas de casa.

do TRP de 24/10/2019, proc. [3852/18.4T8VFR-A.P1](#):

I - O exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada não se pode confundir com a chamada guarda alternada.

II - A opção pela residência alternada só se justifica quando haja acordo dos pais nesse sentido, o qual é imprescindível, exigindo-se ainda que essa solução defenda os superiores interesses da criança.

III - Sem o acordo dos pais e num quadro factual de conflito latente entre os progenitores, é desaconselhável fixar mesmo a título provisório, um regime de residência alternada.

*

Pode-se então dizer que, a partir de 2016/2017 se começou a verificar uma inflexão da jurisprudência no sentido de admitir a residência alternada, mesmo em caso de desacordo de um dos progenitores com ela e sem pôr reservas relativamente a crianças que já não fossem de tenra idade, que se consolidou em 2018/2019, numa jurisprudência quase unânime neste sentido, havendo apenas três acórdãos publicados que continuam aferrados à

exigência de um acordo dos progenitores para a fixação da residência alternada (sendo que no de 2018 o afastamento da residência alternada tinha outro fundamento e no primeiro de 2019 essa exigência se encontra misturada com outra fundamentação).

Quer isto dizer que em Maio de 2016, o entendimento jurídico sobre a questão era um e em Maio de 2018 (data em que o pai requereu a alteração) estava a formar-se um entendimento jurídico contrário que, em meados de 2019 (data da decisão recorrida em que foram fixados os factos), era já quase um consenso de sentido contrário.

Pelo que, em Maio de 2016, a pretensão do requerente de ficar com o filho de 2 anos e meio em semanas alternadas seria de imediato rejeitada. E, tendo acabado de ocorrer a separação, nem ele teria condições para o efeito. Pelo contrário, em Maio de 2018, já o menor tinha mais de 4 anos e meio e o pai tinha adquirido novas condições de vida, muito diferentes, como se vê do facto de, em meados de 2019, se constatar que se encontrava a viver num agregado familiar com uma companheira e um filho da mesma em semanas alternadas. Pelo que a fixação da residência alternada, relativamente a um menor de 5 anos e meio já seria vista com olhos inteiramente diferentes.

Tudo isto demonstra que houve uma alteração de um conjunto de circunstâncias que permitiam ao pai em meados de 2018 requerer a alteração do acordo quanto à residência do menor e que não impedia a sentença recorrida de o alterar se tal se justificasse, como o tribunal o reconheceu de facto, relembre-se, ao alterar officiosamente o regime de regulação do exercício na conferência de pais subsequente ao requerimento inicial feito pelo pai.

*

No mesmo sentido, Agustín Pardillo Hernández (Magistrado, Jurista do Gabinete técnico do Tribunal Supremo [espanhol], área cível, Doutor em Direito), *El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del tribunal supremo*, Tirant lo blanch, Tratados, Valencia, 2017, pág. 181, dá conta que os acórdãos do TS de 06/04/2016, Rec. 1473/2015 (Tol 5694340), e de 17/11/2015, Rec. 1889/2014 (Tol 5596288), valorizaram a modificação jurisprudencial dos requisitos para a adopção da guarda compartilhada, posterior à sentença de divórcio cuja modificação se pretendia.

Assim, por exemplo, no [ac. de 06/04/2016](#) [STS [“sentença” do Tribunal Superior espanhol] 1638/2016 - ES:TS:2016:1638 - Poder Judicial], diz-se no ponto 5:

“No presente caso, dão-se as seguintes circunstâncias que aconselham a procedência do recurso, por violação da doutrina jurisprudencial, no interesse do menor, ao ter-se verificado uma mudança significativa nas circunstâncias

que foram levadas em consideração quando o sistema de custódia anterior foi adoptado:

1. Após a sentença de divórcio de 13/06/2011, modificaram-se jurisprudencialmente os requisitos para a adopção da guarda compartilhada.
2. Este Tribunal considerou-o, recentemente, o sistema normal, salvo excepções.
3. A menor tinha cinco anos e actualmente dez anos. O aumento da idade constitui em si uma variável que aconselha um contacto mais intenso com os dois pais.

[O TS espanhol elencou mais duas alterações que não interessam ao caso...]

“En el presente supuesto se dan las siguientes circunstancias que aconsejan la estimación del recurso, por infracción de doctrina jurisprudencial, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia:

1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida.
2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones.
3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores.

[...]”

Para além disso, sempre se poderia dizer, acompanhando Marta Morillas Fernández (da Universidade de Granada, Régimen jurídico de la custódia compartida. El interés del menor, págs. 106/107 da obra colectiva de sociólogos, psicólogos e juristas, La Custodia compartida em España, coordenada por Diego Becerril e Mar Venegas, Dykinson, SL, Madrid 2017, do departamento de sociologia da Universidade de Granada - o sublinhado foi agora colocado) que:

“[...] é necessário superar a tese da manutenção da custódia exclusiva nos casos em que não há mudança de circunstâncias e o menor está bem, porque esse não é o espírito nem das modificações mencionadas [na lei] nem da doutrina jurisprudencial. Ainda que exista um amplo regime de visitas, impede-se, com essa tese, a normalização das relações com ambos os progenitores para crescer em condições de igualdade, o que permitiria o efectivo direito que os filhos têm a relacionar-se com os seus pais, aproximando-se da situação existente antes da ruptura.

*

Conclui-se assim que o regime podia ser alterado, por ter havido uma

alteração superveniente de circunstâncias, devendo ser agora apurado se se justificava ou não a aplicação da residência alternada tal como pedido pelo pai:

Como ponto de partida lembre-se também aquilo que é essencial: depois do divórcio ou separação acaba a relação entre os cônjuges/companheiros, mas não entre os filhos e os progenitores, pelo que o normal e desejável será manter a residência dos filhos com ambos os progenitores, o que quer dizer, estando estes separados, passarem os filhos a viver alternadamente com cada um deles, salvo se contra isso se verificarem circunstâncias excepcionais, do ponto de vista do interesse dos filhos, que justifiquem a residência com um único progenitor.

Posto isto,

Por força do art. 1906/5 do CC, o tribunal determinará a residência do filho [...] de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. Acrescenta o art. 1906/7 do CC, que o interesse do menor inclui o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, pelo é de favorecer amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

Por outro lado, segundo o art. 36/3 da Constituição da República Portuguesa os cônjuges têm iguais direitos e deveres [fundamentais] quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos, segundo o art. 36/5 da CRP, os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, e segundo o art. 36/6 da CRP, os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

No mesmo sentido, mas falando no interesse superior do filho, vão os artigos 8/1 da [Convenção Europeia dos Direitos Humanos](#): Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida [...] familiar, e o art. 9/1 da [Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança](#), de 1989: 1 - Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de 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. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.

Como lembra a relatora do relatório da Comissão para a Igualdade e Não-Discriminação, relativamente à Resolução 2079 (2015) da Assembleia

Parlamentar do Conselho da Europa, Françoise HETTO-GAASCH, (ver [Doc. 13870](#)), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já decidiu, em muitas ocasiões, que, para os progenitores e para os filhos, a possibilidade de estarem juntos é uma parte essencial da vida familiar, que deve ser salvaguardada ao abrigo do art. 8 da CEDH. [For a recent judgment see *Kuppinger v. Germany*, Application No. 62198/11, judgment of 15 January 2015, paragraph 99: The Court reiterates that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention].

Nessa [Resolução 2079 \(2015\)](#) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Igualdade e responsabilidade parental partilhada: o papel dos pais, adoptada a 02/10/2015 (36ª reunião), que se seguiu a uma outra, [Resolução 1921 \(2013\)](#) em que se apelava às autoridades dos Estados-membros a respeitar o direito dos pais a desfrutar da responsabilidade partilhada, assegurando que legislação sobre a família e as crianças, em caso de separação ou divórcio, contemple a possibilidade de residência alternada/guarda partilhada das crianças, no seu superior interesse, baseado no mútuo acordo entre progenitores, passou antes a instar-se os Estados-membros a: [...]

5.5. Introduzir na sua legislação o princípio de residência alternada depois da separação, limitando as excepções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades e interesses;

Assim sendo, o direito fundamental de um filho a não ser separado dos pais e de com ambos os progenitores manter uma relação de afectividade será tanto melhor concretizado quanto mais próximo e efectivo for o seu convívio com cada um deles, sendo a residência alternada a forma que melhor permitirá à criança repartir o seu tempo com os pais.

As circunstâncias de cada caso dirão se a residência alternada serve ou não o interesse da criança e o seu bem-estar, o que passa por se avaliar não só as condições de vida objectivas dos progenitores, mas também o seu envolvimento, relacionamento e proximidade afectiva com o filho.

Há situações, como os exemplos típicos referidos no art. 9/1 da CDC, ou seja, se os pais maltrataram ou negligenciaram a criança (designadamente porque lhes faltam condições de qualquer tipo para o efeito) ou no caso de os pais viverem separados por distâncias geográficas que desde logo tornam desaconselhável ou materialmente difícil a residência do menor alternadamente em casa de cada um deles.

É a realidade revelada pelos factos que resultam provados que vai determinar se corresponde ao interesse e bem-estar da criança a repartição da sua

residência com ambos os pais ou a fixação da mesma com algum deles, não esquecendo o princípio de que é do interesse dos filhos manter com ambos os pais uma relação de proximidade igual à que existia antes do divórcio ou separação, pois é isso que permite estabelecer ou manter laços afectivos que se constroem no dia-a-dia e que a residência alternada melhor permitirá. Lembre-se que numa percentagem muito elevada (a relatora do relatório já referido cita um estudo alemão, da Professora Hildegund Sünderhauf-Kravets, que sublinha que 40% das crianças perdem o contacto com o progenitor com o qual não vivem alguns anos depois da separação ou divórcio) a residência com apenas um dos progenitores acabará por provocar o corte, com o correr do tempo, das relações dos filhos com o outro progenitor, se este não revelar uma vontade e energia fora do normal para continuar a defender a manutenção da relação normal que os filhos mantinham com ele até então. E se não acaba, mais cedo ou mais tarde, com essa relação, vai conduzir sempre ao seu enfraquecimento mais ou menos radical. Muito mais no caso dos autos, em que a mãe passou a viver com um companheiro que poderá passar a ser uma figura paternal substituta do pai.

Como diz a relatora citada, no ponto 29 “[...] the fact is, to quote the clinical psychological Gérard Poussin, “in order for there to be some quality to the relationship, there has to be a relationship! In other words, a certain minimum amount of time below which it is not possible to initiate a bonding process. We cannot very well claim to respect the role of the father if, at the same time, we make it impossible for him to develop a relationship with his child”. As pointed out by Francine Cyr in the White Paper on shared residence, “a certain frequency and regularity of contact is essential if a sense of familiarity and security is to develop between parent and child” (o facto é que, para citar o psicológico clínico Gérard Poussin, “para que haja alguma qualidade no relacionamento, é preciso que haja um relacionamento! Noutras palavras, um certo período mínimo de tempo abaixo do qual não é possível iniciar um processo de ligação. Não podemos afirmar que respeitamos o papel do pai se, ao mesmo tempo, impossibilitamos que ele desenvolva um relacionamento com o filho ”. Como apontado por Francine Cyr no Livro Branco sobre residência partilhada, “uma certa frequência e regularidade de contacto é essencial se se quer desenvolver um sensação de familiaridade e segurança entre pais e filhos”).

Na dissertação de Maria Teresa Albuquerque Barreto Bigotte Chorão, Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica, 2019, sobre [O Superior Interesse da Criança e a Fixação da Residência Alternada \(?\) em caso de Divórcio](#), refere-se “um estudo [realizado em 2018] em colaboração com a Organização Mundial de Saúde focado na saúde dos adolescentes portugueses

[Matos, M. G. (2018). A saúde dos adolescentes portugueses após a recessão - Dados nacionais do estudo HBSC 2018. Lisboa: Equipa Aventura Social.

Obtido de http://aventurasocial.com/publicacoes/publicacao_1545534554.pdf,

[em que “o]s resultados mostram que apenas 6,8% dos adolescentes alternam de residência entre a casa do pai e da mãe. Dos restantes jovens, que afirmaram viver com um dos pais, 37,4% indicaram que convivem com o progenitor não residente de 15 em 15 dias, contrastando com os 55,8% que declararam raramente, ou mesmo nunca, verem o progenitor não residente.” Ou seja, na prática, 93,2% deles deixaram de ter um contacto minimamente significativo com o progenitor não residente.

Ou como se diz no ac. do TRC de 27/04/2017, proc. [4147/16.3T8PBL-A.C1](#), “a solução da residência alternada tem ganhado força pela consciência de que os laços afectivos se constroem dia-a-dia e não se compadecem com o tradicional regime de fins-de-semana quinzenais - a fixação da residência junto de um só dos progenitores leva ao progressivo esbatimento da relação afectiva com o outro progenitor, fazendo com que o menor se sinta uma mera “visita” em casa deste, levando a que o progenitor desista de investir na relação por se sentir excluído do dia-a-dia da criança.”

Aliás, a residência alternada deve ser vista como uma medida que favorece os dois progenitores e o filho, não havendo qualquer razão para a ver como uma medida contra um dos progenitores (normalmente a mãe); é um bom exemplo disso o caso do ac. do TRL de 27/11/2018, 2261/17.7T8PDL.L1-7, em que foi a mãe que veio pedir a fixação da residência alternada em casa do pai, como forma de repartir o sacrifício pessoal e desgaste físico e mental acumulado ao longo de oito anos da progenitora guardiã de menor com grave deficiência (e inerentes limitações e cuidados acrescidos). Na mesma linha, o ac. da Audiência Provincial de Córdoba 61/2018, de 23/01/2018, impôs a guarda compartilhada contra a vontade declarada do pai, relativamente a dois irmãos dos quais um apresenta transtorno de desenvolvimento com incapacidade reconhecida de 33 em 100, frente à incapacidade da mãe de cuidar deles sozinha, o que serviu para que o Professor Carlos Lasarte tenha vindo dizer que a jurisprudência evoluiu para considerar que a guarda compartilhada já não é só um direito mas também uma obrigação (o acórdão é citado pelo autor, em Derecho de la familia, 17ª edición, actualizada em colaboração com outros, Marcial Pons, 2018, pág. 128).

Tendo em conta o que antecede e face aos factos dados como provados em 13 e 14, dir-se-ia, sem mais, que é evidente que devia ter sido fixada a residência do filho alternadamente com cada um dos seus pais, remetendo-se para os três acórdãos anteriores ao ac. do TRL de 07/08/2017 e para este, para toda a doutrina citada neles e agora, e para os subsequentes acórdãos que vão no

mesmo sentido, a explanação das inúmeras vantagens que tem a residência alternada em comparação com a residência fixa apenas com um dos progenitores.

*

Consideração dos factores que apontariam a favor da manutenção do regime inicial (embora com as alterações entretanto introduzidas provisoriamente):

(I)

Do período em que o filho esteve com a mãe

O maior obstáculo que se coloca à alteração pretendida é o facto de o filho, antes de o pai ter requerido a alteração, ter passado a maior parte dos dois últimos anos com a mãe (já o outro quase outro ano e meio não pode ser invocado contra o pai, porque todo ele é apenas imputável ao tribunal pelo extrema demora do processo, quase sem justificação) ao abrigo de um acordo celebrado com o pai.

Mas visto que, por um lado, grande parte desse período ainda decorreu próximo daquilo que a jurisprudência vem chamando de “tenra idade” do menor e também numa época em que dificilmente o pai conseguiria alterar a situação se o tivesse tentado antes, e que, por outro lado, segundo os factos provados sob 13 e 14 ambos os progenitores demonstram capacidades para o exercício das funções parentais, denotam conhecimento e pretendem corresponder às necessidades do filho, parecendo fixados em garantir o seu bem-estar, a sua estabilidade emocional e em proporcionar-lhe as condições adequadas ao seu são desenvolvimento, sendo ambos participativos na vida escolar do filho (embora a mãe, enquanto encarregada de educação, seja mais activa/participante), entende-se que as vantagens da residência alternada, isto é, o restabelecer as relações normais do menor com ambos os progenitores, suplantam, o prejuízo decorrente da alteração dos hábitos e rotinas estabelecidas nesses dois anos.

(II)

Do facto de o regime estar a ser benéfico

A sentença recorrida e a mãe dizem que não há factos provados que permitam concluir que o menor está mal só com a mãe ou que estaria muito melhor a residir também com o pai e que o regime actual está a dar bons resultados, conforme se alcança do ponto 5 dos factos provados (o facto 5, relembre-se, diz que o menor frequenta o pré-escolar na Associação João dos Santos, sendo assíduo e pontual, apresentando um óptimo comportamento, está bem integrado no meio escolar, relacionando-se bem com os pares e com os adultos, sendo a mãe a sua encarregada de educação).

Ora, quanto a isto há que lembrar aquilo que parece evidente e que é dito perante um regime jurídico praticamente igual ao nosso (como se demonstra

no ac. do TRL de 07/08/2017, proc. 835/17.5T8SXL-A-2), pela jurisprudência espanhola e doutrina andaluz já ali citada:

"[...] não basta ponderar, tão só, as vantagens derivadas da manutenção do regime provisório adoptado durante a separação de facto, com um regime de visitas amplo próximo da guarda compartilhada, porém sem instaurar este regime, sem atender a que ambos os progenitores possuem capacidade para a educação do filho em comum, pois que tal supõe considerar a guarda compartilhada como um regime excepcional, quando a doutrina jurisprudencial a vem considerando como um sistema desejável quando ele seja possível (ac. do TS de 21/10/2015, rec. 1768/2014).

"[...] na jurisprudência 'menor' [= das instâncias...] é necessário superar a tese da manutenção da custódia exclusiva nos casos em que não há mudança de circunstâncias e o menor está bem, porque esse não é o espírito nem das modificações mencionadas [na lei] nem da doutrina jurisprudencial. Ainda que exista um amplo regime de visitas, impede-se, com essa tese, a normalização das relações com ambos os progenitores para crescer em condições de igualdade, o que permitiria o efectivo direito que os filhos têm a relacionar-se com os seus pais, aproximando-se da situação existente antes da ruptura [Marta Morillas Fernández, obra e local já citados - o sublinhado foi agora colocado)].

Neste sentido, para um caso em que os argumentos da sentença recorrida são muito semelhantes ao do caso dos autos, veja-se o amplo desenvolvimento dado à questão na obra já citada (Agustín, págs. 158/161), que agora se traduz muito informalmente (com base na tradução automática feita pelo instrumento de tradução do *google*), embora se deixem as páginas em causa na íntegra para se poder confrontar com esta tradução:

Tão pouco, como regra geral, obsta à adopção de um regime de guarda compartilhada que o regime estabelecido no acordo tenha funcionado, evitando [a alteração] que o sistema adoptado "petrifique".

"Pois bem, o que a sentença diz é que as partes concordaram com as medidas que deviam reger os seus relacionamentos no futuro e nelas se dispôs que a criança permaneceria sob os cuidados diários da mãe; pelo que não é oportuno modificar a medida, apesar da mudança de residência e horário de trabalho do pai, e até a cordialidade nas relações entre ambos os pais, que são esgrimidas para alterar a medida, pois que ela ofereceu "as condições necessárias para um desenvolvimento harmonioso e equilibrado da criança"; e isso, apesar de se reconhecer ao pai as condições necessárias para assumir, em pé de igualdade com a mãe, a função discutida, porque tal "alteraria os hábitos e a rotina diária" aos quais o menor está acostumado. Ou seja, a sentença petrifica a situação do menor desde o momento do acordo, sem

prestar atenção às mudanças que ocorreram desde então.

Em primeiro lugar, o facto de o sistema estabelecido no acordo ter funcionado correctamente não é especialmente importante para evitar a alteração; o oposto é negligenciar os estádios do desenvolvimento da criança e não valorar o melhor interesse da criança em manter ou mudar esse regime em seu benefício, quando se reconhece que ambos os cônjuges estão em posição de exercer a guarda individualmente, como resulta do acórdão de 29/11/2013.

Em segundo lugar, o que se pretende com esta medida - diz o mesmo acórdão - é "garantir o desenvolvimento evolutivo adequado, estabilidade emocional e formação integral da criança" e, em suma, "aproximar o modelo da coexistência existente antes da ruptura conjugal e garantir, ao mesmo tempo, aos pais a possibilidade de continuar exercendo os direitos e obrigações inerentes à autoridade ou responsabilidade parentais e de participar em igualdade de condições no desenvolvimento e crescimento dos seus filhos, o que, sem dúvida, também parece ser o mais benéfico para eles".

Terceiro, a rotina dos hábitos do menor não só não é especialmente significativa, dada a sua idade, mas pode ser prejudicial, no sentido de que não há progresso nas relações com o pai a partir de uma medida [a guarda compartilhada] que esta Sala considerou normal e até desejável, porque permite que o direito de os filhos têm de se relacionarem com ambos os pais seja efectivo, mesmo em situações de crise.

Consequentemente, a avaliação do interesse da criança não foi adequadamente salvaguardada. A solução aplicada na resolução recorrida não levou em consideração os parâmetros necessários, que aparecem como factos provados, e isso sem prejuízo de que esta medida possa ser revista quando se demonstre que a situação mudou e as novas circunstâncias permitirem um tipo distinto de guarda ou impedem o que havia sido acordado num momento anterior» [acórdão do TS de 18/11/2014, Rec. 412/2014 (Tol 4556709), também: acórdãos do TS de 26/06/2015, Rec. 469/2014 (Tol 5190690) e de 15/07/2015, Rec. 530/2014 (Tol 5214824)].

Da mesma forma, cabe citar os recentes acórdãos do TS de 16/12/2015, Rec. 183/2015 (Tol 5641667) (citando os acórdãos do TS: 19/07/2013, Rec. 2964/2012 (Tol 3888169); de 02/07/2014, Rec. 1937/2013 (Tol 4429653) e de 09/09/2015, Rec. 545/2014 (Tol 5426939) que, em relação a um menor de três anos ao tempo do acórdão de apelação, determina que: «a sentença recorrida petrifica a situação do menor, devido à sua escassa idade, apesar de estabelecer um amplo regime de visitas, impedindo a normalização das relações com ambos os pais com quem, a partir de um sistema de guarda e custódia compartilhada, cresceria em igualdade de condições, logicamente matizada pela ruptura conjugal de seus pais. A adaptação do menor ao regime

estabelecido numa prévia decisão de medidas provisórias, não só não é especialmente significativa, dada a sua idade, senão que pode ser prejudicial no sentido de que impede de avançar nas relações com o pai a partir de uma medida [a guarda compartilhada] que esta Sala considerou normal e até desejável, porque permite que seja efectivo o direito de os filhos têm de se relacionarem com ambos os progenitores, mesmo em situações de crise, de maneira responsável. O que se pretende é aproximar este regime do modelo de coexistência existente antes da ruptura do casamento e garantir ao mesmo tempo aos pais a possibilidade de continuar exercendo os direitos e obrigações inerentes à autoridade ou responsabilidade parentais e participar em condições iguais no desenvolvimento e crescimento de seus filhos, o que também parece ser mais benéfico para eles (acórdão do TS de 19/07/2013, 02/07/2014, 09/09/2015) ». Ou o acórdão do TS de 15/07/2015, Rec. 530/2014 (Tol 5214824) ao determinar: «A sentença recorrida viola a doutrina jurisprudencial, porque não analisa a necessidade ou não da guarda compartilhada, limitando-se a valorar as vantagens de manter o *status quo* ». Da mesma forma, o acórdão do TS de 11/02/2016, rec. 470/2015 (Tol 5645217), dá procedência ao recurso de cassação contra o acórdão do Tribunal Provincial que “entroniza a rotina como causa de negação da guarda compartilhada», ao mesmo tempo que não respeita suficientemente o interesse da criança e exige, em suma, um *plus* de prova para aplicar o regime de custódia compartilhada, quando deveria considerar-se como o sistema normal de custódia.

Em consequência, deve valorar-se, no concreto caso em juízo, a adopção de um regime de guarda e de custódia compartilhada, sem que baste, em consequência, ponderar tão só as vantagens decorrentes da manutenção do *status quo* [ac. do TS de 09/09/2015, Rec. 545/2014, (Tol 5426939), também ac. do TS de 16/09/2016, Rec. 1628/2015, (Tol 5829805)], nem a manutenção do regime provisório adoptado durante a separação de facto, com um regime de visitas amplo próximo da guarda compartilhada, mas sem estabelecer esse regime, sem prestar atenção ao facto de que ambos os pais têm a capacidade de educar a criança em comum [ac. do TS de 21/10/2015, Rec. 1768/2014, (Tol 5544777)]. Pois que isso implica, indica este último ac. do TS, considerar de facto a custódia compartilhada como um regime excepcional, quando a doutrina jurisprudencial a vem considerando como o sistema desejável quando isso é possível".

c) Tampoco, como regla general, obsta a la adopción de un régimen de custodia compartida que el régimen fijado en convenio haya funcionado, evitando que el sistema adoptado se «petrifique»: «Pues bien, lo que la sentencia dice es que ambas partes convinieron las medidas que habían de

regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que el menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida pese al cambio de residencia y de horario laboral del padre, e incluso la cordialidad en las relaciones entre ambos progenitores, que se esgrimen para hacer efectiva la medida, puesto que ha ofrecido «las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño» y ello, pese a reconocer en el padre las condiciones necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, porque «alteraría los hábitos y rutina diaria «a la que viene acostumbrado. Es decir, la sentencia petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

En primer lugar, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013.

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida —dice la misma sentencia— es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximar-lo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos».

En tercer lugar, la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis.

Por consiguiente, la valoración del interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, que aparecen como hechos probados, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior» [STS de 18 de noviembre de 2014,

Rec. 412/2014, (Tol 4556709), también: SSTS de 26 de junio de 2015, Rec. 469/2014, (Tol 5190690); y de 15 de julio de 2015, Rec. 530/2014, (Tol 5214824)].

En sentido semejante, cabe citar las reciente STS de 16 de diciembre de 2015, Rec. nº 183/2015, (Tol 5641667) (con cita de las SSTS: de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012, (Tol 3888169); de 2 de julio de 2014, Rec. 1937/2013 (Tol 4429653); y de 9 de septiembre de 2015, Rec. 545/2014, (Tol 5426939) que, en relación a un menor de tres años al tiempo de la sentencia de apelación, determina que: «La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, en razón a su escasa edad, pese a lo cual establece un amplio régimen de visitas, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que, a partir de un sistema de guarda y custodia compartido, crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación del menor al régimen establecido por una previa resolución de medidas provisionales no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (SSTS 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015)». O la STS de 15 de julio de 2015, Rec. 530/2014, (Tol 5214824), al determinar: «En la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues no analiza la necesidad o no de la custodia compartida sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del “status quo”».

De la misma forma, la STS de 11 de febrero de 2016, Rec. 470/2015, (Tol 5645217), estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que «entroniza la rutina como causa de denegación de la custodia compartida», al tiempo que no respeta suficientemente el interés del menor y exige, en definitiva, un «plus de prueba» para poder aplicar el régimen de custodia compartida, cuando debiera de considerarse como el sistema normal de custodia.

En consecuencia, procede valorar en el concreto caso enjuiciado la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida, sin que baste, en consecuencia, ponderar, tan solo, las ventajas derivadas del mantenimiento del

«statu quo» [STS de 9 de septiembre de 2015, Rec. 545/2014, (Tol 5426939), también STS de 16 de septiembre de 2016, Rec. 1628/2015, (Tol 5829805)], ni el mantenimiento del régimen provisional adoptado durante la separación de hecho, con un régimen de visitas amplio próximo a la custodia compartida pero sin instaurar este régimen, sin atender a que ambos progenitores poseen capacidad para la educación del hijo en común [STS de 21 de octubre de 2015, Rec. 1768/2014, (Tol 5544777)]. Pues ello, supondría, indica esta última STS, de facto considerar a la custodia compartida como un régimen excepcional, «cuando la doctrina jurisprudencial la viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible».

(III)

Da inexistência de conflito

A maior parte das alegações da mãe faz referência ao “actual clima conflituoso e de crispação entre os progenitores”, à existência de “discordância e animosidade existente entre os pais”, e a uma orientação “jurisprudencial” [de que não invoca um único acórdão, embora já se tenha ficado a saber, pelo que se disse acima, que a frase citada pela mãe pertence ao ac. do TRP de 28/06/2016] que preconiza que “entre os 4 e os 10 anos ‘a residência alternada’ apenas deve ser adoptada nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro progenitor”, e volta a insistir dizendo que aquela jurisprudência diz que “quando pai e mãe não estão de acordo e as relações entre eles não estão pacificadas, não podem de modo algum ficar com guarda alternada.”

Tudo aquilo que tem a ver com o invocado conflito, discordância e animosidade não tem o mais pequeno suporte factual que seja, sendo uma argumentação, por isso, inaceitável, que distorce os factos para tentar evitar a procedência da pretensão do pai, o que é um comportamento que indicia que a mãe não tem disponibilidade para promover relações habituais do filho com o pai, o que só pode ser visto negativamente para a mãe e não como factor que pese negativamente na questão da residência alternada.

Por outro lado, o argumento da existência do conflito vem de uma jurisprudência anterior ao aditamento do art. 1906-A ao CC, feito pela Lei 24/2017, de 24/05; mantido (o argumento) sem conexão com as situações aí previstas, ele torna-se apenas um estereótipo usado sem se saber o que é que se pretende com ele.

Posto isto, ou a existência de conflito é vista como correspondendo a ausência de acordo entre os pais para a fixação da residência alternada, ou seja, os pais estão em conflito porque não estão de acordo (é a posição da mãe), o que não tem cabimento, pois que é então apenas uma forma de dizer que tem de haver acordo para que possa ser fixada a residência alternada, o que já se viu não

ser de aceitar.

Ou então o conflito é visto como equivalente a uma daquelas situações previstas no art. 1906-A do CC, isto é, de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar (como maus tratos ou abuso sexual de crianças), mas então a sua invocação neste contexto não faz sentido, porque quando estas situações existem fica logo em causa, por princípio, o exercício conjunto das responsabilidades parentais e também, normalmente, a residência alternada com o progenitor violento, e por isso não vale a pena estar a discutir a exigência autónoma de ausência de conflito.

Se o conflito for visto como qualquer outra coisa, como animosidade e discordâncias entre os progenitores, então exigir a ausência de conflito não corresponde à natureza das coisas: não é natural que entre pais que se acabaram de divorciar/separar não existam este tipo de conflitos. O que é de exigir é que no funcionamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais os progenitores se respeitem um ao outro, mas isso pouco tem a ver com a fixação da residência alternada.

Ou como diz a jurisprudência espanhola, de que dá conta o autor já citado, Agustín, págs. 149-150, «O que importa garantir ou proteger com este procedimento é o interesse do menor, pelo que, sendo certo que tem o direito a relacionar-se com ambos os pais, isto deverá acontecer desde que os seus direitos fundamentais à integridade física e psicológica, liberdade e educação e intimidade, etc., não sejam prejudicados. Pelo que todos os requisitos estabelecidos no art. 92 CC [espanhol, equivalente aos nossos artigos 1906 e 1906-A do CC] devem ser interpretados com este único objectivo”. Portanto, as relações entre os cônjuges por si só não são relevantes ou irrelevantes para determinar a guarda e custódia compartilhada. Só se tornam relevantes quando afectam, prejudicando-o, o interesse da criança ”(ac. do TS de 22/07/2011, rec. 813/2009, também ac. do TS de 09/03/2012, rec. 113/2010, entre outros).

«lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad». De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor» (STS de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009, también STS de 9 de marzo de 2012, Rec. 113/2010, entre otras).

Por outro lado, exigir a ausência de conflito para permitir a residência alternada, nos termos em que essa exigência está a ser feita, traduz-se em negar a possibilidade de residência alternada sempre que um dos progenitores não a quer. O que, afinal, é o mesmo que dizer que a residência alternada não pode ser fixada sem o acordo dos pais. Isto não pode ser assim, sob pena de se estar a dar razão ao progenitor que desencadeia ou agudiza o conflito para evitar a residência alternada. E sempre seria de averiguar quem é que é o responsável ou o maior responsável pelo conflito, e apurando-se que o é o progenitor que não quer a residência alternada, não decidir, apesar disso, atribuir-lhe, como se fosse um prémio, a residência única.

E para além disso é contraproducente para os interesses dos filhos, que era o que devia estar em causa: se, nos processos, se puder defender a tese de que se houver conflito entre os progenitores não deve ser fixada a residência alternada, os conflitos serão exacerbados artificialmente para o efeito, por aqueles que querem a residência fixa.

Para além disso, lembre-se ainda aquilo que já era dito pelo ac do TRL de 24/01/2017, proc. [954-15.2T8AMD-A.L1-7](#)

Creemos ainda não poder dizer-se, sem mais, que a guarda/residência alternada fomenta o conflito entre os progenitores; ao invés, cremos que pode até concorrer para desvanecer os conflitos eventualmente existentes, pois que, com ela, nenhum deles se sentirá excluído ou preterido no seu direito de se relacionar com o filho e de participar activamente, em termos práticos e psicológicos, no seu desenvolvimento como ser humano, sendo sabido que o progenitor “preterido”, movido pelo sentimento de exclusão que a maioria das vezes o assola, é levado a deixar de cumprir as suas obrigações parentais. Diga-se ainda que o facto de a progenitora se opor à guarda/residência alternada não é, em si, motivo para, diversamente, se determinar que passe a residir em exclusivo com sua mãe.

Bem como o que dizia o ac. do TRC de 27/04/2017, proc. [4147/16.3T8PBL-A.C1](#):

A ideia de que a guarda partilhada expõe a criança ao conflito tem implícita a afirmação de que, em caso de conflito a criança fica mais protegida se confiada a um deles, o que é extremamente discutível: a confiança a um só dos progenitores ao atribuir a este um poder de facto sobre a criança (progenitor que, na prática tudo decide) em detrimento do outro, que assim se vê afastado do dia-a-dia da criança, alimentando a posição de irredutibilidade do progenitor guardião (que, face ao poder que a guarda exclusiva lhe dá não se vê na necessidade de fazer concessões) e aumentando o sentido de frustração do outro, é potenciador da conflitualidade entre os progenitores.

Como salienta Joaquim Manuel da Silva [A Família das Crianças na Separação

dos Pais, a Guarda Compartilhada, p.121], havendo conflito entre os progenitores, a residência exclusiva agrava-o, consolida-o, aumentando-o muitas vezes, gerando um grande número de abandonos, de “órfãos de pais vivos”, que, quando não ocorrem, por força da exposição da criança a este stress tóxico, permanente e intenso, gera nelas profundos problemas de desenvolvimento emocional e cognitivo, que são na sociedade actual um problema grave de saúde.

Já a guarda ou residência alternada ou compartilhada 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.

Ou ainda o que é lembrado por Maria Teresa Bigotte Chorão, estudo citado, pág. 36, diz que:

“Em relação às situações marcadas por conflitos entre o ex-casal, há quem defenda que a dupla residência não está de acordo com o interesse da criança, dado que este regime implica mais contactos por parte dos pais, ficando aquela mais exposta ao conflito.

Não cremos que a residência alternada só seja possível nos casos em que os progenitores tenham uma relação amigável. Claro que é um factor a ter em conta, como tantos outros, importante para aferir se aqueles conseguem cooperar na manutenção do regime, mas não deve ser tido como um impedimento absoluto. Para além disso, estipulado o regime da residência alternada, o facto de existir conflito entre os progenitores, embora possa causar sofrimento à criança, é menos susceptível de afectar o vínculo do filho a ambos (ao contrário do que acontece num regime de residência única) pois este aprofundar-se-á por via do convívio alargado com cada um deles.”

Por sua vez, o ac. do TRG de 02/11/2017 (996/16), lembra que “Num estudo longitudinal muito detalhado, Linda Nielsen, uma referência internacional no domínio da coparentalidade e dos estudos sobre vinculação, refere que, em regra, as crianças em situação de residência alternada manifestaram melhores resultados nas medidas de bem-estar emocional, comportamental e psicológica, bem como uma melhor saúde física e um melhor relacionamento com os seus pais, benefícios que permanecem mesmo quando existiam elevados níveis de conflito entre os progenitores (Shared Physical Custody: summary of 40 studies on outcomes for children, 2014) [o sublinhado foi agora colocado - TRL])

E o ac. do TRE de 09/11/2017 (1997/15) lembra parte das alegações da Sr^a

Procuradora-Ajunta: “se não existe entendimento entre os pais acerca das questões relativas à vida do filho, a solução não passa por afastar o menor do pai, mas sim em os pais superarem os conflitos existentes entre si, na medida do necessário para dialogarem acerca da vida do filho que têm em conjunto e definir as linhas orientadoras para o futuro do menor”.

Veja-se ainda um exemplo prático da irrelevância deste conflito, entendido nestes termos estereotipados, num caso tratado pelo ac. do TS espanhol, de 11/02/2016, citado pela autora e obra já referidas, Marta Morillas Fernández (*págs. 103-104 - em síntese; deixa-se, a seguir, a transcrição do caso na íntegra*):

A mãe pediu a guarda e custódia dos filhos. O pai opôs-se pedindo-as para ele. A 1.ª instância determinou a guarda compartilhada por meses alternados. O tribunal da relação atribuiu a guarda exclusiva à mãe, fundamentando a decisão na consideração de que não era benéfico para os filhos a guarda compartilhada, já que existiria entre eles um conflito que o desaconselharia, segundo informação da equipa técnico psicossocial [do relatório psicossocial consta: 1. O conflito, em ascensão, entre pais; [...] 4. Os menores testemunharam as desavenças em muitas ocasiões. [...] 6. O relatório opta por aconselhar a custódia em favor da mãe, dada a estabilidade no trabalho e a atitude facilitadora do contacto paterno-filial [...]], pois que a falta de consenso poderia repercutir-se na estabilidade e desenvolvimento dos menores. Isto sem analisar os benefícios que o regime de custódia compartilhada poderia acarretar para menores. O pai recorre em cassação, alegando, entre outras infracções, a do artigo 92, n.ºs 5, 6 e 7 do CC, e a oposição da sentença recorrida à doutrina do TS, na medida em que esta vem indicando que o interesse da criança é o princípio básico que deve determinar a adopção da guarda e da custódia compartilhada.

O TS indica, neste caso, que para a adopção do sistema de custódia compartilhada não é necessário um acordo sem fissuras, mas uma atitude razoável e eficiente em ordem ao desenvolvimento da criança, assim como algumas habilidades para o diálogo que se devem supor existentes nos litigantes nada constando em contrário. A custódia compartilhada implica como premissa a necessidade de que entre os pais exista uma relação de respeito mútuo, que permita a adopção de atitudes e comportamentos que beneficiem a criança, que não perturbem o seu desenvolvimento emocional e que, pese à ruptura afectiva dos pais, seja mantido um quadro familiar de referência que sustente um crescimento harmonioso de sua personalidade. O TS refere-se ainda às novas normas relativas ao interesse da criança [...] no sentido de que a manutenção de suas relações familiares será preservada; se protegerá a satisfação das suas necessidades básicas, tanto materiais, físicas e

educativas, bem como emocionais e afectivas; se ponderará o efeito irreversível do decurso do tempo no seu desenvolvimento; a necessidade de estabilidade das soluções adoptadas; e que a medida que se adopte no interesse superior da criança não restrinja nem limita mais direitos do que aqueles que ela protege.

E continua: o facto de os pais não estarem em boa harmonia é uma consequência lógica após uma decisão de ruptura conjugal. Não há factores que permitam entender que os pais não poderão articular medidas adequadas em favor de seus filhos. Pelo que se cassa o acórdão da relação mantendo a guarda compartilhada.

Importante destacar, en esta línea, la STS de 11 de febrero de 2016. En primera instancia es la madre la que pide la guarda y custodia de los hijos, contestando a la demanda y oponiéndose el padre, que solicita se le atribuya a él. La SJPI determina que quedaran en compañía y bajo la guarda y custodia de ambos progenitores de forma compartida, por meses alternos. La madre interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial, señala que los menores quedarán bajo la guarda y custodia de la madre, basando su decisión, fundamentalmente en la consideración de que no es mas beneficioso para los menores este régimen, ya que existe enfrentamiento entre ellos que lo hacen desaconsejable, según el informe del equipo técnico psicosocial [En el informe psicosocial consta: 1. La conflictividad, en ascenso, entre los progenitores; [...] 4. Los menores presenciaron en muchas ocasiones las desavenencias. [...] 6. En el informe se opta por aconsejar la custodia a favor de la madre, dada su estabilidad laboral y su actitud facilitadora del contacto paternofamiliar [...]], pues la falta de consenso podría repercutir en la estabilidad y desarrollo de los menores. Sin analizar los beneficios que para los menores podría entrañar el régimen de custodia compartida. Recurre el padre en casación, alegando, entre otras infracciones la del artículo 92, 5, 6, y 7 del CC, y la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo, en cuanto viene indicando, como se ha dicho, que el interés del menor es el principio básico que ha de determinar la adopción de la guarda y custodia compartida. Indica el Tribunal Supremo, en este caso, que para la adopción del sistema de custodia compartida *no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes*, al no constar lo contrario. La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción, actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un

crecimiento armónico de su personalidad.

Igualmente, alude a la nueva normativa en materia del interés del menor, a la que antes hemos hecho referencia, la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que aunque no es aplicable por su fecha, "si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara."

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal. No se aprecian factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, con lo cual se casa la SAP manteniéndose la custodia compartida.

Em suma, o argumento da inexistência de conflito entre os progenitores não tem autonomia em relação dos requisitos negativos para o exercício conjunto das responsabilidades parentais previstos agora no art. 1906-A do CC ou à exigência de respeito pelas orientações educativas mais relevantes tomadas pelos dois para esse exercício conjunto.

E, tendo isto em conta, repare-se que o regime acordado não tem sofrido quaisquer incumprimentos, mostrando os factos provados sob 13 e 14 que ambos os pais são pessoas responsáveis e empenhadas no bem-estar do filho e que saberão ultrapassar naturais dificuldades de relacionamento em abono do bem-estar e do equilíbrio daquele.

(IV)

Da capacidade de diálogo, entendimento e cooperação

Quanto à exigência, que alguma jurisprudência faz, de que os progenitores tenham capacidade de diálogo, entendimento e cooperação e partilha, relativamente ao menor:

Esta argumentação esquece o que está em discussão e contraditoriamente utiliza um argumento que tem a ver com outra. Ou seja, é mais um argumento estereotipado, que se utiliza sem se ter em conta aquilo que se está a discutir. Ou seja, se se pode invocar - quase sempre sem razão e sem pertinência - o argumento em causa para a questão do exercício conjunto das responsabilidades parentais, já é evidente, no entanto, que quando se aceita esse exercício conjunto - como no caso dos autos e em quase todos os acórdãos que falam nesta condição - não se pode dizer, ao mesmo tempo, que,

dada a falta daquela capacidade a residência não deve ser alternada. É que se a falta de capacidade de diálogo, entendimento e cooperação não impede o exercício conjunto das responsabilidades parentais, ela não impede também, nem poderia impedir, a residência alternada. Aquela capacidade tem a ver com a necessidade de os pais decidirem em conjunto as questões de particular importância da vida do menor, e não tem nada a ver com as questões de menor importância que se colocam pelo facto de o filho viver alternadamente na casa de um ou do outro, porque a competência para decidir essas pertence ao progenitor que nesse momento está a viver com o filho. De resto, é contra a natureza das coisas e a lógica da experiência da vida, exigir dos progenitores, que se acabaram de divorciar/separar que estejam na melhor das harmonias um com o outro, ou seja, que se entendam, tenham capacidade de diálogo e de cooperação, se tal for visto como algo mais do que respeitarem as orientações educativas mais relevantes por eles tomadas para o exercício comum das responsabilidades parentais e não porem em causa as condições para esse exercício.

Como se diz em dois acórdãos citados por Agustín, uma relação de mútuo respeito entre os progenitores, não é equiparável, a uma exigência de harmonia entre os progenitores, pois “el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia.” (ac. do TS de 11/02/2016, rec. 326/2015) [o facto de que os progenitores não se encontrem em boa harmonia é uma consequência lógica depois de uma decisão de ruptura conjugal, pois o insólito seria uma situação de convivência carinhosa.]

Não se desenvolve mais a falta de pertinência deste argumento para a questão da residência alternada, porque no caso dos autos não foram dados como provados quaisquer factos que tenham a ver com essa condição da capacidade, antes pelo contrário, tendo em conta os factos dados como provados em 13 e 14.

(V)

Quanto a projecto comum de vida para o menor

Da exigência de um projecto de vida em comum, dos progenitores, para os filhos.

A questão tem sido vista ao nível de diferenças dos estilos educativos a que a criança fica sujeita.

Sobre estas, o estudo já referido de Maria Teresa Bigotte Chorão lembra a posição de Joaquim Silva tomada em A família das crianças na separação dos pais: A guarda compartilhada, Lisboa, Petrony, 2016, pág. 122, de que nenhum problema existe com diferenças de cada um dos pais: Acrescente-se até que

todos os pais têm diferentes estilos educativos, mesmo que estejam juntos, assim como têm outros familiares com papéis activos na educação das crianças, como os avós, tios, etc., e nada daí resulta de negativo. As crianças sabem perfeitamente como lidar com cada um dos educadores, e parece assente que a diversidade é, aliás, importante no processo educativo, na capacidade da criança se adaptar na relação com os outros ao longo da vida, todos diferentes.

E a autora acrescenta: “Assim, desde que estas diferenças não sejam antagónicas quanto a aspectos relevantes da vida do menor, não nos parece ser incompatível com o regime da residência alternada.” E ainda: “[c]ertas regras educacionais podem e devem ser definidas por ambos os pais, de modo garantir uma certa unidade na educação e estilo de vida do menor.”

Ou seja, de novo, trata-se apenas de exigir que os progenitores acordem entre si orientações educativas relevantes para o exercício em comum das responsabilidades parentais. Mas isso apenas com a consequência de, em caso de desacordo, a questão ser decidida pelo tribunal. Sempre tendo em conta que o tribunal, como órgão do Estado, não se deve imiscuir demasiado na vida dos progenitores e dos filhos, excepto, claro, quando exista perigo para a segurança, saúde, formação e educação dos filhos. Pelo que mesmo a falta de capacidade dos progenitores de terem um projecto de vida em comum para os filhos e de o levarem a cabo [e tendo eles o bom senso de não quererem estabelecer orientações demasiado rígidas e pormenorizadas, pois que elas por regra também não existem entre progenitores não separados] apenas deve levar à fixação da residência com apenas um dos progenitores, quando tal se possa traduzir num prejuízo relevante para os filhos, sempre sem se esquecer que aquela falta e incapacidade também se verifica em caso de pais não separados e tal não legitima, só por si, a intervenção do tribunal, e que a diferença de estilos educativos não é, por si, algo que possa ser visto sempre como negativo.

Nada há nos factos provados que aponte nesse sentido, relevando-se até, para além dos factos dados como provados em 13 e 14, que os progenitores têm até informalmente contribuído igualmente para a permanência do filho num colégio.

(VI)

Do pai apenas querer deixar de pagar alimentos

É um argumento utilizado pela mãe, de novo sem a mais pequena correspondência com os factos provados. É uma insinuação lançada pela mãe, para tentar, com ela, criar um ambiente de desconfiança quanto ao pai, não se importando, também aqui, de distorcer os factos para que o pai não obtenha êxito na sua pretensão. É um comportamento que indicia que a mãe não tem

disponibilidade para promover relações habituais do filho com o pai, o que só pode ser visto negativamente para a mãe.

De qualquer modo repare-se que, utilizando a mesma lógica da argumentação da mãe, poderia dizer-se que ela é contra a pretensão do pai apenas porque não quer deixar de receber o dinheiro que o pai entrega para alimentos do filho.

É, no caso, como se vê, um argumento reversível e puramente especulativo, sem, por isso, ter qualquer relevância para a questão dos autos.

Mais: se a mãe crê que o montante fixado para alimentos é o valor real que o filho precisa para eles, porque é que há-de pensar - ou quais são os factos que a levam pensar - que ficando o menor a viver metade do tempo com o pai, este já não gastará aquele valor com os alimentos do filho?

Além disso, com tal argumento a mãe revela ainda uma distorcida concepção dos alimentos pagos pelo pai: os alimentos não correspondem apenas a um dever do pai incluindo no dever de manutenção do filho, pois que a manutenção do filho é também um direito do pai. O pai tem o direito de contribuir para a manutenção do filho e não pode ser afastado disso pelo facto de a mãe, ou o companheiro desta, ter condições suficientes para o efeito. Pelo que não há razões para presumir que ele quer a alteração do regime para evitar pagar alimentos.

(VII)

Da distância entre as residências dos pais e para a escola do filho

É um dos factores que tem de ser considerado. O pai, nas suas alegações, diz que a distância não constitui obstáculo e a mãe nada contrapôs a este respeito. Face aos elementos disponíveis (as moradas dos pais e do estabelecimento de ensino frequentado pelo menor), tudo indica que o menor poderá continuar a frequentar o mesmo estabelecimento de ensino (portanto, sem prejuízo para a sua educação escolar) e sem que a deslocação diária casa-escola tenha uma duração excessiva (logo, sem colocar em causa o seu descanso e bem-estar). Aliás, nesse sentido apontava já a circunstância de o regime provisório estar a funcionar sem notícia de qualquer problema quanto à incumbência que o pai tem de ir buscar e levar o filho à escola nos dias (5.^a-feira, 6.^a-feira e 2.^a-feira) em que o tem consigo.

*

Em suma: não existem, no caso, quaisquer factores negativos a apontar contra a residência alternada e o único obstáculo a ela, que foram os dois anos de vida do menor passados quase só com a mãe, é ultrapassado pela vantagem do reatamento de uma relação normal com o pai.

*

Das visitas

Passando o menor semanas alternadas com cada um dos progenitores e tendo estes os conhecimentos, capacidades e vontades consignadas nos factos provados sob 13 e 14, não há necessidade de fixar o regime de visitas ao menor, ou o gozo de férias com cada um deles. Sem dúvida que se conseguirão adaptar entre eles, sendo que só por si o regime de semanas alternadas já importará uma distribuição equitativa desses períodos.

*

Quanto aos alimentos: os pais devem alimentos aos filhos (art. 1874/2 do CC) e os alimentos devem ser proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los (art. 2004/1 do CC), pelo que, havendo uma desproporção evidente de meios entre os progenitores (como é o caso dos autos), aquele que tem mais tem de pagar mais do que o outro, mesmo que seja fixado o regime de residências alternadas.

Os factos provados não permitem concluir, em termos concretos, pelas necessidades do menor e possibilidades dos progenitores (descontadas as despesas básicas), falta de prova que corre por conta de cada um deles nas partes que lhes seriam favoráveis.

Em termos abstractos e pelo mínimo, pode dizer-se (seguindo o ac. do TRL de 10/10/2019, proc. 3396/16.9T8CSC) que o menor precisa, pelo menos, de 0,5 IAS (indexante de apoios sociais, regulado na Lei 53-B/2006, de 29/12, com alterações posteriores – segundo a Portaria n.º 27/2020, de 31/01, o valor do IAS para o ano de 2020 é de 438,81€), ou seja, de cerca de 219,40€ (= 438,81 € / 2).

Quanto aos pais, o raciocínio tem de ser o mesmo: cada um deles precisaria de 1 IAS como valor mínimo. Mas, como vivem com companheiros, em razão da respectiva economia de escala, o respectivo agregado familiar, só composto por eles os dois, precisaria de $1 + 0,7 = 1,7$ IAS, pelo que cada um deles precisa de 0,85 IAS, ou seja 372,99€.

A mãe recebe 1400€ mensais presumidamente x 14 meses, ou seja, 19.600€, ou seja, um valor mensal de 1633,33€.

O pai recebe 2200€ mensais presumidamente x 14 meses, ou seja, 30.800€, ou seja, um valor mensal de 2566,66€.

Descontando às possibilidades da mãe (1633,33€) as suas despesas de 372,99 €, ela fica com um rendimento disponível de 1260,34€ mensais.

Descontando às possibilidades do pai (2566,66€) as suas despesas de 372,99€, ele fica com um rendimento disponível de 2193,67€ mensais.

A soma das possibilidades finais do pai com as da mãe, dá 3454,01€ (= 1260,34€ + 2193,67€).

Pelo que, proporcionalmente, o pai pode/deve suportar 63,51% [= se 3454,01 => 100, 2193,67€ => x] das necessidades do filho e a mãe 36,49%.

Como essas necessidades, já se viu, são de 219,40€ durante um mês, correspondem a 50,63€ por semana (219,40 x 12 : 52). Assim, por cada semana que o filho passe com a mãe, que tem menos possibilidades que o pai, este terá de pagar 63,51% desse valor, ou seja 32,16€, o que dá 69,68€ por mês (32,16€ x 26 semanas : 12 meses), que serão arredondados para 70€. O mesmo valerá para as despesas extraordinárias (as que têm carácter excepcional, imprevisível e estritamente necessário e que sejam acordados entre eles ou autorizados pelo tribunal em caso de desacordo).

A regulação estabelecida abaixo tem em conta o estabelecido na regulação inicial, já que se trata de uma alteração e não um regime original, e manterá o que os progenitores estão a pagar de facto embora tal não conste daquela (ou seja, os cerca de 89€ mensais com a mensalidade do estabelecimento escolar do filho).

*

Pelo exposto, julga-se procedente o recurso, revoga-se a decisão recorrida e substitui-se por esta regulação do exercício das responsabilidades parentais:

1. As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.
2. O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele estiver a residir.
3. O menor residirá com cada um dos progenitores em semanas alternadas, da tarde de 2ª feira à manhã da 2ª feira seguinte, não devendo o progenitor que esteja a residir com o menor contrariar as orientações educativas mais relevantes tal como elas forem definidas pelos dois.
4. Para além de ½ da mensalidade com o estabelecimento escolar do filho (cerca de 89€ por mês) o pai pagará 70€ mensais de alimentos para o filho; este valor será actualizado (para baixo ou para cima), todos os inícios do ano, de acordo com a taxa de inflação do ano anterior.
5. O pai suportará 63,51% das despesas excepcionais, imprevisíveis e estritamente necessárias que sejam acordadas entre eles ou autorizadas pelo tribunal em caso de desacordo.
6. O menor passará com o pai o dia de aniversário deste e o dia do pai e com a mãe o dia de aniversário desta e o dia da mãe. No dia de aniversário do menor, este toma uma refeição com cada um deles, mediante acordo entre ambos.
7. O menor passará, de forma alternada, com cada um dos progenitores, mediante acordo com estes, as seguintes ocasiões: no dia de carnaval e no domingo de páscoa, quando o menor almoce com a mãe jantará com o pai, e

vice-versa; no natal, quando o menor passe o dia 24 na companhia da mãe, passará o dia de natal com o pai e vice-versa; quando o menor passe o dia 31/12 na companhia da mãe, passará o dia 01/01 na companhia do pai, e vice-versa.

8. Durante o período de férias, podem os pais ausentar-se com o menor para o estrangeiro, comprometendo-se ambos a autorizar expressamente tal deslocação e a emitir a documentação necessária para o efeito.

9. As comunicações a serem efectuadas entre os progenitores deverão ser feitas por telemóvel ou correio electrónico. Qualquer alteração do contacto deverá ser imediatamente comunicada.

10. Os progenitores comprometem-se a comunicar entre si as situações de doença do menor.

Custas, na vertente de custas de parte (não existem outras), pela mãe, quer na acção quer no recurso, por ter sido ela que decaiu neles.

Lisboa, 06/02/2020

Pedro Martins

Inês Moura

Laurinda Gemas