

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 835/17.5T8SXL-A.L1-2

Relator: PEDRO MARTINS

Sessão: 07 Agosto 2017

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

EXERCÍCIO EM COMUM DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS POR AMBOS OS PROGENITORES

RESIDÊNCIA ALTERNADA

DESNECESSIDADE DE ACORDO

Sumário

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.

(Sumário elaborado pelo Relator)

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa os juízes abaixo assinados:

Relatório:

L solteira, residente em..., requereu a 31/03/2017 a regulação das

responsabilidades parentais, referente a D, nascido a 22/09/2015, sendo requerido T, solteiro, residente em..., pai do menor.

Alegou para tanto, entre o mais, que: requerente e requerido tiveram uma relação amorosa da qual veio a nascer o filho; já não partilham a vida em comum e não residem juntos; desde a separação, o filho ficou à guarda e cuidados da requerente que tem suportado todas as despesas de alimentação, saúde e escolares; o filho frequenta o colégio/creche; a requerente é a responsável pelo filho no seu dia-a-dia, indo diariamente buscar e levar o menor ao colégio e o requerido vai buscar o menor à quarta-feira ao colégio pernoitando com ele e entregando-o no dia seguinte no colégio, e fica o fim-de-semana de 15 em 15 dias com menor das 10h de sábado a 19h de domingo.

A requerente entende que quanto às responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho o exercício deve ser em comum por ambos os progenitores; quanto aos actos da vida corrente do filho que as responsabilidades devem ser exercidas apenas pela mãe, com quem o filho deve ficar a residir; quanto ao regime de visitas propunha aquele que estava a ser praticado; entendia ainda que o pai poderia estar com o filho sempre que quisesse mediante contacto prévio com a mãe, desde que não ficassem prejudicados o descanso e as obrigações escolares do filho; propunha que o filho passasse com cada um dos progenitores, de forma alternada, a véspera de natal, o dia de natal, a véspera de ano novo, o dia de ano novo, a 6.ª feira-santa e o domingo de páscoa; bem como que o filho passasse 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; a repartição do dia de aniversário do filho e das férias escolares de verão, *grosso modo*, 15 dias com cada um dos progenitores; quanto aos alimentos para o filho, entendia que o pai devia prestar 170€ mensais, mais metade das despesas médicas e medicamentosas e escolares do menor; solicitava a audiência técnica especializada, com o prazo de dois meses, por não existir acordo entre os pais.

Conclusos os autos a 05/04/2017, foi designado o dia 09/05/2017 para a conferência de pais, realizando-se nesse dia, não tendo os progenitores chegado a acordo, quanto à residência do filho, regime de convívio com os progenitores, nem quanto aos alimentos; foi então fixado, pelo Sr. juiz, por força do art. 28 [ou melhor: art. 38] do RGPTC, o seguinte regime provisório: as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância serão de exercício comum por ambos os progenitores; a residência do filho será alternada com cada um dos progenitores durante metade de cada

semana; as responsabilidades parentais para os actos da vida corrente serão exercidas apenas pelo progenitor com quem o filho esteja; regulou ainda os contactos do progenitor que não estiver com o filho durante esse período; e a repartição por igual das despesas de saúde e escolares; determinou a audição técnica especializada com o prazo de 2 meses.

A mãe vem recorrer desta decisão, dizendo o seguinte *(transcreve-se tudo o que vem alegado no corpo das alegações, absolutamente igual às conclusões em violação do disposto no art. 639/1 do CPC, com numeração agora colocada, cortando-se apenas algumas das muitas repetições)*:

1. A acta da conferência apenas ficou disponível decorridos mais de cinco dias e nela não está expressa a posição do Ministério Público, mas apenas a decisão do Juiz.
2. Os pais separaram-se em Março depois de terem vivido cerca de dois anos juntos. Desde a separação o pai tem estado com o menor aos fins-de-semana de 15 em 15 dias desde as 10h de sábado às 19h de domingo e as quartas-feiras está desde as 17 até ao dia seguinte quando o entrega na creche.
3. Apenas foram levadas em conta as declarações do pai do menor.
4. Tal decisão andou ao contrario, pois que pelo pouco que foi apurado na conferência de pais, o que devia ter sido decidido era o regime provisório requerido pela mãe do menor, e que estava a ser cumprido e aceite pelo progenitor, e só após a elaboração de relatórios sociais sobre ambos os progenitores e apurados todos os elementos objectivos e subjectivos para aplicar o regime das responsabilidades parentais, se devia decidir qual o regime que melhor salvaguardasse o superior interesse do menor.
5. Considerando que o menor está com a mãe desde a separação, a tenra idade do menor, o desconhecimento das condições do progenitor, designadamente: de habitabilidade, hábitos de higiene, laços com o mesmo...
6. A guarda partilhada, é do conhecimento officioso, não está previsto na lei, é apenas uma orientação recente.
7. A decisão teve como consequência uma alteração forçada ao menor que ficou desestabilizado nas suas rotinas, horários e afectos com a introdução repentina da guarda partilhada, criando instabilidade, desconfiança e

desconforto numa criança de tenra idade, que sem culpa e apenas pela separação dos pais é sujeito às conveniências do progenitor que não quer pagar a pensão de alimentos.

8. Com efeito, e após a realização de conferência de pais o progenitor não tem conseguido assegurar os cuidados com a alimentação e saúde que lhe cabiam no tempo em que ficou com o menor.

9. Não tem preparado as refeições que o menor estava habituado (sopa e fruta) dando-lhe apenas um biberão de leite ao jantar (tendo o mesmo confirmado que não teve tempo para fazer o jantar tendo-lhe dado apenas o biberão de leite) e no dia da vacina que calhou no período em que estava com o menor, telefonou à mãe para esta se encarregar de o levar à vacina (tendo levado o menor a casa da mãe pelas 8h para a mãe ir com o menor à vacina tendo ido buscar o filho outra vez pelas 17h30 para pernoitar com o pai).

10. Assim se demonstra que tal decisão foi precipitada e infundamentada, porquanto não estão a ser respeitados os superiores interesses do menor, bem como o art. 1906/7 do Código Civil.

11. Note-se que, não obstante, ter havido discordância sobre as responsabilidades parentais o juiz *a quo* ao contrário do que seria de esperar decretou provisoriamente a guarda partilhada.

12. Não obstante tal regime ser provisório, não pode, atendendo aos interesses do menor, aguardar o prazo de 2 meses, sendo do conhecimento que tais prazos nunca são cumpridos, que o destino do menor, com 20 meses, esteja a aguardar pelo desfecho, porquanto haveria que cuidar de saber se o regime da guarda partilhada seria de aplicar no caso *sub iudice*.

13. A sentença contrariou a jurisprudência unânime que vigora quando existe discordância entre os progenitores quanto ao regime das regulações das responsabilidades parentais: ac. do TRL de 14/02/2015, proc. 1463/14.2TBCSC.L1-8; ac. do TRP de 28/06/2016, proc. 3850/11.9TBSTS-A.P1; ac. do TRG de 12/01/2017, proc. 996/16.0T8BCL-D.G1; e uma decisão singular/ /sumária do TRC de 04/04/2017, proc. 4661/16.0T8VIS-E.C1.

15. No caso, apenas foi referido que o pai (por declarações deste) podia ir buscar o menor mais cedo, mais nada se apurou nem existe nos autos, que confirme que tal regime é adequado para uma criança de 20 meses e que

desde a separação estava a viver unicamente com a mãe.

16. Nem se diga que o facto dos pais viverem próximo é factor relevante, porque sempre implica uma quebra de rotinas de vivências que o menor estava habituado, sem se ter cuidado de saber se o pai conseguia assegurar as mesmas condições que a mãe tem.

17. É que aqui se deve tratar do superior interesse do menor e não dos interesses dos progenitores, sendo certo que da conferência de pais mais nada se apurou.

O requerido contra-alegou dizendo o seguinte (sintetizou as suas alegações numa dúzia de conclusões, mas como acima consta a versão dos factos dada pela requerente, julga-se necessário contrapor a versão do requerido, pelo que se transcreve o corpo das alegações também apenas com alguns cortes):

A) Antes de mais, foi reconhecido pela requerente, aquando da conferência, que o requerido possui todas as competências para cuidar do menor.

B) Ademais, foi apurado e reconhecido pela requerente que os dois progenitores sempre cuidaram de igual forma do menor, sendo que o menor se encontrava muito habituado ao pai, passando com ele bastante tempo.

C) Na realidade foi o pai quem mais cuidou do menor, porquanto sempre teve mais disponibilidade que a requerente, que sempre trabalhou por turnos e nos últimos meses em Lisboa.

D) Era o pai quem prestava diariamente, todos os cuidados ao menor, nomeadamente que o alimentava, que o levava ao infantário e que por volta das 17h o ia buscar, dando-lhe o banho e o jantar, prestando-lhe todos os cuidados e afectos.

E) O Ministério Público expressou a sua posição, no sentido de concordar com o regime provisório de guarda partilhada.

F) Após a separação dos progenitores, foi a requerente que de uma forma infantil, abusiva e completamente inconsequente, praticamente proibiu o progenitor, assim como a sua família de estarem com o menor.

G) Aliás, tudo fez para evitar o contacto, chegando ao cúmulo de dizer ao

progenitor que não é pai do menor.

H) A requerente de forma abrupta, saiu de casa, levando consigo, todos os bens pertencentes ao menor, tais como a roupa, os produtos de higiene, a mobília de quarto e brinquedos, nada deixando.

I) Tendo de seguida, imposto um regime de visitas ao requerido, o qual nunca concordou com o mesmo, tendo tal sido explicado pelo progenitor na conferência.

J) Mais foi dito pelo requerido, as razões pelas quais nunca concordou com as imposições da requerente, dizendo ainda que apenas se limitou a aceitá-las, porquanto sempre tentou evitar conflitos com a progenitora.

K) Foi a requerente com a atitude descrita, que efectivamente perturbou as rotinas do menor, assim como o privou, de um momento para o outro, dos afectos do pai, o que com certeza lhe causou grande perturbação.

L) O progenitor nunca se conformou com o regime de visitas imposto pela requerente, em que apenas poderia estar com o seu filho de 15 em 15 dias, não podendo sequer ir buscá-lo ao infantário.

M) Mais ficou apurado, que o menor desde a separação que ocorreu no mês de Março, permanece no infantário por períodos excessivos, cerca de 11 horas diárias, situação completamente evitável, pois o pai pode sempre ir buscar pelas 17h.

N) O pai do menor sente-se injuriado, por serem postas em causa as suas condições de habitabilidade e higiene, pois a requerente é conhecedora da realidade.

O) Mais gravoso é o facto de a requerente pôr em causa os laços existentes entre o progenitor e o seu filho, depois de ter reconhecido a dedicação do pai ao filho, desde o seu nascimento.

P) Não menos gravoso é o relato constante de 9, pois os factos que o próprio progenitor relatou à requerente foram descontextualizados e desvirtuados, apenas tendo como objectivo denegrir a imagem do progenitor, o que é profundamente injusto.

Q) Sendo falso e ofensivo o alegado em 8: bem sabe a requerente que o menor estava prostrado e sem apetite, por estar doente, razão pela qual estava medicado com antibiótico. O leite foi nesse dia o único alimento receptivo pelo menor.

R) O progenitor trabalha, tem casa própria e conta com o apoio dos pais e irmã.

S) Na verdade o menor, quando se encontra ao cuidado da progenitora, passa mais tempo com a avó materna do que com a mãe, que aos fins-de-semana e à noite sai, deixando com a mesma.

T) Não se conformou o pai com o facto do menor passar mais tempo com a avó materna, do que com este, quando possui todas as condições e competências para cuidar do filho.

U) O regime funciona perfeitamente, encontrando-se o menor visivelmente feliz quando está na companhia do pai e da sua família.

V) O pai presta-lhe todos os cuidados e afectos, tendo sido restabelecida a vivência que ambos tinham, até Março do corrente e que foi interrompida violentamente pela requerente.

W) O pai não reconhece a existência de qualquer tipo de instabilidade ao menor, pelo contrário, o menor na companhia do pai é feliz, pois em vez de passar o tempo fechado num infantário, passeia e brinca com o pai, vai ao parque, podendo também ir à praia durante o Verão, pelas 17h.

X) Além do mais, a mãe do progenitor é licenciada em educação de infância, encontrando-se perfeitamente apta a identificar os sinais de instabilidade, caso ocorressem, o que não aconteceu.

Y) Os progenitores residem com relativa proximidade, compreendendo-se perfeitamente o alcance da importância deste factor no regime aplicado, pelo que se dispensa considerações.

Z) Igualmente ofensivo e falso é sugerir-se, que o progenitor pretende o regime de guarda partilhada para escusar-se ao pagamento de uma pensão de alimentos. O mesmo poderá sugerir o requerido e questionar a verdadeira razão pela qual a progenitora pretende a guarda do menor, e concluir que seja

para receber uma pensão, pois veja-se:

AA) A requerente nunca demonstrou vontade em procurar um emprego consentâneo com uma vida familiar, preferindo trabalhar à noite e por turnos, sacrificando o tempo com menor e não se importando com isso.

BB) Durante a vivência dos progenitores, nas suas folgas raramente ficou com o menor, preferindo que o pai o levasse para o infantário, tal como nos outros dias.

CC) Recentemente, a progenitora tem estado de baixa, no entanto passeia na rua, mas não fica com o filho, nem o leva mais tarde para o infantário, preferindo que a sua mãe o entregue pelas 8h no referido estabelecimento e que o vá buscar depois das 19h.

DD) Para além do mais, reside com a mãe, ficando o menor quase sempre ao cuidado desta.

EE) A progenitora revelou-se detentora de um predomínio sob o progenitor, mostrando-se desrespeitadora do direito à igualdade que deveria ser observado, entre os progenitores (invoca aqui o ac. do TRL de 28/06/2012, proc. 33/12.4TBBRR.L1-8, no sentido de a lei proteger essa igualdade).

O MP também apresentou alegações dizendo, em síntese, o seguinte (a síntese é feita por este TRL porque as alegações do MP vieram, neste apenso, sem uma das 5 folhas das mesmas; de modo a não se perder tempo útil e porque é claro o sentido das alegações do MP, optou-se por desconsiderar essa falha - apenas uma das muitas, como o facto de o apenso electrónico não ter uma única peça processual digitalizada):

i) Não assiste qualquer razão à requerente, porquanto a decisão recorrida é correcta, já que efectuou a concordância prática entre os interesses em confronto em medida que consideramos justa e adequada, com clara e manifesta prevalência do superior interesse do filho.

ii) Se o art. 1906/7 do CC cristaliza como pedra angular da densificação do interesse do menor a grande proximidade com ambos os progenitores e o tribunal deve tomar decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades, que outra decisão deveria o tribunal ter adoptado senão aquela que ora está em crise? Nenhuma.

iii) A correcta interpretação do comando legal acima convocado (quando mais tempo o menor passar com cada um dos progenitores melhor) não deixa margem para dúvida que, tendencialmente, a residência partilhada será o modelo mais idóneo para alcançar o desiderato consagrado na sua previsão. Com efeito, o modelo de residência que melhor potencia a partilha de responsabilidades por ambos os progenitores e mais contactos cria entre o filho e os dois progenitores é o da residência alternada. O tribunal só não deve decretar o regime de residência alternada quando verificar que o mesmo não corresponde ao casuístico interesse do menor, o que pode ocorrer v.g. em função da elevada conflitualidade parental.

iv) No caso vertente concluímos pela inexistência de qualquer causa que justifique a não adopção da residência alternada, mesmo porque, tal como - insistimos, decorre da acta de fl. 29, ambos os progenitores reconhecem mutuamente a existência de capacidade parental e de forte laço afectivo ao menor.

v) A instância de recurso tem por objecto a reapreciação da fundamentação e do mérito da decisão recorrida razão pela qual a invocação de factos decorridos após a prolação da decisão em crise são irrelevantes.

vi) Se a recorrente pretende fazer valer a alegação e a prova desses factos para alterar o regime vigente, deverá utilizar o instrumento processual adequado: requerimento de alteração do regime provisório actual.

*

As questões a decidir: com quem é que o filho deve residir; a entender-se que deve ser com apenas um dos progenitores, ficará por fixar um regime mais completo quanto ao valor dos alimentos a entregar pelo outro progenitor e de convívio entre este e o filho, pois que o regime de alternância concretamente fixado, se for mantido, acautela estes aspectos no essencial, principalmente tendo em conta a provisoriedade do mesmo.

*

A decisão recorrida teve por base implicitamente os seguintes factos:

i) O filho nasceu a 22/09/2015.

ii) Os progenitores separaram-se em Março de 2017.

iii) Desde a separação o pai tem estado com o filho aos fins-de-semana de 15 em 15 dias desde as 10h de sábado às 19h de domingo e as quartas-feiras está desde as 17h até ao dia seguinte quando o entrega na creche.

iv) O pai não estava de acordo com tal regime, propondo que o menor estivesse uma semana com cada um deles (*a posição da mãe resulta da petição inicial*).

v) Ambos os progenitores reconhecem um ao outro capacidade e um forte apego/laço afectivo com o filho e esse apego existe de facto.

vi) Ambos os progenitores reconhecem a importância do filho estar com o outro progenitor e que ambos têm motivação e disponibilidade para estar com o filho.

viii) O pai tem mais disponibilidade.

ix) Ambos os progenitores têm dado prioridade aos interesses do filho em detrimento dos seus problemas e conflitos entre ambos.

Acrescenta-se ainda o seguinte (ao abrigo dos arts. 663/2, 607, 5/2-c e 412, todos do CC):

xi) Foram tirados certificados do registo criminal dos progenitores e ambos não têm qualquer facto inscrito.

xii) Os progenitores vivem a cerca de 500m um do outro [tendo em conta as residências que constam do cabeçalho da petição inicial e o recurso ao *google maps e google earth*].

xiii) Do assento de nascimento do filho resulta que o requerido tinha então 20 anos e a requerente 22 anos.

*

Decidindo:

Os progenitores não discutem a questão do exercício das responsabilidades parentais relativamente a questões de particular importância para a vida do

filho

Aquilo que está em causa é a questão da residência do filho. O resto - o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho, os direitos de visita e os alimentos - vem por arrastamento.

Quanto à determinação da residência do filho, dispõe o art. 1906/5 do CC [com o regime adjectivado actualmente no art. 40 do RGPTC, anexo à Lei 141/2015, de 08/09; o art. 1906 é aplicável ao caso por força do art. 1911/2, ambos do CC] que o tribunal a determinará de acordo com o interesse do filho, 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. Sendo que o n.º 7 deste artigo acrescenta que o tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

No caso, perante os factos provados, é notório, por outro lado, que não se está perante qualquer das situações previstas no art. 1906-A do CC [aditado pelo artigo 2 da Lei 24/2017, de 24/05, em vigor a partir de 23/06/2017] - não há notícia de ter sido decretada medida de coacção ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou de estarem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças - o que naturalmente poderia ser tomado em conta [mesmo sem estar em vigor] para a decisão da determinação da residência (previsão actual que afasta, por outro lado, a crítica de desrespeito do art. 31 da Convenção de Istambul - Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica - que era feita ao legislador).

Perante os factos provados e o disposto nos n.ºs 5 e 7 do art. 1906 do CC, dir-se-ia de imediato que a decisão do tribunal está correcta, principalmente porque o filho, então com cerca de 20 meses, tinha vivido pelo menos durante 18 meses em contacto diário com ambos os progenitores, e a situação de facto criada durante o período da separação dos progenitores, que é aquela que a mãe quer que se mantenha, apenas permitia o contacto do filho com o pai cerca de 6 dias em cada mês (ou seja cerca de 5 vezes menos tempo do que

acontecera até aí e cerca de 1/4 do tempo que ficaria para mãe), enquanto com a residência alternada o filho vai estar tanto tempo com o pai como a mãe, possibilitando por isso a manutenção de uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores, o que não deixará de favorecer a partilha de responsabilidades entre os progenitores, para além de se tomar em conta que a posição tomada pela mãe quanto à questão revela muito pouca disponibilidade dela para promover relações habituais do filho com o pai.

Dito de outro modo, a residência alternada vai possibilitar, se os progenitores souberem aproveitar a decisão, que o filho volte a ter com ambos os progenitores uma relação o mais próximo possível igual à que mantinha antes da separação, desse modo evitando quebrar a relação que antes tinha com o pai e perturbando o menos possível os hábitos e rotinas de vida essenciais que até aí tinha.

A solução proposta pela mãe, pelo contrário, podendo talvez manter outros hábitos e rotinas do filho, prejudica outros que têm muito mais valor que aqueles, quais sejam, os que têm a ver com um dos progenitores.

Para além disso, o pai revelou mais disponibilidade de facto para estar com o filho, o que é outro factor a favor da decisão recorrida.

De resto, como decorre dos factos provados, ambos os progenitores reconhecem um ao outro capacidade e um forte apego/laço afectivo com o filho e esse apego existe de facto; ambos reconhecem a importância do filho estar com o outro progenitor e ambos têm motivação e disponibilidade para estar com o filho; e ambos têm dado prioridade aos interesses do filho em detrimento dos seus problemas e conflitos entre ambos, o que tudo aponta para que a residência alternada tenha todas as hipóteses de singrar.

Por fim, a decisão recorrida é uma decisão provisória, o que é mais um ponto a favor da mesma, pois que vai haver assim um período de tempo para se confirmar se a manutenção das relações com ambos os progenitores do modo o mais próximo possível às relações que existiam antes da separação tem condições para ter êxito.

*

Isto de imediato, importando agora apreciar, em concreto, a argumentação da requerente:

A conclusão 1 é inconsequente, não passando de uma mera descrição do conteúdo de uma acta. Com ela, a requerente aproveita para sugerir que o MP poderá estar contra a decisão recorrida, o que, como já se viu, não é o caso, já que a defende com bons argumentos.

A conclusão 2 é uma repetição de factos tomados em consideração como provados, à excepção da concretização do tempo que os progenitores terão vivido juntos, de que não há prova que seja como diz a requerente, sendo no entanto provável que o seja ao menos por um tempo próximo, e nessa medida é um pressuposto do decidido e foi tomado em conta.

A conclusão 3 é uma “acusação” sem qualquer fundamento de facto.

A conclusão 4 diz que o regime provisório devia ter o conteúdo requerido pela mãe, sem dizer porquê e com base num erro: ao contrário do que aí se diz, o pai não aceitou o regime que de facto vigorou durante a separação.

*

A conclusão 5 parte de um dado de facto com pouco relevo, qual seja, o período de separação, pois que este foi provavelmente inferior a 2 meses; depois a conclusão refere desconhecimento quanto às condições do progenitor, designadamente: de habitabilidade, hábitos de higiene, laços com o mesmo, mas o mesmo acontece quanto às condições da progenitora, pelo que não pode ser considerado um factor a favor da solução proposta pela mãe.

Da conclusão 5 resta, de útil, a questão da ‘tenra’ idade do filho. Assim, segundo a mãe, todos os filhos de ‘tenra’ idade deviam ficar a viver com a mãe. Trata-se pois de uma posição de princípio, para a qual não interessam as circunstâncias do caso concreto.

Mas não deve ser assim.

Se nada houver contra ou a favor de nenhum dos progenitores, como no caso (em que apenas há um pequeno factor a pesar mais a favor do pai, qual seja a sua maior disponibilidade), não se deve determinar a residência do filho com a mãe apenas por ele ter uma ‘tenra’ idade, no caso 20 meses.

De resto, não se vê que, para efeitos do princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança, resolução da AG das NU 1386 (XIV), de 20/11/1959 [...

salvo em circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não deve ser separada da sua mãe. ...], se deva considerar que a alternância de residências por metades da semana, distantes entre si cerca de 500m, pudesse corresponder à separação da criança da mãe.

A questão tem sido posta de outra forma, ou seja, com a ligação ao período da amamentação, mas, no caso, a questão nem sequer tem de ser considerada por este prisma, pois que nada ficou dito, nem pela mãe, quanto a tal. De qualquer modo, a simples invocação da amamentação também não pode servir, só por si, como factor decisivo, tanto mais que as mães, querendo, podem prolongar até aos 5 anos, ou mais, esse período, sem que tal corresponda, sem mais ao interesse do filho.

E no caso, mesmo que essa fosse a situação - do que não há o mais pequeno indício nos autos -, não haveria qualquer impossibilidade material, ou criada pela decisão recorrida, de a mãe continuar a amamentar o filho, tanto mais que o leite pode ser tirado por outros meios que não só a amamentação pela mama. E recorde-se que a distância entre residências é de 500m.

*

A conclusão 6 é uma descrição subjectiva do regime jurídico, irrelevante só por si. Mas, junto com a conclusão 7 e com a parte útil da conclusão 5, trata-se de uma crítica à instituição da residência alternada, a que a requerente chama guarda partilhada. Crítica que, por um lado, se baseia na ideia de que a residência alternada provoca uma desestabilização nas rotinas, horários e afectos do filho criando-lhe instabilidade, desconfiança e desconforto. Insegura quanto à força do argumento, a requerente serve-se de uma acusação contra o requerido que não tem suporte probatório nos autos, o que ela não pode deixar de saber, pretendendo com ela criar um ambiente favorável à crítica da decisão recorrida, qual seja, a de que o progenitor quer a residência alternada porque não quer pagar a pensão de alimentos. Deixando de lado, por totalmente desapojada factualmente, essa acusação, fica então a crítica genérica: a residência alternada, para mais relativa a um filho, de tenra idade, com 20 meses de idade, é prejudicial a este, porque lhe provoca desestabilização nas rotinas e horários e afectos do filho e lhe cria instabilidade, desconfiança e desconforto.

Ora, como se disse acima, é certo que alguma desestabilização nas rotinas e horários será criada pela residência alternada, mas, primeiro, essa desestabilização já resultou da separação e, segundo, seria mantida pela

determinação da residência apenas com a mãe; para além disso, muito mais importante que a manutenção das rotinas e horários, já prejudicados pela separação, é a manutenção da relação muito próxima com o pai, que a residência apenas com a mãe vai prejudicar irremediavelmente.

A verdade, no entanto, é que existe uma corrente doutrinária contra a fixação da residência alternada e uma jurisprudência que só a admite quando haja acordo dos, ou, noutra versão, quando não haja conflito entre os, progenitores.

Contra a residência alternada e contra a solução legal do exercício em comum das responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho, veja-se Maria Clara Sottomayor, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, republicação em 2016 da 6ª edição de 2014, Almedina, especialmente págs. 19 a 92, 280 a 299 e 303 a 329, que está na base de sustentação dos primeiros seis acórdãos que se citarão abaixo, e é seguida, muito de perto, por Joana Salazar Gomes, O superior interesse da criança e as novas formas de guarda, Universidade Católica Editora, Lisboa, Junho de 2017. Aproveitando a exposição desta última autora, a Lei 61/2008, ao determinar, na redacção que deu aos n.ºs 3 e 5 do art. 1906 do CC, que a residência habitual dos filhos deve ser 'fixada junto de um dos pais', teria afastado a possibilidade de residência alternada, contrariando deste modo o princípio 3:20 (2) de Direito da Família Europeu; isto no âmbito de uma crítica à actual solução legal consagrada no art. 1906/1 do CC que consideram ter vindo dar primazia ao interesse dos pais, constituindo um retrocesso histórico em relação à reforma de 1977, sendo desadequada na generalidade das situações, à realização do interesse da criança, sobretudo se acompanhada, numa interpretação conjunta com o art. 1906/7 do CC, de alternância de residência, propondo, em alternativa, a atribuição da guarda única da criança à sua pessoa de referência, exercendo esta unilateralmente as responsabilidades parentais (págs. 81, 101, 104 e 106).

A jurisprudência em causa é representada pelos acórdãos invocados pela requerente na conclusão 13 e por outros dois (um deles arrolado, com outro fim, pelo requerido...), e os argumentos contidos nas conclusões 11, 12, 14, 15, 16 e 17 são trazidos à colação nesses acórdãos ou são a tentativa de rebater outros de sentido contrário.

Assim:

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

A lei 61/2008 de 31/10, 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.

Substituiu o conceito “poder paternal” pelo de “responsabilidade parental” e acolheu a regra do exercício comum das responsabilidades parentais, com a guarda conjunta e consagrando que é exceção o regime de guarda única com a entrega e a confiança do menor a um só dos progenitores, como resulta da redacção actual do art. 1906 do CC.

Não havendo acordo dos pais, não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais.

O acórdão considera que a residência alternada é incompatível com a necessidade de estabilidade e de uma rotina diária com regras simples e bem definidas de forma a permitir um crescimento harmonioso da filha de 3 anos que vivia com a mãe, sobretudo porque os progenitores tinham dificuldades de relacionamento, viviam longe um do outro (Cascais e Lisboa) e não se entenderam sequer sobre o qual o estabelecimento que a filha devia frequentar, para além de não estarem de acordo.

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

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).

O caso era um pedido de alteração de alimentos, feito pelo pai, relativamente a três menores, e em que só no decurso do processo o pai veio requerer a residência alternada; o acórdão considera que o clima de hostilidade, ausência de diálogo e cooperação entre os progenitores impede, desde logo, a opção pela residência alternada: os menores ficariam irremediável e incontornavelmente expostos ao agudizar dos conflitos entre os progenitores, com as inevitáveis consequências nefastas para aqueles.

O ac. do TRG de 12/01/2017, proc. [996/16.0T8BCL-D.G1](#), diz que:

III-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.

IV-Ora, no caso em apreço, nem há acordo, nem está demonstrado que essa é a solução conjuntural que melhor satisfaz o interesse das crianças.

V-Na busca da solução para o caso concreto, não devemos guiar-nos apenas por meras generalidades opinativas ou teses mais ou menos científicas, fruto da “espuma dos dias”, que as há num sentido e noutra - uns dando prevalência à figura materna no que tange a crianças de tenra idade, tese que assenta na profunda ligação biológica da criança, desde o útero materno e que persiste na aleitação, defendendo-se, que, só mais tarde, com a socialização da criança, o papel do pai assume relevância; outros defendendo que essa relação pode ser estabelecida com qualquer progenitor ou terceira pessoa, podendo nem existir uma figura primária de referência, muito menos a maternal.

VI-Há sim que analisar e ponderar as circunstâncias concretas desta família e como se estabeleciam no seu seio as rotinas e distribuíaam os papéis.

VII-O interesse dos menores é certamente o de manterem estreito contacto com os progenitores. Mas, apesar do que se diz sobre a fácil adaptabilidade das crianças a novos cenários, é também o da estabilidade possível num contexto já ele conturbado pela separação dos pais.

VIII-Estando os progenitores em desacordo no tocante à residência dos menores, pretendendo o requerente a guarda alternada e a requerida continuar com a respectiva guarda e o estabelecimento de um regime de visitas, que o Ministério Público entendeu ser insuficiente, nada impunha a opção por um dos extremos propostos. Entre um e outro há um leque de soluções e certamente alguma que permita assegurar o interesse dos menores na manutenção de estreitos laços afectivos com o pai, sem lhes partir a vida ao meio.

IX-Existindo entre os progenitores, no período que antecedeu a decisão

recorrida, um consenso mínimo relativamente ao exercício das respectivas responsabilidades parentais, que permitiu aos menores, apesar de residirem com a mãe, manterem assíduo convívio com o pai, a alteração que a decisão recorrida, meramente provisória, implica nas rotinas dos menores, impondo-lhes residirem alternadamente, semana sim semana não, com cada um dos progenitores, não tem sustentação nos elementos colhidos nos autos, nem serve o interesse dos menores.

Este acórdão trata de um regime provisório, subsequente a uma separação decorrente da saída de casa do marido que foi viver para Barcelos (localidade do colégio dos filhos), relativamente a três filhos menores, de 7, 4 e 18 meses (do qual se diz ainda mamar), que ficaram a viver com a mãe na casa de morada da família em Esposende; fica sugerido, no acórdão, que esta residência com a mãe, durante a separação teve o acordo de ambos; considera-se que a residência alternada parte a vida dos menores ao meio.

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

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.

Tratava-se de duas filhas de perto de 8 e 6 anos; o casal separou-se e as filhas ficaram a viver com a mãe; a residência foi fixada com a mãe.

Esta decisão singular tem o entendimento de que, na falta de acordo dos pais, a guarda conjunta ou alternada seria prejudicial para os menores, os quais passariam a ter uma vida dupla, saltitando de lugar para lugar, expondo-se conflitos de lealdades e, quiçá, servindo como arma de arremesso, e segue o entendimento expresso no acórdão do TRC que se vai citar de seguida, no qual se diz: “A lei portuguesa instituiu o modelo da guarda única, unilateral ou exclusiva, atribuindo-a ao cônjuge que esteja em melhores condições de salvaguardar o interesse do menor (“critério da competência”). É que o exercício conjunto das responsabilidades parentais e o duplo consentimento nas questões de particular importância distingue-se da chamada guarda conjunta ou da guarda alternada, (pelo 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 TRC de 06/10/2015, proc. [1009/11.4TBFIG-A.C1](#), dizque:

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.

Trata de um caso em que o filho tinha estado a viver durante 4 anos na mesma residência e a mãe, que não tinha vivido com o filho nesse período, tinha vindo requerer que o filho, então com 8 anos, passasse a viver consigo; portanto a questão da residência alternada nem sequer se punha, sendo assim o ponto sumariado respeitante a um autentico *obiter dicta*.

O ac. do TRL de 28/06/2012, proc. [33/12.4TBBRR.L1-8](#), citado pelo requerido destes autos, diz que:

II-[...O] exercício do poder paternal, na forma em que se tornou conhecido por toda a sociedade civil e comunidade jurídica - quer em termos legais, quer doutrinários, quer sobretudo a nível jurisprudencial - sofreu profundas alterações [pela Lei 61/2008, de 31/10], podendo dizer-se que o novo modelo veio criar uma ruptura em relação àquele que vigorava e que foi gerador, durante décadas, da jurisprudência que conhecemos nos tribunais portugueses em todas as instâncias.

III-Entre as alterações introduzidas no exercício das responsabilidades parentais salienta-se o desaparecimento da noção tradicional do poder paternal, com os progenitores a adquirirem igual poder de decisão relativamente às questões do menor, seu filho, nos termos preceituados nos arts. 1901 e segs do CC.

IV-Essa igualdade mostra-se vertida no próprio conceito criado pelo legislador e denominado de exercício das responsabilidades parentais, em substituição do clássico e imperante poder paternal. A fixar, por essa via, e sem reservas, a ideia de igualdade, e abolindo as referências explícitas e directas a um poder paternal/maternal nitidamente identificador de um género predominante.

V-De acordo com o novo regime a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais, com a guarda conjunta, e a excepção o regime da guarda única, com a entrega e confiança do menor a um só dos progenitores.

VI-A guarda será conjunta ou partilhada (de acordo com a terminologia preferida de alguns autores) consoante o modo ou a forma como são assumidas as responsabilidades e tomadas as decisões pelos progenitores da

criança. Se são conjuntas as decisões, conjunta será a respectiva guarda. Mas em tal circunstância, porque o casal já não vive nem reside um com o outro, a criança passará períodos ora com um, ora com outro, nos termos em que ambos os progenitores, em conjunto e de comum acordo, assim o decidirem.

VII-Já a guarda alternada implica a alternância de residência dos pais, por certos períodos. Mas uma alternância efectiva, sem a comunicação entre os progenitores.

VIII-Na guarda alternada cada progenitor decide, à sua maneira, por sua iniciativa e independentemente do outro, o que será melhor para o filho durante esse período em que possui a guarda do menor. Tudo se passa de acordo com a vontade de um só dos progenitores durante esse período de tempo em que o menor está à sua guarda. Em que um só dos progenitores concentra a autoridade parental e exerce, em pleno, o poder de decisão.

Este acórdão, apesar de invocado pelo requerido e parecer favorecer a posição do mesmo, não o faz porque, por um lado, se limita a julgar improcedente um recurso interposto apenas pelo MP contra a decisão que homologava a regulação do exercício das responsabilidades parentais por comum acordo dos cônjuges, relativamente a uma filha de 2 anos, estabelecendo, o acordo, a residência alternada semanal com cada um dos progenitores; o ac. considerou que isto não era residência alternada mas sim uma guarda conjunta ou compartilhada; ou seja, para o acórdão, o estabelecimento de uma residência alternada pressupõe uma decisão dos dois progenitores no exercício comum das responsabilidades parentais; pelo que, logicamente, não havendo esse acordo, ela não poderia ser fixada pelo juiz.

Diz o acórdão:

“a guarda [repare-se guarda e não residência – parenteses deste acórdão] será conjunta ou compartilhada, de acordo com a terminologia preferida de alguns autores, consoante o modo ou a forma como são assumidas as responsabilidades e tomadas as decisões (conjuntas) pelos progenitores da criança. Se são conjuntas as decisões, conjunta será a respectiva guarda. Mas em tal circunstância, porque o casal já não vive nem reside um com o outro, a criança passará períodos ora com um, ora com outro, nos termos em que ambos os progenitores, em conjunto e de comum acordo, assim o decidirem. O facto de nesse caso a criança residir ora com um, ora com outro dos progenitores, não lhe retira a natureza de guarda conjunta, porquanto o que

releva é a realidade que lhe subjaz: a da partilha e compartilhamento da responsabilidade parental por ambos os pais relativamente a todas as decisões que envolvem a vida do seu filho.

Já a guarda alternada implica a alternância de residência dos pais, por certos períodos. Mas uma alternância efectiva, sem a comunicação entre os progenitores. Na guarda alternada cada progenitor decide, à sua maneira, por sua iniciativa e independentemente do outro, o que será melhor para o filho durante esse período em que possui a guarda do menor. Sem auscultar a opinião do outro. Decisões que abarcam o desenrolar da vida da criança durante todo esse período, na sua rotina diária, quer no domínio escolar, quer nos restantes: quanto às companhias, saídas, diversão, etc. Não há partilha nem comunhão ou identidade nas decisões entre os progenitores. Tudo se passa de acordo com a vontade de um só dos progenitores durante esse período de tempo em que o menor está à sua guarda. Em que um só dos progenitores concentra a autoridade parental e exerce, em pleno, o poder de decisão. À sua maneira.

[...]

Não há, neste caso, decisões conjuntas dos pais do menor relativamente à vida quotidiana do filho. Com os inconvenientes que são reconhecidos no que respeita “à consolidação dos hábitos, valores, e ideias na mente do menor”, com prejuízo para a formação da sua personalidade, face à alternância entre casas e pais, com padrões de vida diferentes.

Daí que autores, como Maria Clara Sottomayor, defendam que “é inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda de pais, separados, durante a semana, alternadamente... pois compromete o equilíbrio da criança, a estabilidade do seu quadro de vida e a continuidade e unidade da sua educação, pois não garante a colaboração dos pais no interesse da mesma (in “Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio”, 4ª edição, 2002).”

*

Contraposto a isto tudo, veja-se, no entanto:

O ac. do TRL de 17/12/2015, proc. [6001-11.6TBCSC.L1-6](#), dizque:

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.

A decisão provisória recorrida entendia que a residência alternada era afastada pelas normas do art. 1906 do CC e como os progenitores não estavam de acordo com ela, embora o pai a aceitasse, fixou a residência da filha ('de tenra idade, inferior a 3 anos') com a mãe; entretanto foi substituída por sentença que fixou a residência alternada (por semanas).

O ac do TRL de 24/01/2017, proc. [954-15.2T8AMD-A.L1-7](#), publicado quer na base de dados do IGFEL/TRL quer na base de dados da PGRD de Lisboa, sob 954/15.2T8AMD, diz o seguinte:

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.

O acórdão confirma uma decisão que determinou a residência alternada, por semana, sob proposta do MP e sem acordo dos pais; a requerente recorreu quase com o mesmo tipo de argumentos utilizados pela requerente dos autos e nos acórdãos antes referidos; a menor tinha nascido a 12/11/2013; de 2013 até Janeiro de 2015 os progenitores viveram juntos em união de facto; no período da separação a menor ficou a viver com a mãe nos mesmos termos que os destes autos; na conferência de progenitores, a mãe quis que a filha ficasse a residir consigo e o pai quis a residência alternada; foi a residência alternada a que passou a vigorar, provisoriamente, a partir de 28/09/2015.

Entre o mais o acórdão diz:

“Para sustentar a sua tese a requerente faz apelo, em síntese, à tenra idade da filha, ao clima de desentendimento e conflito latente existente entre os pais, ao facto de a sua residência ser a referência espacial da menor, à circunstância de nesta idade as crianças necessitarem de regras, estabilidade e rotinas, essencialmente quando a ruptura da vida em comum dos pais é já um factor de instabilidade e ao facto de se ter oposto à residência partilhada que veio a ser fixada.

Vejamos.

Quanto à existência de conflito entre os progenitores, não dispomos de factos que a evidenciem, apenas se sabendo que discordam quanto à guarda/residência da filha.

A tenra idade da filha, que completou três anos de idade em 12/11/2016, tornando-a necessariamente mais indefesa e dependente de sua mãe, mas também de seu pai, permite-lhe igualmente uma melhor e mais rápida adaptação a forma de vida diferente daquela que os progenitores lhe proporcionaram enquanto durou a ligação afectiva que levou à sua concepção.

E o modo de vida que, embora dissemelhante, mais se aproxima daquele em que nasceu e em que viveu durante os seus primeiros 14 meses de vida é aquele que lhe permita desfrutar em igual medida, embora separadamente, da presença, afecto, assistência, orientação e protecção de ambos os progenitores, um e outro igualmente seus pais, e a quem cabe, em comum, o exercício das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a sua vida.

O resto da extensa fundamentação está bem sintetizado no sumário do acórdão, remetendo-se agora, quanto ao mais, para o próprio acórdão, nas bases de dados já referidas, citando-se apenas mais isto:

[...]

Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os pais - o que a apelante não põe em causa -, ninguém questionará que a guarda/residência conjunta é o instituto com melhor aptidão para preservar as relações de afecto, proximidade e confiança que ligam o menor 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.

[...]

Ainda que, por virtude da idade da filha, se tivesse como demonstrada a existência de uma maior ligação e dependência da menor em relação à mãe, a apontar para a preferência da fixação da sua residência exclusivamente com a progenitora, estando-se perante decisão provisória, uma nova alteração no modo de vida e de relação com os pais, por natureza temporária, potenciará necessariamente um acréscimo de instabilidade e, nessa medida, seria contrária ao seu superior interesse.

Tendo a menor vivido a maior parte da sua vida com ambos os pais, carece de fundamento bastante a afirmação de que só por via da fixação da sua residência com a mãe se alcançarão a estabilidade e rotina de que a filha necessita.

Ainda que a casa da mãe tenha sido a sua primeira referência espacial, a menor está naturalmente apta a criar muitas outras ao longo da sua vida,

como certamente aconteceu já com o colégio que passou a frequentar por acordo de ambos os progenitores, sediado em zona próxima da morada de cada um deles, sendo sabido que a sua estabilidade e segurança advêm directamente da proximidade e protecção dos pais e não do local onde vive com eles.

E a estabilidade e rotinas necessárias ao seu equilibrado desenvolvimento também poderão ser alcançadas vivendo ela com o pai e com a mãe em semanas alternadas, facilmente se habituando, até pela sua tenra idade, a ter duas casas, dois quartos de dormir, duas colecções de brinquedos, sendo que os seus sentimentos de estabilidade e segurança sairão reforçadas com o convívio e partilha de afecto, de forma assídua e paritária, com ambos os progenitores.

Abandonado que foi o paradigma familiar do século passado, em que a mãe assumia em exclusivo a criação e o acompanhamento diário dos filhos, ficando para o pai, elemento distante, a incumbência de ganhar o sustento da família, pai e mãe assumem, de hoje em dia, em relação aos filhos, posições e papéis tendencialmente paritários, um e outro trabalhando fora e ambos cuidando e acompanhando, de forma próxima e diária, o desenvolvimento dos filhos em família e na sociedade.

[...]

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.

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

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.

A decisão recorrida tinha fixado a residência com o pai; o acórdão fixou a residência alternada, sendo que os progenitores defendiam a residência única em casa de cada um deles; a filha tinha nascido em Nov2011; a mãe tinha saído da casa de morada da família em Agosto de 2015, levando a filha com ela, mas desde Set2015 a filha tinha passado a viver alternadamente com cada um dos pais.

Diz-se no acórdão:

“[...] apesar da vontade manifestada pelos pais nos presentes autos no sentido de ambos pretenderem que a residência da menor seja fixada junto de si, cabendo ao outro tão somente um direito de visita, e da existência de alguma conflitualidade entre ambos, d[o] relatório [social] sobressai, [...] uma imagem positiva do resultado desta experiência de quase dois anos de vivência alternada da menor com o pai e com a mãe.

Contudo, ao arrepio de tal resultado, a sentença recorrida, mantendo embora o regime regra do exercício conjunto da parentalidade no que se refere às decisões de particular importância, veio a “confiar” a menor ao pai, junto de quem residirá, atribuindo à mãe o direito a ter a menor consigo em fins de semana alternados, de 15 em 15 dias, bem como às 4^{as} feiras (indo busca-la no fim do período lectivo e entregando-a no mesmo local, na 5^a feira de manhã), e ainda durante metade do tempo das férias escolares.

Tal decisão surge juridicamente justificada com o argumento de que a “guarda partilhada” ou “residência dupla da criança”, “só será possível e conveniente para a criança (...) nos casos em que ocorra uma grande cumplicidade e elevado entendimento entre os progenitores, que coloque o filho a salvo de disputas, mas também uma similitude de vinculações da criança a ambos os pais e uma adequada proximidade geográfica que não implique deslocações inúteis e morosas, com perda de contacto reiterado com a “outra” realidade da criança”.

Segundo a sentença recorrida, quando “existe um verdadeiro conflito entre os progenitores, no que o caso dos autos não é excepção mas antes uma evidente e clara regra) não só a guarda conjunta ou residência alternada não se impõe como a salvaguarda do interesse das crianças até afasta a possibilidade de a ela se recorrer”.

[...]

A apelante insurge-se vivamente contra tal decisão, assumindo, em primeira linha, a posição de que seria ela a progenitora que em melhores condições se encontraria para a atribuição da guarda da criança: melhores condições económicas do que o pai, tendo sido ela quem sempre prestou, em exclusivo, os cuidados de saúde à menor, conjugados com o sexo e a idade da menor. Para o caso de se entender que os progenitores se mantêm em igualdade de circunstâncias, então, “sempre o tribunal deveria fixar a residência a ambos os pais, de forma alternada, sendo este o regime que melhor possibilita a manutenção da estabilidade da criança e o contacto com ambos os progenitores”.

Vejamos

[...]

1. Exercício conjunto das responsabilidades parentais – admissibilidade de residências alternadas.

A Lei 61/2008, de 31/10, que procedeu à última reforma ao Código Civil em matéria do Direito da Família, introduziu importantes alterações às regras que estabelecem o exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores em caso de dissociação familiar.

A primeira alteração consistiu, desde logo, na substituição da expressão “poder paternal”, por “responsabilidades parentais”, consagrando a igualdade de direitos e de deveres de ambos os pais relativamente à pessoa e ao património dos filhos menores [ou, como se afirma no acórdão do TRL de 28/06/2012, com os progenitores a adquirirem igual poder de decisão relativamente às questões do menor, seu filho, nos termos preceituados nos artigos 1901 e ss., do CC]

Do percurso pelas alterações introduzidas aos artigos 1901 a 1912 do CC, surge realçada a funcionalidade dos poderes que integram as responsabilidades parentais, colocando a criança e o seu interesse no centro do exercício de tais responsabilidades.

Mais se salienta a imposição legal, em caso de dissolução familiar, que o regime fixado garanta “uma grande proximidade da criança com ambos os progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades” - art. 1906/7.

[...]

Como corolário dos princípios citados, o art. 1906 estabeleceu como regime regra, em caso de divórcio ou separação dos pais, o exercício em comum por ambos os progenitores quanto às questões de particular importância na vida do filho.

O exercício conjunto, porém, refere-se unicamente aos actos de particular importância, pois a responsabilidade pelos “actos da vida corrente” cabe exclusivamente ao progenitor com quem ele reside habitualmente ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente - art. 1906/3.

Abandonando o conceito de “guarda” da criança, adopta-se o conceito de “residência” [segundo Guilherme de Oliveira, a evolução foi no sentido de um abandono progressivo do uso das palavras “guarda”, direitos de “visita”, ao mesmo tempo que as leis passaram a recomendar ou a exigir “planos de parentalidade” que cumpram o objectivo de regular a convivência dos dois progenitores com o filho, sendo que a ideia de um dos progenitores com um papel principal foi desaparecendo nos Estados Unidos e na Europa - «Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra Editora 2011, Ano 8, nº16, p.16] do

filho, que deverá ser determinada “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” – art. 1906/5.

De qualquer modo cumpre, antes de mais, distinguir os conceitos, que continuam a ser usados na doutrina e na jurisprudência, de “guarda exclusiva” – exercício exclusivo das responsabilidades parentais com residência exclusiva –, “guarda conjunta” – exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência exclusiva a um dos progenitores e um regime de visitas a outro –, “guarda alternada” – residência alternada com exercício exclusivo nos respectivos períodos de residência de cada um dos pais –, e “guarda compartilhada” como exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada [formulações assim sintetizadas por Joaquim Manuel da Silva, Juiz de Direito do Tribunal de família e Menores, A Família das Crianças na Separação dos Pais, a Guarda Compartilhada, Petrony Editora, 2016, p. 45. Para maiores considerações, cfr., Maria Clara Sottomayor, Entre Idealismo e Realidade: a dupla residência das crianças após o divórcio”, in “Temas de Direito das Crianças”, Almedina 2014, p.69-76].

Tendo, no caso em apreço, sido determinado pelo juiz *a quo* o regime regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, determinação que os progenitores não põem em causa, discute-se apenas no presente recurso, a fixação da residência à menor: se junto do pai, como foi determinado na sentença de que se recorre; se junto da mãe, como esta sustenta a título principal nas suas alegações de recurso, ou com residência alternada junto de ambos os pais, como aí defende a título subsidiário.

Ou seja, face à definição anteriormente exposta, o primeiro passo a dar passa por determinar se é de fixar a guarda conjunta (com residência junto de um dos progenitores e com um regime de visitas ao outro) ou a guarda compartilhada (com residência alternada junto de cada um dos progenitores).

Uma passagem pela jurisprudência dos tribunais superiores permite-nos concluir ser posição dominante a admissibilidade da guarda compartilhada, inclusivamente por imposição do tribunal (ou seja, na falta de acordo entre os pais, porquanto ambos pretendem a residência exclusiva), colocando, contudo, como requisito que haja uma boa relação entre os pais ou que, pelo menos, os conflitos entre os pais possam ser de algum modo amenizados [cfr., entre outros, ac. do TRC de 05/05/2009, relatado por Távora Vítor, e acs. do TRL de

17/12/2015, relatado por Anabela Calafate, de 13/12/2012, relatado por Rijo Ferreira, e de 28/12/2012, relatado por Ana Luísa Geraldés, embora este diga respeito unicamente à homologação de um acordo entre os progenitores que previa a guarda compartilhada].

Já ao nível da doutrina, com excepção de Maria Clara Sottomayor [Entre o idealismo e a realidade, citado, pp. 165 e ss., em especial, p.178-182] face aos novos dados da investigação científica e das novas tendências ao nível dos demais ordenamentos jurídicos europeus -, constata-se uma quase unanimidade na assunção da guarda compartilhada como a solução ideal (embora nem sempre possível, como é o caso de famílias com histórico de violência doméstica ou de os progenitores residirem em diferentes localidades) em caso de dissociação familiar [no sentido de que a residência alternada pode ser consensualizada pelos pais ou imposta pelo tribunal, se pronunciam Helena Bolieiro e Paulo Guerra, "A Criança e a Família - uma questão de direitos", 2ª ed., Coimbra Editora 2014, p.209. Também Joaquim Manuel Silva, Juiz de Direito da Secção de Família e Menores de Lisboa-Oeste, se apresenta como acérrimo defensor da guarda compartilhada: "A guarda compartilhada assume-se hoje na nossa prática jurisprudencial como central na consagração do direito da criança a ter pai e mãe e até importante na tarefa de afastar o conflito e de manter ou construir a sua família. A guarda compartilhada mantém os pais implicados na vida dos filhos, desenvolvendo, em regra, plataformas de funcionamento conjunto que criam novas emoções positivas, que depois contribuem para ultrapassar as memórias emocionais negativas advindas, em regra, da "separação conjugal" - "A Família das Crianças na Separação dos Pais, A Guarda Compartilhada", p.135].

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.

Haverá que promover um tempo de qualidade com ambos os progenitores, de modo a que, cada um deles possa acompanhar o dia-a-dia do seu filho, nos trabalhos escolares, nas brincadeiras, no momento de deitar, etc., levar e ir buscar à escola, conhecer os professores, os amigos, etc., de modo a que o menor continue a ter um pai por inteiro e uma mãe por inteiro [neste sentido,

António José Fialho, Residência alternada – visões de outras paragens, in A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, T. I, Julho 2014, E-book CEJ p.397, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoI.pdf]

O argumento base dos opositores da guarda compartilhada prende-se com a estabilidade da criança.

Contudo, tal ideia sobrevaloriza a estabilidade que possa advir de um só espaço físico a que possa chamar casa, face ao conforto emocional de ter ambos os progenitores junto de si: deste modo “tem dois espaços físicos a que chama casa e tem pai e mãe, em doses reduzidas de tempo, é certo, mas emocionalmente por inteiro, pois partilha as pequenas e as grandes coisas com ambos, no período que passa com esse progenitor [neste sentido, Cidalina Freitas, Notas soltas sobre a residência alternada, A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança... p.297, E-book citado]

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.

Concordamos, assim, com Ana Teresa Leal [Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais, in A Tutela Cível, E-book do CEJ citado, p.372. Em defesa da residência alternada se pronunciam todos os participantes no tema Residência Única ou Residência Alternada - Vantagens e Inconvenientes incluídos no referido Ebook do CEJ, desde Helena Bolieiro, António José Fialho e outros. Não resistimos a reproduzir aqui os 16 argumentos que legitimarão a imposição judiciária da residência alternada, apontados por Edward Kruk num estudo publicado em 2012 e aí citados por Helena Bolieiro (in Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada - casa do pai - casa da mãe - p.235-241): [...] quando afirma que 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 aquela que melhor salvaguarda os interesses da criança, ponderar se a residência deve ser fixada junto do pai ou da mãe.

Jorge Duarte Pinheiro [Estudos de Direito das Famílias e das Crianças”, AAFDL Editora 2015, p. 338-339] defende que a regra deve ser a concessão a cada um dos progenitores de igual tempo de contacto ou residência, com o filho, e a atribuição da titularidade do exercício de todas as responsabilidades parentais a cada um dos progenitores que estiver, e enquanto estiver, com o filho, indicando as seguintes quatro fortes razões em abono do exercício alternado das responsabilidades parentais: 1. É um modo de tentar dar à criança dois pais em vez de um só ou de um meio. 2. É uma forma de organização que contribui para criar uma cultura autêntica de partilha das responsabilidades entre os pais. 3. É a modalidade que satisfaz o princípio da igualdade dos progenitores, imposto pelos arts 36/5 e 13, da CRP e pelo art. 18 da Convenção Sobre os direitos da Criança. 4. É a forma de organização que melhor se adequa ao princípio de que os filhos não devem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles (art. 36/6 da CRP).

[...]

O caso em apreço será precisamente um daqueles em que a residência alternada surge como perfeitamente adequada, até porque, de um modo perfeitamente espontâneo e natural, e sem qualquer intervenção externa, foi esse a que os pais, por si só chegaram e que têm sabido gerir (de tal modo, que a 1ª instância nem sequer sentiu necessidade de, a título cautelar fixar qualquer regime, continuando a vigorar o regime que eles próprios definiram).

É certo que ao longo do processo nenhum deles propôs a guarda compartilhada, confiante e no pressuposto de que, a ser confiada só a um o seria a ele próprio, como se confirma pela reacção da progenitora que, face à decisão da primeira instância de alterar o regime vigente por acordo dos pais, em sede de alegações de recurso já admite a guarda partilhada, formulando tal pretensão, embora a título subsidiário (significativo é ainda o facto de o progenitor não ter apresentado contra-alegações). Note-se ainda que, após sua audição, fez-se constar do Relatório Social ser a seguinte a posição assumida por cada um dos progenitores relativamente a tal questão:

“Os progenitores concordam que os convívios com o progenitor não guardião ocorram em fins-de-semana alternados, bem como no convívio em épocas festivas de forma alternada e na divisão equitativa das férias escolares. Neste ponto a mãe propõe que os fins-de-semana com o pai ocorram de 5ª a 2ª feira, bem como a pernoita de 2ª para 3ª feira na semana que se segue ao fim de semana da mãe. O progenitor, apesar de referir os fins-de-semana alternados mostra flexibilidade em a N (...) estar com a mãe quando ambas o desejem e atendendo à disponibilidade horária desta última”.

Atentar-se-á em que o regime proposto pela mãe (posição que igualmente assume nas alegações por si proferidas ao abrigo do art. 39 da OTM) se aproxima mais de uma guarda compartilhada do que uma guarda exclusiva com regime de visitas ao outro progenitor.

Poderemos, assim, afirmar que se pode extrair dos autos a vontade presumida de ambos os progenitores no sentido de que, entre a entrega da guarda exclusiva ao outro e a guarda compartilhada, a opção é claramente pela segunda.

No caso em apreço, será mesmo essa a solução que se nos afigura corresponder ao interesse da criança: essa solução foi experimentada pelos pais, está a correr bem, a menor, quer antes quer depois da separação dos progenitores, sempre manteve intacta a relação integral com ambos e cada

um dos pais, constituindo uma violência a alteração de tal situação de facto, em nome de uma “instabilidade” não cientificamente comprovada e cada vez mais questionada pelos estudos científicos.

“A residência alternada permite que os pais continuem a dividir atribuições, responsabilidades e tomadas de decisões em iguais condições, reconhecendo as suas diferenças e limitações bem como o valor do papel de cada para com a criança. Esta diferença clara e coerente de papéis materno e paterno é fundamental para o saudável crescimento dos filhos pois permite uma estruturante identificação aos modelos parentais, fundamental para um normal desenvolvimento da sua identidade pessoal [Ana Vasconcelos, pedopsiquiatra, Do cérebro à empatia. Do divórcio à Guarda Partilhada com Residência Alternada, in A Tutela Cível... Ebook CEJ, ciatdo, p.10]

A guarda partilhada com residência alternada será mesmo a solução natural quando a criança tem um convívio normal com ambos os progenitores, no âmbito do que se designa por relação positiva com ambos os progenitores: “este tipo de relação é a que se encontra na maioria das situações das crianças cujos pais já não vivem ou nunca viveram maritalmente, em que valorizam a relação com ambos os seus progenitores e claramente desejam partilhar o seu convívio com os dois, de um modo significativo e, muitas vezes, em tempo igual” [Ana Vasconcelos, local citado, p.11]”.

Quanto ao relevo dado à conflitualidade entre os progenitores pela 1ª instância, os elementos constantes dos autos levam-nos a considerá-los perfeitamente ultrapassáveis, não só porque, sem qualquer intervenção externa, lograram chegar a um acordo de guarda partilhada que souberam gerir e que se mantêm há mais de dois anos, como se encontra dado como provado que ambos os progenitores participam nas reuniões e festas escolares, manifestando-se publicamente pacíficos nessas ocasiões [a análise dos autos deixa-nos a ideia de que conflito entre os progenitores terá sido potenciado por lhes ter sido transmitida a ideia de que não lhes seria permitida a manutenção do regime de residência alternada, ambos temendo que a residência fosse fixada junto do outro progenitor].

A apelação deduzida pela progenitora será de proceder parcialmente, impondo-se a revogação da decisão recorrida, determinando-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada unto de cada um dos progenitores.

*

[Os 'principles of european family law regarding parental responsibilities'](#) / princípios do direito europeu da família relativos às responsabilidades parentais (consultados e consultáveis no link acabado de inserir; a tradução que se segue é da responsabilidade deste acórdão do TRL) têm, na parte que importa, o seguinte conteúdo:

Principle 3:14 Disagreement on exercise / Desacordo sobre o exercício

(1) Where parents having joint parental responsibilities cannot agree on an important matter they may apply to the competent authority. / (1) Quando os progenitores que detêm em comum responsabilidades parentais não chegam a acordo sobre uma questão importante, podem recorrer à autoridade competente.

(2) The competent authority should promote agreement between the parents. / A autoridade competente deve promover o acordo entre os progenitores.

(3) Where agreement cannot be reached the competent authority should divide the exercise of parental responsibilities between the parents or decide the dispute. / Quando o acordo não puder ser alcançado, a autoridade competente deve dividir o exercício das responsabilidades parentais entre os pais ou decidir a disputa.

Principle 3:20 Residence / Residência

(1) If parental responsibilities are exercised jointly the holders of parental responsibilities who are living apart should agree upon with whom the child resides. / Se as responsabilidades parentais são exercidas conjuntamente, os titulares das responsabilidades parentais que vivem separados devem chegar a um acordo sobre com qual deles deve a criança residir.

(2) The child may reside on an alternate basis with the holders of parental responsibilities upon either an agreement approved by a competent authority or a decision by a competent authority. The competent authority should take into consideration factors such as: / O filho pode residir de forma alternada com os titulares das responsabilidades parentais, em consequência ou de um acordo aprovado por uma autoridade competente, ou de uma decisão de uma autoridade competente. A autoridade competente deve levar em consideração factores como:

(a) the age and opinion of the child; / A idade e a opinião da criança;

(b) the ability and willingness of the holders of parental responsibilities to cooperate with each other in matters concerning the child, as well as their personal situation; / A capacidade e a vontade dos titulares das responsabilidades parentais de cooperar entre si em todas as questões relativas à criança, bem como a sua situação pessoal;

(c) the distance between the residences of the holders of the parental responsibilities and to the child's school. / A distância entre as residências dos titulares das responsabilidades parentais e a distância para a escola da criança.

Decorre claramente daqui que não é necessário o acordo dos pais, para que o tribunal possa decidir a residência alternada. Entre os factores para a determinação dela não consta o acordo dos pais, ou melhor, o desacordo é até pressuposto para que haja a necessidade de o tribunal decidir.

*

A 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) (ver [Doc. 13870](#), com um relatório da Comissão para a Igualdade e Não-Discriminação, Relatora: Srª. Françoise Hetto-Gaasch; e [Doc. 13896](#), parecer da Comissão dos Assuntos Sociais, Saúde e Desenvolvimento Sustentável, Relator: Sr. Stefan Schennach), tem o seguinte conteúdo:

1. A Assembleia Parlamentar tem promovido consistente-mente a igualdade de género no local de trabalho e na esfera privada. Têm-se assistido a grandes melhorias nesta área, ainda que não suficientes, podem ser observadas na maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa. No seio das famílias, a igualdade entre os progenitores tem que ser garantida e promovida a partir do momento em que existam crianças. O envolvimento dos dois na educação dos seus filhos é benéfico para o seu desenvolvimento. O papel dos pais no que diz respeito aos seus filhos/as, mesmo quando são muito novos, necessita de ser melhor reconhecido e devidamente valorizado.

2. A responsabilidade parental partilhada implica que os progenitores tenham direitos, deveres e responsabilidades no que se refere aos seus filhos/as. No

entanto, o facto é que os pais são algumas vezes confrontados com leis, práticas e preconceitos que podem provocar a privação de relações sustentadas com as crianças. Na [Resolução 1921 \(2013\)](#) sobre a igualdade de género, conciliação da vida privada e laboral e coresponsabilidade, a Assembleia apela 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.

3. Assembleia deseja sublinhar que o respeito pela vida familiar é um direito fundamental consagrado no [artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos](#) (ETS n.º 5) e em numerosos instrumentos legais internacionais. Para um pai e o seu filho/a, estarem juntos é uma parte fundamental da vida familiar. A separação de progenitores dos seus filhos tem efeitos irremediáveis na sua relação. Tal separação deve acontecer somente por ordem judicial e apenas em circunstâncias excepcionais que impliquem graves riscos para o interesse da criança.

4. Além disso, a Assembleia acredita firmemente que o desenvolvimento partilhado da responsabilidade parental ajudar a ultrapassar estereótipos de género sobre os papéis que supostamente estão atribuídos ao homem e à mulher no seio familiar e que é simplesmente um reflexo das alterações sociológicas que ocorreram nos últimos 50 anos na forma como a esfera familiar e privada está organizada.

5. À luz destas considerações, a Assembleia insta aos 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;

[...]

5.9. Encorajar e, quando apropriado, desenvolver mediação no âmbito de processos judiciais de família que envolvam filhos/as, em particular através da

instauração judicial de uma sessão obrigatória de informação, com o sentido de esclarecer os progenitores que a residência alternada pode ser uma opção apropriada para o melhor interesse da criança, e para trabalhar no sentido dessa solução assegurar que os mediadores recebem a formação apropriada e encorajar a cooperação multidisciplinar baseado no “Modelo Cochem”;

(texto original: [Resolution 2079 \(2015\)](#); traduzido por Liliana Carvalho; revisto e adaptado por Ricardo Simões; Coordenação: Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos)

*

Na Espanha distingue-se *a patria potestad* / o poder paternal [correspondente ao nosso exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho] - regulado no art. 156 do CC durante o matrimónio e no art. 92/4 em caso de, *grosso modo*, separação do casal (ou, por força do princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, em caso de ruptura da união de facto / *unión civil* ou *pareja de hecho*) - e '*guarda y custodia de los hijos*', com o equivalente português da questão da residência dos filhos e do exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente dos filhos, regulada no art. 92/5 a 9 do CC, em caso, *grosso modo*, de separação do casal ou da ruptura da união de facto (neste sentido, por exemplo, Agustín Pardillo Hernández - Magistrado, Jurista do Gabinete técnico do tribunal supremo, área cível, Doutor em Direito -, El derecho de familia en la reciente jurisprudência del tribunal supremo, Tirant lo blanch, Tratados, Valencia, 2017, págs. 125 a 130; e Caleidoscopio de la custodia compartida em España, por Montse Solsona, Jeroen Spijker e Marc Ajenjo, págs. 47 e 49 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, por exemplo na pág. 47: “La patria potestad se entiende como la responsabilidad parental, que atañe principalmente a las grandes decisiones. En cambio, la guarda e custodia de los hijos hace referencia al cuidado diario, y remite por tanto a la coresidencia y al tiempo y al espacio compartido entre cada progenitor y sus hijos menores.” / “O poder paternal entende-se como a responsabilidade parental, que diz respeito principalmente às grandes decisões. Em contrapartida, a guarda e custódia dos filhos faz referência ao cuidado diário, e remete portanto para a co-residência e o tempo e o espaço compartilhado entre cada progenitor e seus filhos menores)

Ora, até à reforma operada pela Lei 11/1990 de 15/10, o art. 159 do [Código Civil](#) determinava a preferência materna na atribuição da guarda e custódia dos filhos menores de 7 anos. A reforma da Lei 11/1990 veio introduzir, em regime de igualdade, um sistema de custódia de carácter exclusivo ou monoparental, ao determinar que se os pais vivem separados e não decidirem de comum acordo, o juiz decidirá, sempre em benefício dos filhos, ao cuidado de qual progenitor ficarão os filhos menores de idade (está a usar-se a explanação de Agustín Pardillo Hernández, El derecho de familia, citado, págs. 125 a 179). Apesar disso, nada impedia, que de mútuo acordo e na convenção reguladora pudesse solicitar-se a adopção de um regime de guarda e custódia compartilhada e que este regime fosse aprovado judicialmente, se fosse benéfico para os filhos. No entanto, o sistema legal bloqueava a possibilidade da adopção de um regime de guarda e custódia compartilhada em casos em que houvesse litígios, o que determinou o carácter eminentemente excepcional da adopção deste regime de guarda e custódia, até à entrada em vigor da Lei 15/2005, de 09/07.

Com esta Lei, o art. 92 do CC, sobre a guarda e custódia compartilhada, passou a ter a seguinte redacção, na parte que importa (*traduzida informalmente por este acórdão, como tudo o mais que se segue, excepto se for assinalado o contrário*):

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges. / Os pais poderão acordar na convenção reguladora ou o juiz poderá decidir, em benefício dos filhos, que o poder paternal seja exercido total ou parcialmente por um dos cônjuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. / Fixar-se-á o exercício compartilhado da guarda e custódia dos filhos quando assim o solicitem os pais na proposta da convenção reguladora ou quando ambos cheguem a este acordo no decurso do procedimento. O juiz, ao fixar a guarda conjunta e ao fundamentar a sua decisão, adoptará as cautelas precedente para o eficaz cumprimento do regime de guarda estabelecido, procurando não separar os irmãos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. / Em qualquer caso, antes de fixar o regime de guarda e custódia, o juiz deverá recolher parecer do MP, e ouvir os menores que tenham juízo suficiente quando o considere oficiosamente necessário ou a pedido do MP, partes ou membros da equipa técnico judicial, ou do próprio menor, valorar as alegações das partes produzidas em audiência e as provas produzidas nela, e a relação que os pais mantenham entre si e com os seus filhos para determinar a sua adequação com o regime de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. / Não se fixará a guarda conjunta, quando qualquer dos pais seja objecto de um processo penal por atentar contra a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou liberdade e integridade sexual do outro cônjuge ou dos filhos que convivem com ambos. Nem quando o juiz conclua, das alegações das partes e das provas produzidas, da existência de indícios fundados de violência doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. / Excepcionalmente, mesmo quando não se verificarem os pressupostos do n.º 5 deste artigo, o juiz, a pedido de uma das partes, com parecer favorável do MP, poderá fixar a guarda e custódia compartilhada, fundamentando-a em que só desta forma se protege adecuadamente o interesse superior do menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los

apartados anteriores, de ofício o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. / O juiz, antes de adoptar qualquer das decisões referidas nos números anteriores, oficiosamente ou a pedido, pode procurar aconselhamento de peritos devidamente qualificados sobre a adequação do modo de exercício do poder paternal e do regime de custódia dos filhos.

Assim, os pais podiam acordar na convenção reguladora que o exercício do poder paternal se atribuisse exclusivamente a um deles ou a ambos de forma compartilhada. E quando este acordo não existisse, o juiz, nos casos em que houvesse litígio, podia fixar uma decisão com esse conteúdo. Quanto à guarda e custódia compartilhada, ela configurava-se, legalmente, como excepcional, ao fazer-se depender a sua adopção do requisito do parecer favorável do MP.

Mas esse requisito foi logo declarado inconstitucional por acórdão do Tribunal Constitucional de 17/10/2012. [Ref. BOE-A-2012-14060](#).

O que, junto com os trabalhos legislativos levados a cabo no âmbito das comunidades autónomas com competência na matéria (Aragão, Catalunha, Navarra, Valência e País Basco – a primeira e as duas últimas com explícita preferência pela guarda compartilhada [art. 80/2 da Lei 2/2010, de 26/05; art. 5 da Lei 5/2011, de 01/04, e art. art. 9, n.ºs 2 e 3 da Lei 7/2015, de 30/06, respectivamente], a segunda com inclinação por ela [arts. 233.10.2 e 233.8.1 do CC da Catalunha, alterado pela lei 25/2010, de 29/07; nesta, apesar de não haver preferência, são já 35% os casos de custódia compartilhada] e apenas a terceira dando plena liberdade ao juiz para optar pela compartilhada ou pela única [art. 3/3 da Lei foral 3/2011, de 17/03], em todos eles sendo possível a custódia compartilhada mesmo sem acordo dos pais: assim decorre da descrição feita destes regimes autonómicos em *Caleidoscopio de la custodia compartida em España*, por Montse Solsona, Jeroen Spijker e Marc Ajenjo, págs. 47 e 49 da obra colectiva *La Custodia compartida em España* já citada) veio a conferir um renovado protagonismo e actualidade ao regime da guarda e custódia compartilhada, ao desenhar-se um novo cenário em que a ‘excepcionalidade’ do estabelecimento deste regime da custódia deverá ser reinterpretada, passando a jurisprudência a adoptar uma postura propensa à normalização da adopção do regime da custódia compartilhada, como sistema de custódia que mais favorece o menor. A excepcionalidade é interpretada apenas como querendo dizer que não há acordo dos pais: “ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de

acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.” / *já que na redacção do artigo aparece claramente que vem referida à falta de acordo entre os cônjuges sobre a guarda partilhada, não a que existam circunstâncias específicas para fixá-la. (ac. do [TS de 22/07/2011, rec. 813009](#)).*

O que já era perceptível desde o acórdão do TS de 08/10/2009 (= [STS de 08/10/2009, rec. 1471/2006](#)), tal como no acórdão do [TS de 07/07/2011, rec. 1221/2010](#): la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea [a redacção do dito artigo não permite concluir que se trate de una medida excepcional, senão que, pelo contrário, deveria considerar-se a mais normal, porque permite que seja efectivo o direito que os filhos têm a relacionar-se com ambos progenitores, ainda quando em situações de crise, sempre que isso seja possível e enquanto o seja], o que vem sendo reiterado em sucessivos acórdãos da sala 1 (= secção civil) do TS espanhol, tudo conforme elementos fornecidos pelo citado autor espanhol (Agustín Pardillo Hernández), que podem ser confirmados acima nos *links* inseridos, podendo ver-se ainda em muitos outros, entre eles, por exemplo, o ac. do [TS de 30/05/2016, rec. 3113/2014](#): 1.- Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable [Deve-se supor que o regime de guarda e custódia partilhada deve ser o normal e desejável] (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, [...]. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos. Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia» Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del

sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre). [a redacção do art. 92 não permite concluir que se trate de uma medida excepcional, senão que pelo contrário se terá de considerar normal e inclusive desejável, [...]]. Pretende aproximar-se este regime do modelo existente antes da ruptura matrimonial e garantir ao mesmo tempo aos seus pais a possibilidade de «seguir» exercendo os seus direitos e obrigações inerentes ao poder paternal e de participar em igualdade de condições no desenvolvimento e crescimento dos filhos. Com o sistema de custódia compartilhada, dizem os acórdãos de 25/11/2013; 9/09 y 17/11/2015, entre outros: a) fomenta-se a integração dos menores com ambos os pais, evitando desequilíbrios nos tempos de presença. b) evita-se o sentimento de perda. e) No se questiona a idoneidade dos progenitores. d) estimula-se a cooperação dos pais, em benefício dos menores, que já se tem vindo a desenvolver com eficiência» Portanto (STS de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014), não tem sentido questionar a bondade objectiva do sistema, depois da constante e uniforme doutrina da Sala, com a mudança substancial a que a doutrina do Tribunal Constitucional levou (STC 185/2012, de 17/10)].

Sendo que já o acórdão da Audiência Provincial (= tribunal de Apelação) de Barcelona de 20/02/2007, recurso 1002/2005 (= [SAP 20/02/2007, rec. 1002/2005](#)), dizia:

[...S]erá de sentar y expresar cuáles son las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida. Así, empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los

hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus 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, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor. / Será de assentar e expressar quais são as vantagens e inconvenientes da instituição conhecida como custódia compartilhada. Assim, começando por estas últimas, é de destacar como tais, a possível desestabilização dos menores produzida pelas contínuas mudanças de domicílio; os problemas de integração ou adaptação aos novos núcleos familiares que se vão criando; e as dificuldades para unificar critérios nas questões mais quotidianas da vida dos menores. Quanto às suas vantagens ou benefícios, realmente, são maiores e superiores àquelas, já que com a custódia compartilhada: a) garante-se aos filhos a possibilidade de desfrutar da presença de ambos progenitores, pese à ruptura das relações do casal, sendo tal presença similar de ambas figuras parentais e constitui o modelo de convivência que mais se aproxima da forma de viver dos filhos durante a convivência do casal dos seus pais, pelo que a ruptura resulta menos traumática; b) evitam-se determinados sentimentos negativos nos menores, entre os quais cabe relacionar os seguintes: medo do abandono; sentimento de lealdade; sentimento de culpa; sentimento de negação; sentimento de falsificação de identidade (?); etc., c) se fomenta uma atitude mais aberta dos filhos perante a separação dos pais que permite uma maior aceitação do novo contexto e evitam-se situações de manipulação consciente ou inconsciente por parte dos pais frente aos filhos; e) garante-se aos pais a possibilidade de seguir exercendo os seus direitos e obrigações inerentes ao poder ou responsabilidade parental e de participar em igualdade de condições

no desenvolvimento e crescimento dos seus filhos, evitando, assim, o sentimento de perda que tem o progenitor quando se atribui a custódia ao outro progenitor e a desmotivação que daí decorre quando deve pagar a pensão de alimentos, conseguindo, para além do mais, com isso, uma maior consciencialização de ambos quanto à necessidade de contribuir para os gastos dos filhos; f) não se questiona a idoneidade de nenhum dos progenitores; g) há uma equiparação entre ambos progenitores quanto ao tempo livre para a sua vida pessoal e profissional, com o que se evita, desta maneira, dinâmicas de dependência na relação com os filhos, pois, as ocasiões de dor e vazio que produz uma separação, tendem-se a suprir com a companhia do filho ou filha que se converte assim na única razão de viver de um progenitor; e h) os pais têm de cooperar necessariamente, pelo que o sistema de guarda compartilhada favorece a adopção de acordos, o que se converte, igualmente, num modelo educativo de conduta para o menor.

E tudo isto tem sido reforçado entretanto por variadíssimos acórdãos do TS espanhol que têm vindo também a esclarecer:

-O interesse do menor deve prevalecer, inclusive sobre o princípio da igualdade entre os progenitores (ac. do TS de 27/09/2011, rec. 1467/2008);

-Não obstante uma situação tensa entre os progenitores, que não é de nível superior ao próprio da situação de crise matrimonial, tal não impede a adopção do regime da custódia compartilhada como medida mais favorável aos interesses dos menores, se existe uma disposição favorável dos progenitores e aptidão/capacidade para manter a mesma (ac. do TS de 16/10/2014, rec. 683/2013);

-Uma relação de mútuo respeito entre os progenitores, não é, sem embargo, 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 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 custódia 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 custódia 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). E Marta Morillas Fernández, da Universidade de Granada, entende que 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 (Régimen jurídico de la custodia compartida. El interés del menor, págs. 106/107 da obra colectiva citada acima). O que, aliás, já era dito pelo acórdão do TS de 09/09/2015, rec. 545/2014.

-a saída civilizada de um dos progenitores da casa de morada da família, não pode ser qualificada como aceitação da guarda e custódia pelo outro progenitor, quando ambos os progenitores possuem capacidade para o cuidado e formação do filho em comum (ac. do TS de 14/10/2015, rec. 772/2014).

*

Em França, os artigos [373-2-7 a 373-2-9](#) do Código Civil francês, em vigor em 22/07/2017, dispõem que:

373-2-7

Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. / Os pais podem recorrer ao juiz dos assuntos familiares a fim de fazer homologar a convenção pela qual eles organizam as modalidades de exercício da autoridade parental e fixam a contribuição para a alimentação e educação do filho.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas

été donné librement./ O juiz homologa a convenção salvo se constatar que ela não preserva suficientemente o interesse do filho ou que o consentimento dos pais não foi dado livremente.

373-2-8

Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. / Um dos pais ou o MP, este a pedido de um terceiro, seja um dos pais ou não, também podem recorrer ao juiz para o efeito de decidir sobre as modalidades de exercício da autoridade parental e sobre a contribuição para a alimentação e a educação do filho.

373-2-9

En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. Em aplicação dos dois artigos precedentes, a residência do filho pode ser fixada alternadamente no domicílio de cada um dos pais ou no domicílio de um deles.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / A pedido de um dos pais ou em caso de desacordo entre eles sobre o modo de residência do filho, o juiz pode fixar a título provisório uma residência em alternância pelo período de tempo que determinar. No termo desse período, o juiz estatui definitivamente sobre a residência do filho alternadamente no domicílio de cada um dos parentes ou no domicílio de um deles.

[...]

Sobre este regime diz Vicent Bonnet, Droit de la famille, 5^e édition, Larcier, 2015, págs. 143/144:

Séparation des parents. Le pouvoir de fixer la résidence de l'enfant est attaché dans une certaine mesure à l'exercice de l'autorité parentale. Lorsque, à la

suite d'une séparation, l'un des parents est exceptionnellement privé de cet exercice, non seulement l'enfant ne réside pas avec lui, mais il n'a en outre aucun pouvoir pour déterminer sa résidence. / Separação dos pais. O poder de fixar a residência do filho está ligado, numa certa medida ao exercício da autoridade parental. Quando, na sequência duma separação um dos pais está excepcionalmente privado deste exercício, não somente o filho não reside com ele, mas ele não tem, para além disso, qualquer poder para determinar a residência do filho.

En principe, cependant, malgré la séparation des parents, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint. Les parents peuvent sans doute décider avec lequel d'entre eux l'enfant résidera. Ils peuvent éventuellement faire ce choix par convention soumise à homologation ; en cas de désaccord, c'est le juge qui décide. Il prend en compte, notamment l'aptitude de chaque parent à respecter les droits de l'autre (art. 373-2-11-3^o, C. Civ.). Une fois le parent désigné, lui seul peut fixer le lieu de résidence de l'enfant. On comprend toutefois que, dans une telle situation, l'exercice conjoint de l'autorité parentale risque de se révéler difficile. La loi du 4 mars 2002 a introduit deux mesures permettant de rendre effectif l'exercice commun de l'autorité parentale malgré la séparation. / Em princípio, no entanto, malgrado a separação dos pais, o exercício da autoridade parental continua conjunto. Os pais podem sem dúvida, decidir com qual deles o filho residirá. Eles podem eventualmente fazer esta escolha por convenção sujeita a homologação; em caso de desacordo, é o juiz que decide. Ele toma em conta, nomeadamente, a aptidão de cada pai para respeitar os direitos do outro (art. 373-2-11-3^o, C.Civ.). Uma vez designado um dos pais, só ele pode fixar o lugar da residência do filho. Compreende, contudo, que, numa tal situação, o exercício conjunto da autoridade parental pode revelar-se difícil. A lei de 04/03/2002, introduziu duas medidas permitindo de tornar efectivo o exercício comum da autoridade parental.

Résidence alternée. La Cour de cassation avait condamné l'idée d'une garde alternée et la loi de 1987 avait exigé expressément que soit fixée la résidence habituelle de l'enfant - chez un seul parent. Certains juges du fond contournaient cependant l'interdiction en attribuant au parent qui n'avait pas la résidence de l'enfant un droit d'hébergement extrêmement large. Le débat opposait ceux qui pensent que la résidence alternée est le meilleur moyen d'assurer à l'enfant des rapports équilibrés avec ses deux parents et ceux qui considèrent au contraire que la résidence alternée de l'enfant crée, dans son mode de vie, une instabilité qui lui est préjudiciable. Il semble en réalité qu'en

la matiere, on ne puisse avoir de position tranchée pour ou centre la résidence alternée, car tout est affaire de circonstances. La résidence alternée peut ainsi être envisagée lorsque Les parents entretiennent des rapports non conflictuels et qu'ils vivent proches l'un de l'autre , de telle sorte que l'enfant puisse aller facilement à l'école depuis ses deux résidences. / Residência alternada. O tribunal de cassação (≈ STJ) tinha condenado a ideia de uma guarda alternada e a lei de 1987 tinha exigido expressamente que fosse fixada a residência habitual do filho - em casa de um só pai. Alguns juízes contornavam, no entanto, esta interdição atribuindo ao pai que não tinha a residência do filho um direito de alojamento extremamente grande. O debate opunha aqueles que pensam que a residência alternada é o melhor meio de assegurar ao filho relações equilibradas com os seus dois pais e aqueles que consideram, pelo contrário, que a residência alternada do filho cria, no seu modo de vida, uma instabilidade que lhe é prejudicial. Parece, na realidade, que na matéria, não se pode ter uma posição definitiva por ou contra a residência alternada, porque tudo é uma questão de circunstâncias. A residência alternada pode ser assim encarada quando os pais mantêm relações não conflituais e vivem próximos um do outro, de tal maneira que o filho pode ir facilmente para a escola a partir destas duas residências.

Le législateur l'a bien compris: dans la loi de 2002, il a offert aux parents la possibilité de fixer par convention soumise à homologation du juge la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun d'eux (art. 373-2-9 et 373-2-7, C. civ). Même en l'absence de convention, le juge peut ordonner, à la demande de l'un d'eux ou en cas de désaccord des parents sur le mode de résidence de l'enfant, une résidence alternée à titre provisoire, pour une période déterminée. Il s'agit d'une résidence alternée à l'essai qui peut s'ouvrir, à la fin de la période définie, sur une résidence alternée définitive ou au contraire sur une résidence habituelle unique. [...] / O legislador compreendeu-o bem: na lei de 2002, ele ofereceu aos pais a possibilidade de fixar por convenção sujeita a homologação do juiz a residência de o filho alternadamente no domicílio de cada um deles (art. 373-2-9 et 373-2-7, C. Civ). Mesmo na ausência de convenção, o juiz pode decidir, a pedido de um deles ou em caso de desacordo dos pais sobre o modo de residência do filho, uma residência alternada a título provisório, por um período determinado. Trata-se de uma residência alternada à experiência que pode abrir-se, no fim do período definido, sobre uma residência alternada definitiva ou, pelo contrário, sobre uma residência habitual única.

Sans doute fausse bonne idée, plus favorable à la volonté des parents qu'à

l'intérêt de l'enfant, l'une des mesures les plus importantes de la proposition de loi relative à l'autorité parentale, en son état actuel, consiste à prévoir que la résidence alternée sera le principe, et que le juge pourra seulement à titre exceptionnel fixer la résidence de l'enfant au domicile d'un seul des parents (futur art. 373-2-9). Il avait toujours été admis que la résidence alternée ne devait être mise en place qu'en fonction des circonstances, la rendre systématique paraît quelque peu présomptueux, voire dangereux. / Sem dúvida uma falsa boa ideia, mais favorável à vontade dos pais do que à vontade do filho, uma das medidas mais importantes da proposta de lei relativa à autoridade parental, no seu estado actual, consiste em prever que a residência alternada será a regra principal, e que o juiz só a título excepcional poderá fixar a residência do filho no domicílio de um só dos pais (futuro art. 373-2-9). Tendo sido sempre admitido que a residência alternada não devia ser colocada em vigor senão em função das circunstâncias, torná-la sistemática parece algo presunçoso, mesmo perigoso [*aquela proposta, no entanto, como se pode constatar, não foi para a frente*].

Ou seja, também é possível a fixação pelo juiz de uma residência alternada, mesmo sem que haja acordo dos pais, desde que isso seja no interesse do filho, apurado perante as circunstâncias do caso.

*

Posto isto,

Desde logo, em vez de se citar o antigo princípio VI da declaração das NU, já de 1959, melhor seria invocar o art. 9/1 da Convenção sobre os Direitos da criança adoptada pela AG das NU em 20/11/1989 e ratificada por Portugal em 21/09/1990 que, em vez de se referir só à mãe, se refere a ambos os pais:

Artigo 9

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.

O que também está mais de acordo com o art. 36 da nossa CRP, sobre família, casamento e filiação, que dispõe:

[...]

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação [...]

5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos;

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumparam os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

Por outro lado, os instrumentos internacionais/europeus, invocados para alguns efeitos (veja-se a crítica pela falta de consagração da Convenção de Istambul), não devem ser esquecidos quando têm posições divergentes das defendidas.

É o caso da Resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa, particularmente relevante porque, havendo uma outra, de 2013 (1921), que apenas 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”, dois anos depois o CE passa a instar os Estados-membros a “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.”

Por outro lado ainda, os princípios do direito europeu da família relativos às responsabilidades parentais não só não foram contrariados pela redacção de 2008 do art. 1906 do CC, antes estão de acordo com eles, como o reconhece uma dos autores da elaboração daqueles princípios (Katharina Boele-Woelki, [PDF][A Harmonização do Direito da Família na Europa - Faculdade de ...](#)

www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_MA_12524.pdf Divórcio com os Princípios da CEFL sobre Direito da Família Europeu).

Por fim, as normas do art. 1906 do CC, não permitem claramente a leitura de que o legislador consagrou o regime da “guarda única, unilateral ou exclusiva”, ou a necessidade de acordo dos pais para que seja fixada a residência alternada, nem muito menos afastou a possibilidade da residência alternada, o que aliás estaria ao completo arrepio de toda a evolução sofrida no direito europeu da família como se viu acima.

O nosso regime jurídico é notavelmente parecido ao francês e ao espanhol (este principalmente na interpretação do TS espanhol, acompanhado pela doutrina) e provavelmente a muitos outros países europeus, tendo claramente consagrado o princípio (com a exceção prevista no art. 1906/2 do CC, complementado pelo art. 1906-A do CC) do exercício comum das responsabilidades parentais sobre questões de particular importância (art. 1906/1 do CC), incluindo estas obviamente a escolha da residência do filho, que assim poderá ser decidida por acordo dos pais no exercício dessas responsabilidades, sujeito ao controlo do juiz com base no interesse do filho, ou poderá ser fixado pelo juiz, com base no interesse do filho, em caso de desacordo dos pais quanto a tal questão (art. 1906/5 do CC).

Quanto à questão da residência o legislador não foi ainda tão longe como o insta a fazer o CE, pois não estabeleceu como princípio, salvo as exceções do art. 1906-A, a residência alternada, mas de modo algum a afastou ou a sujeitou a qualquer acordo dos pais ou a inexistência de conflito entre eles. O juiz é livre de decidir a residência alternada ou a residência única, tendo como base o interesse do filho e em atenção todas as circunstâncias relevantes (art. 1906/5 do CC, complementado pelo art. 1906/7 do CC).

É, pois, inequívoco que as normas do art. 1906 do CC não exigem o acordo. Seria aliás um contra-senso que o fizessem, pois que o desacordo é pressuposto para a necessidade da decisão do juiz. Se os pais estão de acordo e decidem a residência alternada, o juiz apenas controlará a decisão com base no interesse do filho (arts. 1906/2 e 1906-A do CC), mas com o cuidado de não se imiscuir demasiado no assunto, tal como não o faria se o casal se mantivesse casado ou os unidos de facto se mantivessem unidos e decidissem a residência alternada do filho (neste sentido, veja-se o ac. do TRL de 28/06/2012). Neste sentido, para além de tudo o que já foi dito ou citado acima expressamente sobre isto, diz Manuel Olivares: “algo que padecia de

cierta ilógica, pues de existir un acuerdo no se acudiría al auxilio judicial para obtener una sentencia outorgando una custodia compartida [...] (Ejercicio de corresponsabilidad parental [...], pág. 126 da obra colectiva referida acima) / tal padece de certa falta de lógica, pois se existisse um acordo não se recorreria ao auxilio judicial para obter uma sentença outorgando uma custódia compartilhada [...].

Tais normas do art. 1906 do CC também não exigem a inexistência de litígio/ conflito entre os pais, entendido este de modo tão amplo como qualquer discordância entre eles. Sendo aqui especialmente relevante aquilo que é dito pelos acs. do TRL de 17/12/2015, do TRL de 24/01/2017 e do TRC de 27/04/2017, e pelo dois acórdãos do TS espanhol já citados acima quando dizem que uma situação tensa entre os progenitores, que não é de nível superior ao próprio da situação de crise matrimonial, não impede a adopção do regime da custódia compartilhada, como medida mais favorável aos interesses dos menores, se existe uma disposição favorável dos progenitores e aptidão/capacidade para manter a mesma, ou que, uma relação de mútuo respeito entre os progenitores, não é, sem embargo, equiparável, a uma exigência de harmonia entre os progenitores, pois que o facto de os progenitores não se encontrarem em boa harmonia é uma consequência lógica de uma decisão de ruptura conjugal e o insólito seria uma situação de convivência carinhosa.

Por fim, quanto aos estudos científicos que se invocam contra a residência alternada, a verdade é que, como decorre de todos os estudos referidos no acórdão do TRC 27/04/2017, podem ser apresentados muitos outros em sentido contrário, a maior parte com amostras muito mais representativas do que os anteriores, que, para além disso são, na sua maior parte, mais antigos (os mais recentes invocados pela posição contrária à residência alternada são inconclusivos como eles próprios reconhecem).

De resto é quase inconcebível supor-se que toda a evolução do direito europeu da família sobre esta questão, bem como, por último, a resolução de 2015 do Conselho da Europa e a jurisprudência citada do TS espanhol, reiteradamente a favor da residência alternada, não estejam baseados em trabalhos científicos que apontam no sentido favorável a esta residência (sendo à posição contrária que caberia demonstrar/argumentar o contrário, em vez de não fazer referência a tudo isto).

De tudo isto resulta que, a residência alternada é possível mesmosem o acordo

dos progenitores, desde que tal seja do interesse do filho, como é, quando lhe permite manter uma relação muito próxima com ambos os progenitores, o mais possível igual à que manteria se não tivesse havido separação e não há nada que se lhe oponha a não ser a discordância dos progenitores sobre a questão.

E a leitura de todos os acórdãos citados revela que os progenitores muitas das vezes conseguem, mesmo em desacordo, manter os filhos a viver alternadamente com eles, mas, no tribunal, sentem a necessidade de defenderem a residência única, quase que por uma questão de princípio, situação que é potenciada pela resistência dos tribunais em fixarem a residência alternada, quando não existe o acordo com ela de um dos progenitores, vindo nesse desacordo pontual um conflito impossível de ultrapassar, chegando ao ponto de, em abstracto, dizerem, ainda hoje, já muito depois de 2008, que basta não haver o acordo de um dos progenitores para afastar a fixação da residência alternada; e, em consequência, sempre que às mães não é atribuída a residência do/a filha/o apenas com elas, elas sentem a decisão como algo de pessoal contra elas e recorrem das decisões com argumentos sempre do mesmo género, com pouca ou nenhuma ligação aos factos dos autos.

Em suma, no caso, perante os dados concretos dados como provados, em que não há propriamente conflito entre os pais, mas um desacordo destes quanto à residência do filho, sendo que ambos aceitam o exercício em comum das responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho, a residência alternada é, ao menos para já, a solução adequada, confirmando-se por isso aquilo que de imediato se disse sobre a decisão recorrida.

*

Nas conclusões 8 e 9 a requerente invoca factos objectivamente supervenientes à decisão recorrida. E na conclusão 10 retira, desta alegação de factos, a demonstração de que a decisão recorrida está errada.

Mas, como diz o MP, isto é totalmente irrelevante para efeitos do recurso. Neste, o tribunal de recurso vai ver se a decisão recorrida está certa ou não com base nos factos que ela pôde considerar na data em que foi proferida. Não com factos que surjam posteriormente.

Para além disso, não há qualquer prova de que os factos alegados ocorreram

realmente, sendo a sua alegação uma forma, ao menos objectiva, de tentar dar uma imagem desfavorável do requerido, de modo a criar um ambiente favorável à revogação da decisão recorrida, o que é inaceitável.

*

Em suma, não é procedente a argumentação contra a decisão recorrida.

Pelo exposto, julga-se o recurso improcedente.

Custas pela requerente, sem prejuízo do que vier a ser decidido quanto ao apoio judiciário.

Lisboa, 07/08/2017

Pedro Martins

José Eduardo Sapateiro

Nuno Coelho