



Residência alternada – Dois pais ou uma só casa? –

Jorge Duarte Pinheiro¹⁻²

I. Enquadramento do tema

1. O tema da residência alternada suscita polémica entre nós, quer entre progenitores do sexo masculino ou feminino, quer entre especialistas que se ocupam da criança, incluindo estudiosos de Direito da Família, advogados, magistrados, psicólogos, psiquiatras, pediatras, técnicos da segurança social e profissionais com formação em serviço social. Por vezes, opiniões opostas são apresentadas (mesmo por especialistas) de modo apaixonado e com argumentação marcada pela experiência pessoal de quem se pronuncia, o que é compreensível, por se estar perante matéria que, pelo seu cariz tão existencial, não se submete facilmente à análise científica. Contudo, esta análise é necessária, justificando-se

¹ Estudo concluído em 4 de Setembro de 2020, data também da última consulta dos elementos citados que foram recolhidos na *internet*.

Dedico este trabalho sobre tema extremamente sensível e actual ao Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, notável jurista e académico, que exerceu funções de Professor Catedrático e de Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde, apesar de se ter jubilado, a sua obra e a sua pessoa continuam, e continuarão, a ocupar lugar de relevo.

² Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde foi director e é professor; agregado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.



tentativa de a efectuar no domínio do Direito.

O autor do presente texto já várias vezes aludiu na sua obra à residência alternada³, de modo concordante, mas sem que tenha efectuado tratamento específico desenvolvido do assunto. Pois chegou a oportunidade de o realizar.

Não é propriamente cedo, nem tarde. Como se explicará adiante (*infra*, II), o regime legal conexo com o tema da residência alternada mantém-se, no essencial, inalterado desde 2008, alheio às novas exigências sociais. Em legislatura anterior da Assembleia da República (XIII), tentou-se uma adaptação da lei, que não triunfou aparentemente por haver outras prioridades⁴. Nesta legislatura (XIV), a primeira sessão legislativa deu-nos já cinco iniciativas, aguardando-se tomada final de posição⁵, distinta da de caducidade,

³ Cf., designadamente, PINHEIRO, Jorge Duarte, “As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 336-340 (texto publicado primeiramente em 2012), e *O Direito da Família contemporâneo*, 6.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 242-243.

⁴ Na quarta e última sessão legislativa, registaram-se três projectos de lei: 1182/XIII, do PAN (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43595>); 1190/XIII, do PS (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43655>); e 1209/XIII, do CDS-PP (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43732>).

⁵ Projectos de lei 52/XIV, do PAN (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=44028>); 87/XIV, do PS (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=44121>); 107/XIV, do PSD (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=44160>); 110/XIV, do CDS-PP (cf. <https://www.parlamento.pt>).



que se observou na legislatura precedente.

2. Mas o que se entende por residência alternada? O que está afinal em causa?

O tema integra-se na problemática do exercício das responsabilidades parentais por progenitores que não vivem juntos, designadamente por se terem divorciado ou separado.

As responsabilidades parentais consistem no conjunto de situações jurídicas que, normalmente, incumbem aos pais com vista à protecção e promoção do desenvolvimento integral do filho que ainda não completou 18 anos de idade (cf. artigos 1877.º e 1878.º do Código Civil).

Em matéria de exercício das responsabilidades parentais, é relevante a circunstância de os pais viverem ou não juntos. Se viverem juntos, a titularidade do exercício cabe a ambos de modo indiferenciado. Se os progenitores não viverem juntos, a titularidade do exercício pode incumbir a ambos ou exclusivamente a um deles; quando haja então exercício em comum ou bilateral das responsabilidades, ou o filho *reside apenas com um dos pais* ou *reside alternadamente com os dois*.

Considera-se que a situação é de *residência alternada* sempre que a repartição do tempo de convívio da criança com os pais se situar

/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=44168); 114/XIV, do BE (cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=44173>).



entre 33 e 50%⁶. De outro modo, depara-se com *residência única* (em benefício do progenitor que dispuser de mais tempo com o filho). Ou seja, a questão da residência alternada *versus* residência única refere-se mais à convivência entre pais e filhos do que ao espaço físico que a criança habita.

Que lugar deve ocupar a residência alternada na lei?

A resposta exige prévio conhecimento do regime legal que tem vigorado.

II. O regime legal do exercício das responsabilidades parentais

3. Antes de 1976, avultava o estatuto de autoridade dos pais, a sua posição desigual, em razão do sexo, relativamente ao poder paternal (correspondente às responsabilidades parentais) sobre filhos comuns e o peso das vicissitudes da relação do casal na configuração jurídica da relação dos filhos com pais separados ou divorciados.

O artigo 1876.º do Código Civil determinava que era dever fundamental dos filhos “honrar e respeitar seus pais”, nada prescrevendo quanto aos deveres dos pais perante os filhos. Os artigos 1881.º e 1882.º atribuíam poderes distintos ao pai e à mãe, assentes no pressuposto de que aquele assumia o papel de chefe da família. No caso de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, a regulação do poder paternal podia depender da culpa do cônjuge

⁶ Cf. MARINHO, Sofia/CORREIA, Sónia Vladimiro, nota de apresentação à obra colectiva *Uma família parental, duas casas*, Lisboa, Edições Sílabo, 2017, p. 11.



na cessação da coabitação⁷.

A Constituição da República Portuguesa veio consagrar uma nova visão de família, como grupo no seio do qual se assegura a realização pessoal dos seus membros (cf. artigo 68.º), ainda que sejam crianças (cf. artigo 69.º), e a igualdade entre progenitores (cf. artigos 13.º e 36.º, n.ºs 3 e 5).

Numa tentativa de adequar a lei ordinária aos ditames constitucionais, viria a ser publicado o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que aprovou a chamada Reforma do Código Civil.

Esta Reforma atenua a subordinação dos filhos aos progenitores, rejeita a diferenciação entre progenitores em matéria de poder paternal e atribui ao interesse da criança lugar central na relação entre pais e filhos, excluindo a ponderação da culpa no divórcio, ou na separação, para efeitos de regulação do poder paternal⁸.

Não obstante o esforço de alteração, o texto do Código Civil ficou aquém das determinações constitucionais em matéria de exercício das responsabilidades parentais. E a distância entre o texto do Código e os imperativos da Lei Fundamental agravou-se com a Revisão Constitucional de 1982: na versão de 1976, o artigo 68.º reconhecia a maternidade como valor social eminente e aludia à “insubstituível acção” da mãe quanto à educação dos filhos; na

⁷ Cf., nomeadamente, o Acórdão da Relação de Lourenço Marques de 27-08-1968, *Acórdãos da Relação de Lourenço Marques* 1968, p. 291, em cujo sumário se pode ler: “Não deve ser entregue à mãe uma filha de cinco anos de idade, quando o divórcio foi proferido contra ela, por adultério e que continua a viver em mancebia”.

⁸ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O ensino do Direito da Família contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, pp. 58-59.



sequência da Revisão, o mesmo artigo passa a declarar que a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes e que é insubstituível a acção dos pais e das mães em relação aos filhos.

Nos casos em que os progenitores não viviam juntos, a versão de 1977 do Código Civil optava por desconsiderar o papel de um deles. Se eles não tinham casado, o artigo 1911.º previa que o exercício do poder paternal caberia ao progenitor que tivesse a guarda do filho (n.º 1), estabelecendo ao mesmo tempo a presunção, só ilidível judicialmente, de que esse progenitor seria a mãe (n.º 2). Havendo divórcio ou separação dos pais, o artigo 1906.º, n.º 1, dispunha que apenas um deles exerceria o poder paternal.

E, apesar das tentativas de atenuar a preterição injustificada de um dos progenitores (mediante as Leis n.ºs 84/95, de 31 de Agosto, e n.º 59/99, de 30 de Junho), no caso de separação ou divórcio, predominou, na prática, a solução do exercício exclusivo das responsabilidades parentais pela mãe até ao final do século XX e mesmo durante os primeiros anos do século XXI.

4. Foi preciso esperar até 2008, para que ocorresse uma maior adequação do Código Civil em matéria de exercício das responsabilidades parentais.

A Lei n.º 65/2008, de 31 de Outubro eliminou do texto do Código a regra do exercício unilateral das responsabilidades parentais, ao abolir a presunção maternal, que figurava no antigo artigo 1911.º, e ao exigir a fundamentação de decisões que, nos casos de divórcio, optassem pelo exercício exclusivo (novo artigo 1906.º, n.º 2).



É justamente o artigo 1906.º do Código Civil na versão de 2008 que contém o cerne do regime legal vigente de exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio e de outras situações em que os progenitores não vivam juntos (cf. artigos 1909.º, n.º 1, 1911.º, n.º 2, e 1912.º, n.º 1).

O artigo 1906.º contempla expressamente duas possibilidades: exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho por ambos os progenitores, com residência única (habitual) da criança; e exercício das responsabilidades parentais por um só dos progenitores.

O modelo de exercício em comum consagrado no artigo 1906.º distingue entre responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho e relativas a actos da vida corrente do filho. Correspondem a questões de particular importância as questões existenciais graves e raras na vida de uma criança⁹; todas as demais se reconduzem à noção de actos da vida corrente

As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância são exercidas em comum por ambos os progenitores, sem que se registre qualquer diferenciação legal. Já as

⁹ Cf. BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2014, p. 196, nota 24. Nessa mesma nota, que prossegue na p. 197, os prestigiados especialistas enunciam numerosos exemplos de possíveis questões de particular importância, entre os quais: mudança de residência do filho para o estrangeiro; saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida; autorização parental para o filho contrair casamento.



responsabilidades parentais relativas a actos de vida corrente incumbem ao progenitor que esteja, no momento, com a criança, acrescentando o n.º 3 do artigo 1906.º que um dos dois progenitores será “o progenitor com quem o filho reside habitualmente”, enquanto o outro será “o progenitor com quem ele se encontra temporariamente” e que este último, o progenitor que “se encontra temporariamente” com a criança, “não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”. Entende-se por “orientações educativas” as linhas gerais a observar em matéria de vida corrente da criança, designadamente, no domínio da alimentação, do sono e das actividades de tempo livre.

Isto é, no modelo de exercício em comum traçado pelo Código Civil, um progenitor reside habitualmente com a criança e o outro reside temporariamente com ela, pelo que o primeiro beneficia nitidamente de maior tempo de contacto com o filho e de maior capacidade de decisão em actos da vida corrente; além disso, mesmo quando a criança se encontra com o progenitor com o qual não reside habitualmente, este está obrigado a respeitar as indicações do outro sobre aspectos do quotidiano: *v.g.*, não pode dar carne ao filho, se o outro progenitor tiver imposto que a criança siga dieta vegetariana. Assim sendo, há que qualificar o modelo de partilha das responsabilidades parentais consagrado no artigo 1906.º, n.ºs 1 e 3, como *mitigado*¹⁰.

¹⁰ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL; 2015, p. 294, também disponível em



De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo 1906.º, quando o exercício em comum mitigado das responsabilidades parentais seja contrário aos interesses do filho, “deve o tribunal através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores”. É o que pode acontecer quando, por exemplo, haja prática de violência doméstica pelo outro progenitor (cf. artigo 1906.º-A, alínea b)).

Embora a lei só aluda expressamente às duas mencionadas possibilidades, outras são configuráveis, à luz do que se prescreve nos n.ºs 5 e 7 do artigo 1906.º¹¹, *v.g.*, a do exercício em comum das responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho, com residência habitual dupla ou alternada da criança.

https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf.

¹¹ O n.º 5 dispõe: “O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”. O n.º 7 estabelece: “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”.



III. A residência alternada à luz dos grandes princípios do direito português actual (nomeadamente, igualdade e superior interesse da criança)

5. Se é certo que a letra do artigo 1906.º do Código Civil não obsta à residência alternada, a verdade é que o artigo optou por referir de modo explícito somente o exercício em comum com base em residência única, abstraindo de todo um conjunto de dados fundamentais do nosso sistema jurídico, que são os seguintes princípios de Direito Constitucional e Internacional: igualdade entre progenitores; igualdade entre filhos; inseparabilidade dos filhos dos progenitores; e superior interesse da criança.

O princípio da igualdade entre progenitores, que se funda no princípio geral da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, encontra guarida específica no artigo 36.º, n.ºs 3 e 5, e no artigo 68.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, revelando-se ainda no artigo 18.º, nº 1, primeira parte, da Convenção sobre os Direitos da Criança, instrumento a que Portugal está vinculado desde 1990.

Ora, este princípio proíbe a discriminação de um progenitor na sua relação com os filhos, em razão do sexo ou do estado do seu relacionamento com o outro progenitor. Como resulta inequivocamente do mencionado artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa, pai e mãe são iguais¹². Como decorre do artigo 36.º, n.ºs 3 e 5, da Constituição, e do artigo 18.º, nº 1, primeira parte, da Convenção sobre os Direitos da Criança, é vedada a discriminação

¹² Cf. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 1373.



de um progenitor por não viver com o outro progenitor. Assim sendo, impõe-se solução que, por um lado, traduza a igualdade entre pai e mãe e que, por outro lado, permita relação entre filhos e pais que não vivam juntos que seja o mais semelhante possível da que se observa na relação entre filhos e pais que vivem juntos.

À luz do princípio da igualdade dos progenitores, na falta de elementos concretos em contrário, justifica-se a residência alternada, e não a residência única, em caso de divórcio ou separação¹³. A residência alternada não diferencia um dos progenitores relativamente ao outro, nem introduz corte radical no perfil de relação com o filho conforme haja ou não vida em comum entre os progenitores. A residência única implica que o tempo de convivência quotidiana com o filho que cabe a um progenitor seja menor do que aquele que cabe ao outro progenitor; e traça uma demarcação profunda entre a situação dos pais que vivem juntos, que beneficiam de acesso paritário ao convívio com o filho, e a situação dos pais sem vida em comum, em que a um deles é negada centralidade na vida corrente do filho.

A violação do princípio da igualdade entre progenitores, com a recusa arbitrária da residência alternada, não tem efeitos somente na relação com os filhos, mas em muitos outros domínios de realização pessoal: a residência única onera especialmente um dos progenitores com os cuidados parentais, reduzindo a sua disponibilidade para atividades profissionais, tempos livres e reconstituição da vida familiar.

¹³ Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona/PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 26-27.



O princípio da igualdade entre filhos, que emerge do artigo 13.º, obtém confirmação reforçada no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, sendo também objecto de tutela no artigo 2.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

O princípio obsta à discriminação dos filhos em função da ligação ou estado da relação dos seus progenitores. Os filhos não podem ser discriminados em virtude de os seus progenitores estarem separados, divorciados ou nunca terem tido vida em comum. Enquanto Estado Parte, Portugal vinculou-se aos compromissos previstos no artigo 2.º da Convenção sobre os Direitos da Criança: respeitar e garantir os direitos a todas as crianças, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer situação; tomar todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica de seus pais. Compromissos que coincidem com os que emergem dos artigos 13.º e 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

Na hipótese de vida em separado dos pais, o princípio da igualdade dos filhos implica que eles residam alternadamente com cada um dos progenitores, não legitimando eventual regra de residência única. É a residência alternada, e não a residência única, que se aproxima mais da realidade que ocorre quando os pais vivem juntos. Não é compreensível conceder a um filho a possibilidade de convívio quotidiano com os dois progenitores, se estes vivem juntos, e negar ao mesmo filho ou a outro a possibilidade de convívio quotidiano com um desses mesmos dois progenitores, a pretexto de divórcio, separação ou falta de convivência entre os pais, salvo se existirem elementos concretos que fundem tal diferenciação.



O princípio da inseparabilidade dos filhos dos progenitores surge no artigo 36.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa e no artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

O princípio exclui imposição de afastamento entre um progenitor e o filho que não apresente como fundamento a violação de deveres parentais fundamentais ou o interesse superior da criança. A tendencial fixação da residência com um só progenitor, em caso de divórcio, separação ou ausência de vida em comum entre os pais, acarreta o afastamento de um progenitor da vida quotidiana do filho, independentemente de ter havido ou não violação por ele de deveres parentais fundamentais e, como se verá em seguida, normalmente em prejuízo do interesse superior da criança. Por isso, a residência única deve ser solução excepcional relativamente à residência alternada¹⁴.

O princípio do superior interesse da criança, subjacente ao artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa e proclamado no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, obtém consagração também no artigo 4.º, alínea a), da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, sendo erigido a princípio orientador da regulação do exercício das responsabilidades parentais, por força dos artigos 3.º, alínea c), e 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e a critério primordial de decisão judicial quanto ao exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 1906.º, n.º 7, do Código Civil.

O princípio, na sua dimensão genérica traduz o propósito de bem-

¹⁴ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, "As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos" cit., pp. 338-339.



estar, protecção e promoção da criança. Numa leitura exemplificativa, o princípio confere prioridade ao interesse da criança na “continuidade de relações, de afecto de qualidade e significativas” (artigo 4.º, alínea a), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo) e em “manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores” (artigo 1906.º, n.º 7, do Código Civil).

De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, todas as decisões judiciais relativas a crianças terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. E este é interesse que, como se disse, o legislador português expressamente reconhece como sendo orientador dos processos tutelares cíveis e das decisões dos tribunais em matéria de exercício das responsabilidades parentais.

O princípio do interesse superior da criança, na sua dimensão genérica, atribui prevalência nítida à residência alternada sobre a residência única, conforme validação científica¹⁵.

¹⁵ Cf. KRUK, Edward, “Arguments for an equal parental responsibility presumption in contested child custody”, *The American Journal of Family Therapy*, 40/1, 2012, pp. 33-55, mais precisamente, p. 47, que dá conta de elevado número de estudos científicos que apontam para resultados de situação de residência alternada significativamente mais positivos para a criança do que os de residência única. Texto na internet sob endereço <http://dx.doi.org/10.1080/01926187.2011.575344> e disponível também em <http://ukfamilylawreform.co.uk/docs/Arguments%20for%20an%20Equal%20Parental%20Responsibility%20Presumption%20In%20Contested%20Child%20Custody.pdf>. Conhecem-se estudos adversos à residência alternada, que, na verdade, assentam em pressupostos ultrapassados e discutíveis, inspirando-se muito deles no pensamento de Judith Wallerstein, que escreveu em co-autoria o primeiro deste



As duas concretizações do interesse superior da criança que foram acima indicadas apoiam o entendimento de que em, princípio, se deve decidir pela residência alternada, aplicando-se excepcionalmente a solução da residência única, isto quando não seja, em concreto, viável ou recomendável a residência alternada (por exemplo, se um dos progenitores não tem capacidade para prestar quotidianamente os cuidados de que a criança carece).

A residência única colide com o interesse do filho na “continuidade de relações, de afecto de qualidade e significativas” com o progenitor não residente e com o interesse do filho em manter também com este progenitor “relação de grande proximidade”. Na residência única, um dos progenitores é excluído do convívio corrente com o filho. Na residência alternada, ambos os progenitores podem partilhar o quotidiano com o filho, conservando e intensificando conhecimentos e sentimentos mútuos.

6. Os quatro princípios enunciados (igualdade entre progenitores, igualdade entre filhos, inseparabilidade dos filhos dos progenitores e superior interesse da criança), isolada e conjugadamente, legitimam uma única resposta: na falta de elementos concretos em contrário, a residência alternada é a solução que decorre do ordenamento jurídico português vigente, nos casos de exercício das responsabilidades parentais por progenitores divorciados ou que não vivam juntos.

tipo de trabalhos em 1980 e que está longe de ser personalidade consensual entre os psicólogos.



No actual direito português, a solução justa é, normalmente, a da residência alternada. No entanto, não é *apenas* justa – é também a mais segura para o decisor. Se não existirem elementos concretos contrários à solução da residência alternada, como se pode impor a residência única, optando por um progenitor em detrimento do outro? Qual a base desta selecção? Há a certeza de que um deles é/será melhor/pior progenitor do que o outro? Os elementos de decisão são firmes, objectivos ou, pelo contrário, produto de preconceitos e impressões subjectivas?

IV. A evolução em Portugal

7. O peso dos fundamentos normativos da residência alternada pode levar a estranhar a demora na inclusão desta na letra do artigo que disciplina o exercício das responsabilidades parentais de que sejam contitulares pais separados ou divorciados.

A demora compreende-se, em boa parte, pela dificuldade de mudança de representações mentais arraigadas (que identificam estabilidade psíquica e local único de residência), como se verá pelas confissões de alguns magistrados que se tornaram adeptos convictos da solução da residência alternada.

Entre os magistrados mais abertos à hipótese de residência alternada figuram Paulo Guerra e Helena Bolieiro, co-autores de obra fundamental¹⁶, na qual entendem que o regime da residência alternada “pode ser o ajustado em situações cada vez menos

¹⁶ BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família* cit., pp. 209-210.



excepcionais” e, na falta de acordo entre os pais, imposto pelo tribunal, ao abrigo do artigo 1906.º, n.º 7, do Código Civil, tendo em conta os 16 argumentos aduzidos por Kruk em favor da presunção de igualdade no exercício das responsabilidades parentais entre progenitores divorciados ou separados¹⁷.

Num estudo em que defende a residência alternada, o juiz Joaquim Manuel da Silva invoca igualmente o trabalho de Kruk e o artigo 1906.º, n.º 7, do Código Civil, esclarecendo por que razão abandonara entretanto a sua opinião inicial, favorável à residência

¹⁷ Cf., *supra*, nota 15. Os 16 argumentos são os seguintes: 1. Preserva a relação da criança com os ambos os pais; 2. Preserva a relação dos pais com a criança; 3. Diminui o conflito parental e previne a violência na família; 4. Respeita as preferências da criança e a opinião da mesma acerca das suas necessidades e superior interesse; 5. Respeita as preferências dos pais e a opinião dos mesmos acerca das necessidades e superior interesse da criança; 6. Reflecte o esquema de cuidados parentais praticados antes do divórcio; 7. Potencia a qualidade da relação progenitor-criança; 8. Reduz a atenção parental centrada na “matematização do tempo” e diminui a litigância; 9. Incentiva a negociação e a mediação interparental e o desenvolvimento de acordos do exercício das responsabilidades parentais; 10. Proporciona *guidelines* claras e consistentes para a tomada de decisão judicial; 11. Reduz o risco e incidência da alienação parental; 12. Permite a execução dos regimes de exercício das responsabilidades parentais, pela maior probabilidade de cumprimento voluntário pelos pais; 13. Considera os imperativos de justiça social relativos à protecção dos direitos da criança; 14. Considera os imperativos de justiça social relativos à autoridade parental, à autonomia, igualdade, direitos e responsabilidades; 15. O modelo “interesse superior da criança/guarda e exercício unilateral” não tem suporte empírico; 16. A presunção legal de igualdade na guarda e exercício das responsabilidades parentais tem suporte empírico.



única¹⁸.

Principalmente, desde que estamos na competência especializada como juiz de família e menores, mais precisamente desde 15 de setembro de 2005, apercebemo-nos que algo do que se trazia como paradigma não encaixava com aquilo que se retirava dos casos tramitados, em que não cabia a guarda/residência alternada, no essencial por três ordens de razões: tínhamos ideia que a criança tinha uma maior exposição ao conflito parental; que os dois estilos educativos parentais eram prejudiciais; e, por fim, que as duas casas, na pretensa instabilidade das consecutivas alterações de residência, trariam às crianças o sentimento de pertencer a nenhum lugar.

Os casos tramitados nos processos, como referido, desmentiram o essencial destas convicções nascidas da formação, jurisprudência e doutrina, e de antecipações meramente teóricas (inconscientes pessoais, familiares e colectivos), sem qualquer evidência prática (...).”

Após um momento dedicado aos contributos da psicologia que revelam a importância de vinculação segura da criança aos dois progenitores, Joaquim Manuel da Silva descreve e analisa aqueles casos, concluindo que os mesmos mostram como são infundadas as três objecções à residência alternada previamente enunciadas; que a residência alternada “afinal diminui o conflito e estabelece em regra uma nova plataforma relacional tendencialmente positiva”; que “nenhum problema existe com diferenças educativas de cada um dos pais”; e que não se deve transpor o “lugar” dos adultos para a

¹⁸ SILVA, Joaquim Manuel da, “Da residência exclusiva à alternada, um percurso jurisprudencial em Portugal”, *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, v. 9 (maio/jun.), 2015, pp. 179-201.



realidade das crianças, dado que o “lugar” dos adultos é a intimidade da casa, enquanto “o «lugar» das crianças é junto aos vinculadores principais, em regra, mãe e pai, pois é aí que readquire[m] a segurança necessária para explorar o mundo e para se encontrar[em] a si mesma[s]”.

Uma obra colectiva digital¹⁹ contém comunicações de mais quatro ilustres magistrados que se pronunciam pela residência alternada, António José Fialho, Cidalina Freitas, Helena Gonçalves e Ana Teresa Leal.

O juiz António José Fialho afirma que “o habitual discurso sobre as desvantagens e os malefícios para a criança do *andar para lá e para cá* deve ser ponderado face aos objectivos de assegurar a continuidade da implicação materna e paterna e da cooperação parental existente na conjugalidade e porque a separação dos progenitores implicará sempre esse movimento da criança entre as residências de ambos os progenitores, seja qual for o modelo de regulação acordado ou decidido”²⁰.

A juíza Cidalina Freitas considera que é possível estabelecer a residência alternada por sentença contra a vontade de um progenitor, tendo em conta que não está cientificamente demonstrado que a residência alternada prejudica os filhos ou cria instabilidade emocional e que “considerar que a residência alternada

¹⁹ AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança*, tomo I, CEJ, 2014, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf.

²⁰ FIALHO, António José, “Residência alternada – visões de outras paragens”, em AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança*, em AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança* cit., pp. 263-290, mais precisamente p. 270.



é o *monstro* da instabilidade, porque a criança terá duas casas, é sobrevalorizar o espaço físico da casa, ao conforto emocional de ter o progenitor junto de si”²¹.

Segundo a procuradora Helena Gonçalves, a residência alternada deve ser o padrão nas situações de regulação de exercício das responsabilidades parentais, havendo que superar preconceitos²².

Para a procuradora Ana Teresa Leal, “a mudança de paradigma impõe que na tomada da decisão sobre a entrega da criança se deva avaliar, em primeiro lugar, a aplicação do regime de residência alternada e só se a mesma não se mostrar adequada ao caso concreto e não for aquela que melhor salvaguarda os interesses da criança, ponderar se a residência deve ser fixada junto da mãe ou do pai”. Mas confessa que nem sempre pensou assim. “Percorri todos os estágios, desde o cepticismo, passando pela cautela e terminando na total aceitação. A realidade prática, que tem vindo a alterar-se ao longo dos tempos, foi determinante destas minhas mudanças de opinião”.²³

²¹ FREITAS, Cidalina, “Notas soltas sobre a residência alternada”, em AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança*, em AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança cit.*, pp. 291-312.

²² GONÇALVES, Helena, “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Residência alternada: o debate fora da rede”, em AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança cit.*, pp. 313-364.

²³ LEAL, Ana Teresa, “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada”, em AA.VV., *A tutela cível do superior interesse da criança cit.*, pp. 365-446, mais precisamente pp. 372 e 376, nota 16.



8. No domínio de vigência do artigo 1906.º do Código Civil na sua redacção actual, introduzida pela Lei n.º 65/2008, de 31 de Outubro, mencione-se a jurisprudência superior que admite residência alternada, independentemente de acordo entre os progenitores, com destaque para três acórdãos.

Um acórdão de 2015 avalia “o regime de guarda alternada fixado na sentença recorrida” como equilibrado, salutar para a criança, julgando improcedente apelação e excluindo a pertinência de alegação que via na sentença confirmada uma tentativa de aplicar “justiça salomónica”, de “dividir a criança ao meio”, para resolver o conflito entre os progenitores²⁴.

Um acórdão subsequente, também da Relação de Lisboa, procede a análise profunda e desenvolvida da problemática da residência alternada, terminando com o sublinhado de que constitui a solução adequada desde que seja conforme ao interesse do filho, como é quando permite à criança manter relação muito próxima com ambos os progenitores, o mais semelhante possível à que manteria se não tivesse havido separação, e sempre que se não detecte nenhum dado concreto contrário a este modo de partilha das responsabilidades parentais (distinto de eventual discordância dos pais sobre o assunto)²⁵.

²⁴ Acórdão da Relação de Lisboa de 17-12-2015, processo 6001-11.6TBCSC.L1-6 (Anabela Calafate), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ce625c0f1abedc4780257f31004531be?OpenDocument>.

²⁵ Acórdão da Relação de Lisboa de 07-08-2017, processo 835/17.5T8SXL-A-2 (Pedro Martins), disponível em



O terceiro acórdão²⁶, seleccionado do conjunto de arestos dos tribunais superiores que se afastam da orientação tradicional, é deste ano, sendo bastante expressivo o respectivo sumário, que ora se transcreve:

1. A guarda partilhada do filho, com residências alternadas, é a solução que melhor permite a manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades.
2. A lei não exige o acordo de ambos os pais na fixação da residência alternada do filho, devendo a solução ser encontrada de acordo com o seu interesse e ponderando todas as circunstâncias relevantes.
3. A tal não obsta a circunstância da criança ter dois anos de idade, não apenas porque a partir desta idade é importante iniciar o processo de desmame, como estímulo à sua independência e promoção da sua inteligência e estruturação emocional, como os estudos realizados sobre esta matéria indicam que crianças que, desde cedo, vivem em regime de residência alternada possuem melhores indicadores de bem-estar emocional do que as que crescem em modelo de residência única.

9. Mas uma eminente jurista e juíza conselheira do Supremo

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/230642b48f0b9038802581930030071d?OpenDocument&Highlight=0,835%2F17.5T8SXL-A>.

²⁶ Acórdão da Relação de Évora de 14-07-2020, processo 546/19.7T8PTM.E1 (Mário Coelho)

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/594118f18b694ca2802585b3003490b8?OpenDocument>.



Tribunal de Justiça opõe-se genericamente à residência alternada, invocando a relevância da ligação do filho com um e apenas com um dos progenitores.

As ciências sociais não suportam a ideia popular de que se deve presumir que a relação frequente e contínua com ambos os pais está de acordo com o interesse da criança. A relação afectiva da criança com o progenitor que cuida dela no dia-a-dia é o factor mais importante para o bem-estar da criança quando os pais vivem separados.²⁷

Noutra passagem das obras de Clara Sottomayor, lê-se:

A criança de tenra idade cria, normalmente, um vínculo mais intenso com um dos pais e quando muda para a residência do outro, tal não significa que o vínculo principal de segurança e afecto se transfira automaticamente para este progenitor, ou que a criança tenha com ambos os pais necessariamente uma vinculação igual, sobretudo se um dos pais, durante a vida em comum, não cuidava da criança ou se nunca coabitou com a mãe. A redução do tempo da criança com o seu progenitor de referência, que tem com a criança uma vinculação mais forte, geralmente a mãe, pode, nalguns casos, colocar em perigo a segurança do vínculo primário, o que produz uma série de consequências negativas para o

²⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado?”, em AA.VV., *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 140; *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 117; *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 163-164.



desenvolvimento da criança.²⁸

Ou seja, a residência alternada é rejeitada por colidir com o critério da *figura primária de referência*.

A figura primária de referência corresponde ao chamado cuidador principal, que se entende ser o progenitor que, antes da ruptura da vida em comum dos pais, assumiu, na prática do dia-a-dia, as tarefas de cuidado do filho (alimentação, vestuário, higiene, acompanhamento das horas de sono, transporte para a escola e casa de amigos).

No entanto, a doutrina da figura primária de referência foi criada para efeitos de determinação do único titular de exercício das responsabilidades parentais, pelo que não é compatível com sistemas modernos, que privilegiam o exercício em comum das responsabilidades parentais e o interesse superior da criança. Como é destacado por figura cimeira do Direito da Família e das Crianças, a figura primária de referência enquanto critério revela-se há muito desajustada²⁹.

V. A tendência ocidental no século XXI

10. É nítido o progresso da solução da residência alternada no

²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais* cit., p. 263; *Temas de Direito das Crianças* cit., pp. 136-137.

²⁹ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, "Ascensão e queda da doutrina do «cuidador principal»", *Lex Familiae*, 8 (2011), pp. 5-17.



Ocidente e, em particular, nos Países culturalmente mais próximos no nosso.

Logo em 2002, o artigo 373-2-9 do Código Civil francês foi alterado, passando o parágrafo 2º a prever:

A requerimento de um dos progenitores ou no caso de desacordo entre eles sobre a residência do filho, o juiz pode decretar a título provisório a alternância de residência por determinado prazo. No fim deste prazo, o juiz decide definitivamente se o filho irá residir em alternância no domicílio de cada um dos progenitores ou apenas no domicílio de um deles.

Em 2007, foram publicados os Princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais, estabelecendo-se no Princípio 3:20 (2) que “o filho pode residir em alternância com os titulares das responsabilidades parentais, por acordo aprovado por autoridade competente ou decisão de autoridade competente”.³⁰

³⁰ Cf. WOELKI, Katharina Boele e outros, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2007.

Os princípios foram elaborados pela Comissão de Direito da Família Europeu, que tem como objectivo a harmonização do Direito da Família na Europa e é composta por especialistas oriundos da maioria dos Estados-membros da União Europeia e de outros países europeus (Noruega, Rússia e Suíça). Com a formulação dos princípios, que não vinculam os Estados dos peritos participantes, procura-se sobretudo persuadir os legisladores nacionais a adoptar um mesmo modelo. Do ponto de vista metodológico, a Comissão do Direito da Família Europeu tentou que os princípios enunciados reflectissem em primeiro lugar as normas actualmente vigentes na maioria dos países europeus e que só subsidiariamente traduzissem soluções novas. Alegadamente, houve a preocupação de introduzir apenas soluções novas comprovadamente superiores às vigentes, tendo em conta as tradições históricas, a evolução e as exigências da sociedade europeia.



Em 2014, o capítulo do Código Civil brasileiro dedicado à proteção da pessoa dos filhos foi modificado, prevendo-se agora o seguinte no artigo 1584, § 2.º:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda”.

A guarda será unilateral ou compartilhada, como se dispõe no artigo 1583, que, além disso, contempla nos seus dois primeiros parágrafos uma definição das duas citadas modalidades de guarda e o regime de convívio dos progenitores com a criança, na guarda compartilhada:

§ 1.º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, § 5.º) e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo tecto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2.º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Na reunião de 2 de Outubro de 2015 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, foi adoptada Resolução em que se insta os

A regulamentação introduzida pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, no nosso Código Civil acolheu muitos dos princípios formulados pela Comissão de Direito da Família Europeu (PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família contemporâneo* cit., p. 79).



Estados Membros “a introduzirem na sua legislação o princípio de residência alternada depois da separação, limitando as exceções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades e interesses” [Resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa | Igualdade e responsabilidade parental partilhada: o papel dos pais, n.º 5.5.)].

VI. A alteração legislativa que tarda

11. A última grande alteração legislativa portuguesa em matéria de exercício das responsabilidades parentais ocorreu em 2008, quando se substituiu a regra do exercício unilateral pela do exercício em comum.

Contudo, decorridos mais de dez anos, o exercício das responsabilidades parentais pelos dois pais continua a ser preferencialmente traduzido na lei por um modelo em que um deles “reside habitualmente” com o filho, enquanto o outro é aquele com quem o filho “se encontra temporariamente” (é o que se lê no artigo 1906.º, n.º 3, do Código Civil).

Sendo inequívoco que, na época, a modificação de 2008 constituiu um progresso, a verdade é que tarda a adequação plena da lei interna ordinária a quatro princípios fundamentais do nosso ordenamento (consagrados na Constituição da República Portuguesa e na Convenção sobre os Direitos da Criança): igualdade entre progenitores; igualdade entre filhos; inseparabilidade dos filhos dos progenitores; e superior interesse da criança.



Num ordenamento como o nosso, em que a opção pelo que está inscrito na letra da lei, ainda que não seja imperativo nem muito apropriado, é encarado pelo cidadão médio e pelo profissional como *porto seguro*, como meio fácil de não enfrentar dificuldades perante autoridades competentes, afigura-se imprescindível a adaptação do artigo 1906.º do Código Civil. É certo que o artigo não obsta ao exercício em comum com base em residência alternada, mas, ao não referi-lo, limita a sua aplicação em benefício do único modo de exercício em comum que é mencionado.³¹

³¹ A letra do artigo 1906.º, n.ºs 1 e 3, favorece indevidamente a prática da residência única. Por exemplo, o cidadão comum, que é progenitor de uma criança e está a separar-se ou divorciar-se do outro progenitor; procura informação na *internet*. O que encontra no sítio do Instituto dos Registos do Notariado (<http://www.irn.mj.pt/>)? Uma minuta de exercício das responsabilidades parentais cuja cláusula 1.ª reproduz, no essencial, o teor do artigo 1906.º, n.ºs 1 e 3 (<https://www.civilonline.mj.pt/CivilOnline/site/FrontOfficeController?action=displayMinutas>):

Cláusula 1ª

Exercício das responsabilidades parentais

1 – As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do(s) menor(es) são exercidas em comum por ambos os progenitores salvo nos casos de manifesta urgência, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2 – O(s) menor(es) residirá(ão) habitualmente com (o/a) (pai/mãe), que exercerá as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente daquele(s).

3 – As responsabilidades parentais a que se refere o número anterior serão exercidas (pelo/pela) (pai/mãe) quando o(s) menor(es) com (ele/ela) se encontrar(em) temporariamente.

4 – (O/A) (pai/mãe), quando o(s) menor(es) com (ele/ela) se encontrar(em) temporariamente, ao exercer as suas responsabilidades parentais, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tais como definidas pelo progenitor com quem o(s) menor(es) reside(m) habitualmente.



Subsistem resistências a uma alteração legislativa que contemple abertamente a residência alternada, apesar do recuo do discurso tradicional “sobre as desvantagens e os malefícios para a criança do *andar para lá e para cá*” e da “queda da doutrina da figura primária de referência”.

Mas não será tal alteração desaconselhável por beneficiar progenitores que praticam violência doméstica e se pretendem subtrair à imposição de uma obrigação de alimentos para com a criança?

A questão, no fundo, pode suscitar-se relativamente a qualquer hipótese de exercício em comum das responsabilidades parentais, seja com base em residência única ou residência alternada³². A violência doméstica é um fenómeno que tem de ser energicamente combatido e o dever de sustento da criança tem de ser efectivamente tutelado. Todavia, nada disto impede referência legal expressa à residência alternada (como não obistou à previsão do exercício em comum assente em residência habitual única). Não se pode partir do princípio de que *o patológico é o normal*, de que a maioria de *metade* dos progenitores que se separa ou divorcia é violenta ou não quer satisfazer as necessidades materiais dos seus filhos. Há, sim, que acautelar o risco e reagir ao crime e à desresponsabilização, sem atingir os progenitores que são pacíficos e cumpridores.

Salvo dados concretos em contrário, faz sentido a residência alternada, por corresponder às modernas exigências sociais e

³² Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais* cit., pp. 251 e s.



normativas, permitir atingir o objectivo de uma regulação do exercício das responsabilidades parentais (proporcionar à criança o *maior bem-estar possível*) e contribuir para pôr fim à cultura do divórcio ou separação de progenitores como o momento para abrir no tribunal um *concurso público* destinado a apurar quem vai ser o progenitor que reside habitualmente com a criança.

Na verdade, há duas *vagas* para cuidar a título principal da criança. Se há um *concurso* entre dois pais que não vivem juntos, é um concurso quotidiano para ambos darem o seu máximo, em posição de igualdade, com vista ao bem-estar, à protecção e à promoção do filho.

Jorge Duarte Pinheiro