



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**COMO OS TRIBUNAIS DE RELAÇÃO PORTUGUESES ESTÃO
A DECIDIR O FUTURO DOS FILHOS DO DIVÓRCIO?
UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE O EXERCÍCIO
DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS E O SUPERIOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção do grau de Mestre em Ciências da Família, na especialidade de
Orientação e Mediação Familiar

Por

Viviane Gaspar Esteves de Almeida

Faculdade de Ciências Humanas - Instituto de Ciências da Família

Setembro de 2017



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**COMO OS TRIBUNAIS DE RELAÇÃO PORTUGUESES ESTÃO
A DECIDIR O FUTURO DOS FILHOS DO DIVÓRCIO?
UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL SOBRE O EXERCÍCIO
DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS E O SUPERIOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção do grau de Mestre em Ciências da Família, na especialidade de
Orientação e Mediação Familiar

Por

Viviane Gaspar Esteves de Almeida

Faculdade de Ciências Humanas - Instituto de Ciências da Família

Sob orientação de

Doutora Rita Francisco

Dra. Lucinda Gomes

Setembro de 2017

Agradecimentos

À Professora Doutora Rita Francisco, um especial agradecimento pelas aulas magistrais, pelos ensinamentos transmitidos e pelo apoio e disponibilidade durante todo o percurso deste trabalho.

Aos meus pais por terem sempre colocado a família em primeiro lugar e por terem me ensinado a importância da união e do amor.

Ao meu marido e às minhas filhas pelo apoio e compreensão ao longo do curso, que tornaram possível a realização de mais uma grande etapa da minha vida.

À Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro por ter me proporcionado a possibilidade de realizar este curso de mestrado com dedicação integral e num país que aprendi a amar.

Obrigada.

Resumo

A legislação da maioria dos países vem sendo alterada nas últimas décadas para garantir o superior interesse da criança de manter o vínculo afetivo com ambos os progenitores após a rutura conjugal, com base nos resultados dos mais recentes estudos das Ciências Psicossociais. Acompanhando esta tendência, em 2008 a lei portuguesa tornou regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância na vida da criança. No presente estudo, de cariz qualitativo, procedeu-se à análise temática de 50 acórdãos julgados pelos Tribunais de Relação Portugueses, no período entre de 31 de outubro de 2008 e 31 de agosto de 2016, que abordaram questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais, com aplicação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Através de uma abordagem interdisciplinar e por meio de pesquisa jurisprudencial, pretendeu-se investigar se os Tribunais de Relação Portugueses estão a decidir o exercício das responsabilidades parentais em conformidade com as recentes alterações legislativas e se as decisões se encontram fundamentadas nos resultados dos recentes estudos científicos sobre o tema.

A partir dos resultados foi possível constatar que o discurso judicial nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais ainda sofre influência de mitos e crenças, que muitas vezes colidem com os princípios do superior interesse do menor, da igualdade de géneros e com o resultado dos recentes estudos científicos, verificando grande resistência à aplicação da residência alternada. Os resultados apontam para a importância da interação entre o Direito, a Psicologia e a Sociologia nas decisões que regulam as responsabilidades parentais, sobretudo para fornecer aos Magistrados suporte científico para a concretização do princípio do superior interesse da criança.

O maior desafio a ser enfrentado na defesa do superior interesse superior da criança é a promoção da resolução do conflito interparental, que surgiu nos acórdãos como o maior obstáculo para um desfecho positivo do processo de regulação das responsabilidades parentais, reforçando a necessidade de se dissociar a conjugalidade da parentalidade.

Espera-se que o presente estudo possa contribuir para uma reflexão sobre a importância de as decisões sobre o exercício das responsabilidades parentais serem tomadas através da interdisciplinariedade das ciências do Direito, Psicologia e Sociologia, como forma de garantir que seja atendido o superior interesse da criança em cada caso concreto.

Palavras-chaves: Responsabilidades parentais; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Exercício conjunto das responsabilidades parentais; Residência alternada; Residência única; Superior interesse da criança; Igualdade de géneros; Jurisprudência.

Abstract

The law in most countries are changing from the last decades in order to assure the child's best interests to keep the affective bonds with both parents after the end of their relationship, basing on the latest results of Phsycogical and Social Science studies. Following this trend, in 2008 the portuguese law made the shared parental responsibility a rule, concerning the most important questions in a child's life. In the current study, of qualitative nature, a thematic analysis was made with 50 court rulings of the Portugueses Courts of Appeal, in the period between 31 October of 2008 and 31 August of 2016, which approached the exercise of parental responsibilities subject, with an application of the Law n.º 61/2008, 31st of October. Through an interdisciplinary approach and by a jurisprudence research, this study aims to investigate if the Portugueses Courts of Appeal are deciding the exercise of parental responsibilities according with the most recent changes in legislation and if the decisions are fundamented in the latest scientific studies results about the theme. From the results were possible to note that the judicial speech in the parental responsibility proceedings still suffers influences from myths and beliefs, that most of the times confront with the principles of the best interests of the child, gender equality and with the latest scientific studies results, noting high resistance to the application of the alternate residence. The results point to the importante of the interaction between Law, Phsycology and Sociology in decisions that regulates the parental responsibilities, overall to provide to the Judges scientific support to achieve the principle of the best interests of the child. The biggest challenge to be confronted in the defense of the child's best interests is the promotion of the interparental conflict's resolution, that emerged in the decisions as the biggest obstacle for a positive outcome for the proceedings of regulating the exercise of parental responsibilities, re-enforcng the need to separate the conjugality of the parenthood. It expected that the present study can contribute to a reflection about the importance of the decisions about the exercise of parental responsibilities will be taken through the Interdisciplinarity sciences of Law, Phsycology and Sociology, in order to guarantee that the best childs interest is fulfilled in each particular case.

Keywords: Parental Responsibilities; Regulating the exercise of parental responsibilities; Shared parental responsibility; Dual residences; Sole Residence; Best Child's Interest; Gender Equality; Jurisprudence.

Índice

Agradecimentos

Resumo

Abstract

Introdução	i
I. Revisão de Literatura	1
1. Enquadramento Legal	3
1.1. Ação de regulação das responsabilidades parentais	5
2. Os conceitos e a terminologia	6
3. O princípio do superior interesse da criança	8
3.1. O superior interesse da criança na perspectiva da criança	12
4. Breves notas sobre o princípio jurídico da igualdade entre os progenitores	13
5. Coparentalidade após o divórcio	15
5.1. Participação nas atividades diárias da criança	16
5.2. Sistema de normas e valores	16
5.3. Adaptação da criança à separação conjugal	17
6. Exercício das responsabilidades parentais na lei e na prática	17
6.1. Exercício das responsabilidades parentais como opção legal	18
6.2. Mitigação do exercício conjunto das responsabilidades parentais	19
6.2.1. Limitação da responsabilidade de guarda dos filhos	20

6.3. Exercício exclusivo das responsabilidades parentais como exceção legal	21
6.4. Desvantagens do exercício exclusivo das responsabilidades parentais	23
7. Atribuição da residência da criança	24
7.1. A possibilidade jurídica da residência alternada	25
7.2. A residência alternada no direito comparado	26
7.3. Argumentos contra e a favor da residência alternada	28
7.4. Desconstrução dos mitos que envolvem a residência alternada	29
7.4.1. Conflito parental como impedimento à aplicação da residência alternada...	30
7.4.2. Necessidade dos progenitores estarem de acordo para aplicação da residência alternada	34
7.4.3. Instabilidade da criança na alternância de residências	35
7.4.4. Preferência materna na tenra idade da criança	36
7.5. Argumentos a favor da residência alternada	38
7.5.1. Manutenção do vínculo afetivo com ambos os progenitores	39
7.5.2. Principal instrumento contra a alienação parental	41
7.5.3. Promoção da igualdade entre os progenitores	41
7.5.4. Redução do conflito parental	42
7.6. Casos em que não deve ser aplicada a residência alternada	42
7.7. Implicações práticas da residência única	43
7.7.1. Escolha do progenitor residente	43
7.7.2. Perda de convívio com o progenitor não residente	45

7.7.3. Aspectos financeiros	45
7.7.4. Desigualdade na partilha das responsabilidades pelo cuidado diário dos filhos.....	46
7.7.5. Feminização da pobreza nas famílias monoparentais	46
7.7.6. Dificuldade de harmonização da vida familiar e profissional	48
8. Residência alternada como modelo de parentalidade para concretização do superior interesse da criança	50
9. Direito de visita	51
II. Metodologia	55
1. Enquadramento metodológico	55
2. Questão Inicial	55
3. Mapa Conceptual	55
4. Questões de investigação	56
5. Estratégia Metodológica	57
5.1. Amostra	57
5.2. Procedimento de recolha dos dados qualitativos	57
5.3. Procedimento de Análise de Dados	57
III . Resultados e discussão	59
1. Utilização dos conceitos de guarda e residência nos Tribunais de Relação	59
2. Exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância para a vida da criança	62
2.1. Decisões favoráveis ao exercício conjunto das responsabilidades parentais	62

2.2. Decisões desfavoráveis ao exercício conjunto das responsabilidades parentais....	65
3. Residência	67
3.1. Manutenção do <i>status quo</i>	69
3.2. Figura primária de referência	72
3.3. Melhores condições dos progenitores	75
3.4. Tenra idade da criança	80
3.5. Relacionamento entre os progenitores	84
3.6. Protecção da estabilidade da criança	87
3.7. Existência de irmãos	91
3.8. Acordo entre os progenitores	92
3.9. Distância entre as moradas	94
4. Visitas	95
4.1. Restrição das visitas	95
4.2. Ampliação de visitas no lugar da residência alternada	97
5. Desigualdade de género	99
6. Atuação do Ministério Público	102
7. Vontade do menor	104
8. Fundamentação das decisões na doutrina jurídica, nos estudos científicos e na jurisprudência.....	104
VI. CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

APÊNDICE A - Acórdãos estudados

APÊNDICE B - Árvore de Categorias

Introdução

Uma das questões mais complexas e desafiadoras enfrentadas na atualidade pelos legisladores, progenitores e tribunais de família é a definição do plano de educação mais benéfico para as crianças após o divórcio e da quantidade de tempo que deve a criança viver com cada progenitor nas famílias em que ambos detém condições de criar seus filhos. A legislação sobre a custódia dos filhos após o divórcio tem sido revista em diversos países para promover e estimular a custódia conjunta dos filhos, como um reflexo da mudança cultural da sociedade moderna espelhada pelo princípio de igualdade de gêneros e pela necessidade de garantir o direito da criança de manter a convivência com ambos os progenitores após a rutura da sociedade conjugal (Nielsen, 2011). Nesse mesmo sentido, o legislador português em 2008 adotou como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais, exceto quando a situação não atender aos superiores interesses do menor. Surge, portanto, não apenas um direito, mas um dever de cooperação e partilha entre ambos os progenitores (Marinho, 2014).

Todavia, a mudança na lei nem sempre produz impactos imediatos na prática judiciária. A teoria do exercício conjunto da responsabilidade parental muitas vezes não é correspondida com a prática (Vezzetti, 2012), uma vez que “a sociedade e a realidade familiar muda a uma velocidade incomparavelmente maior que os pressupostos que determinam o sentido das nossas decisões; rapidamente ficamos preconceituosos” (J. M. Silva, 2014, p. 206).

No âmbito do Direito de Família a interdisciplinariedade da Psicologia, da Psiquiatria e da Sociologia desempenham um papel fundamental ao fornecer as respostas e soluções para casos concretos que muitas vezes o jurista não possui. “O designado senso comum, pelo qual às vezes nos regemos, nem sempre tem correspondência com os conhecimentos da psicologia científica e algumas vezes seguem mesmo em sentidos opostos” (Leal, 2014, p. 375).

É precisamente sobre esse tema que pretende se debruçar este trabalho, justificada a escolha por corresponder a um domínio legal em que ocorreram recentemente profundas transformações legislativas que suscitaram novos desafios aos operadores do direito (Pedrosa, 2012). Assume-se que o Estado, a partir da elaboração das leis e construção da

jurisprudência, confere as categorias estruturais sobre o exercício dos papéis parentais, podendo repercutir-se significativamente na parentalidade ao favorecer ou fragilizar os vínculos de filiação. A jurisprudência, em especial, pode ser o principal instrumento de resposta às necessidades e à evolução social da parentalidade (Ferreira & Vilardo, 2007). Neste sentido, a presente investigação, de caráter descritivo e exploratório, tem como objetivo principal apresentar a compreensão dos Tribunais de Relação Portugueses sobre o exercício das responsabilidades parentais, com o objetivo de apresentar e discutir os argumentos que sustentam os respectivos acórdãos, proferidos a partir da promulgação da Lei 61/08, e investigar se tais decisões estão em conformidade com as recentes alterações legislativas e os resultados dos estudos científicos da Psicologia e da Sociologia sobre o tema.

Para tanto, no enquadramento teórico desta dissertação (Capítulo, I) pretende-se apresentar, inicialmente, a evolução jurídica e social das responsabilidades parentais ocorridas nas últimas décadas, com foco nas recentes modificações introduzidas em Portugal pela nova Lei de Divórcio e nos princípios que atualmente regem a matéria do Direito da Família e das Crianças: o superior interesse da criança, a igualdade entre os progenitores e o direito da criança à convivência familiar, bem como apresentar e discutir os critérios utilizados para a concretização do superior interesse da criança. Destacou-se ainda neste capítulo a importância deste princípio ser abordado na perspectiva da criança.

Em seguida, faz-se uma breve análise da coparentalidade após o divórcio com o objetivo de abordar a sua influência positiva ou negativa na adaptação da criança à separação e os fatores considerados protetores dentro da família. Também o exercício das responsabilidades parentais foi abordado na perspectiva da legislação, da prática judiciária, da doutrina e da literatura científica.

Especial atenção foi conferida à questão da atribuição de residência do menor em virtude de ser este o tema mais amplamente debatido na atualidade pela comunidade científica internacional e sobre o qual travam-se as mais ferozes discussões sobre a possibilidade de aplicação da residência alternada. Procurou-se analisar a admissibilidade jurídica da residência alternada no ordenamento jurídico português e no direito comparado, apresentar as vantagens e desvantagens das diferentes modalidades de residência, os principais critérios utilizados para a sua determinação e correspondência destes com os resultados dos estudos científicos, bem como debater os mitos e crenças ainda presentes na

sociedade e que afetam as decisões judiciais sobre o tema. Procurou-se, ainda, analisar o regime da residência alternada como possivelmente o modelo mais apto a concretizar o superior interesse da criança de manutenção do vínculo da filiação após a rutura conjugal. Por fim, abordou-se o direito de visita sob a perspectiva atual de garantir a convivência da criança com ambos os progenitores e a forma como tem sido aplicado na prática judiciária.

No decorrer de toda a revisão da literatura procurou-se apresentar e discutir os conteúdos relacionados com as ciências humanas, especialmente os que envolvem considerações sobre o bem-estar e desenvolvimento das crianças nos diferentes arranjos de exercício das responsabilidades parentais previstos no ordenamento jurídico bem como apresentar os mais recentes estudos científicos realizados sobre o tema.

Na parte empírica da dissertação (Capítulo II), para alcançar os objetivos traçados nesta investigação, foi realizada a recolha de dados através de pesquisa da jurisprudência emitida pelos Tribunais de Relação Portugueses entre o período de outubro de 2008 e agosto de 2016 e, através de uma metodologia qualitativa, procedeu-se à análise temática dos 50 acórdãos em que foi regulado o exercício das responsabilidades parentais, sob a aplicação da nova Lei 61/08, à luz das Ciências Humanas. Os resultados obtidos são apresentados e discutidos de forma integrada conforme os objetivos da presente investigação.

Ao final, são apresentadas as conclusões que podem ser retiradas do presente estudo, tendo em conta as suas limitações, bem como seus principais contributos. A Psicologia, o Direito e a Sociologia têm um papel fundamental a desempenhar nestas matérias que envolvem o direito das crianças e é nesta interdisciplinaridade que a solução para o caso concreto pode e deve ser encontrada pelo Magistrado. Acredita-se que este estudo poderá contribuir para sintonizar os modos jurídicos, psicológicos e sociológicos de interpretar a questão, propiciando uma maior articulação entre os conhecimentos psicossociais e a aplicação da nova lei, a fim de garantir a convivência familiar da criança de pais separados e o seu superior interesse.

I) REVISÃO DE LITERATURA

Quando ocorre a rutura da vida em comum, um estado de ansiedade e angústia emerge em toda a família: progenitores com receio de perder a guarda dos filhos e os filhos temerosos de se verem afastados de um de seus progenitores, gerando conflitos e sofrimento. Quando ocorre a disputa da guarda de filhos esse processo torna-se mais doloroso e difícil, surgindo uma batalha aonde todos acabam perdedores (Morgenbesser & Nehls, 1981).

O descontentamento face às consequências negativas da guarda exclusiva deu origem à concepção de novas formas de guarda que visem, por um lado, garantir o direito de convivência do menor com ambos os progenitores, e por outro, o direito de promoverem seus direitos e responsabilidades de forma paritária. A legislação sobre a guarda de filhos em todo o mundo, com base nos estudos científicos mais recentes, vem se modificando nas últimas décadas para preservar e fortalecer os vínculos afetivos dos filhos com ambos os progenitores em caso de rutura do relacionamento, através de normas que preservem o contacto regular com ambos. Cada vez com mais frequência nos tribunais, observam-se pais e mães que pretendem exercer de forma mais efetiva as suas responsabilidades parentais, buscando além da partilha nas decisões mais importantes da vida da criança, uma maior presença nas decisões quotidianas e nas relações afetivas com os seus filhos (Fialho, 2014).

Em Portugal não foi diferente. As mutações da família nas últimas décadas refletiram-se nas recentes reformas legislativas que consagraram importantes princípios como a igualdade entre os cônjuges, a prevalência do afeto, a centralização dos direitos da criança, dentre outros (Aboim, 2006). A Lei 61/2008, consagrando os princípios adoptados pela Comissão sobre o Direito de Família Europeu, trouxe importante mudança na concepção do poder paternal, substituindo-o pelas responsabilidades parentais, bem como instituiu a regra do seu exercício conjunto pelos progenitores a fim de permitir uma convivência entre estes e os seus filhos nos mesmos moldes que ocorriam antes da separação (Fialho, 2014).

Nesse sentido, para diversos autores (Marinho, 2014; Sottomayor, 2011) a aprovação da lei que regulamenta o exercício conjunto das responsabilidades parentais representa um considerável avanço no sentido de desmembrar conjugalidade e

parentalidade, responsabilizando dessa forma, ambos os progenitores pela educação dos filhos. Embora mitigado e não tendo a abrangência desejável, o exercício conjunto das responsabilidades parentais constitui um incentivo para os progenitores buscarem maior participação da vida dos filhos e colaborarem na sua educação (Leal, 2014).

Contudo, a prática judiciária dos Tribunais de Família, impregnada de usos e costumes culturais, acaba sendo muito resistente às inovações legais (Silva, 2016). Como verificado num estudo realizado sobre as decisões dos Tribunais de Família de Lisboa e Braga, ainda são visíveis as contrariedades em relação ao emprego da referida disposição legal. Ainda é frequente, especialmente quando não há acordo entre os progenitores, que o exercício das responsabilidades parentais seja atribuído exclusivamente a apenas um dos progenitores (Pedroso, Cavaleiro, & Branco, 2014).

Além disso, outros estudos realizados observaram que a antiga tendência de os filhos pequenos serem confiados à mãe após a separação não se alterou em Portugal, tendo sido constatado nas últimas décadas um aumento considerável do número de famílias monoparentais femininas (Aboim, 2006; Delgado & Wall, 2014; Marinho, 2014; Silva, 2016). A preferência materna, persistente no inconsciente coletivo e com reflexo nas decisões judiciais, além de violar o princípio da igualdade dos cônjuges, nem sempre resulta no melhor interesse da criança, contribuindo ainda para a manutenção da tradicional divisão de papéis (Marinho, 2014). Como observam Brito & Gonsalves (2013, p. 301) “diversos autores (Hurstel, 1999; Théry, 1998) compreendem que as decisões judiciais trazem significativas repercussões ao exercício dos papéis parentais, podendo contribuir tanto para favorecer como para fragilizar a convivência familiar.”

A importância, seriedade e responsabilidade da decisão que encerra uma disputa de guarda dos filhos exige que os operadores do direito se atentem para os inúmeros aspectos, não apenas jurídicos, mas também psíquicos que envolvem a criança, os progenitores e o vínculo existente entre eles, sob pena da decisão ser um ato juridicamente legítimo mas sem validade psíquica, correndo o risco de se impor à criança uma situação mais traumática que aquela já enfrentada com a adaptação à separação dos pais. O processo de guarda seria capaz, desse modo, de reassegurar o direito da criança de ter um desenvolvimento saudável dentro das melhores condições possíveis (Guimarães & Guimarães, 2008). Nesse sentido, Fialho (2014, p. 289) acrescenta o cuidado que os tribunais devem ter na interpretação e aplicação da lei para evitar que as alterações

legislativas consagradas “não sejam desvirtuadas por força de interpretações formalistas e descontextualizadas, quer do teor e sentido da lei, quer da realidade social”.

1) Enquadramento Legal

O Código Civil Português, de 1867, elegia o pai como o chefe da família, colocando-o numa posição de desigualdade perante a mãe. Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, o marido continuou a ser o chefe da família; contudo, em caso de divórcio, a mãe ficaria com a guarda e com o poder paternal dos filhos (Rodrigues, 2010).

Com a Constituição da República Portuguesa em 1976, consagrou-se no artigo 13.º o princípio da igualdade entre os cônjuges quanto à educação e manutenção dos filhos e estipulou-se que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. Em caso de divórcio, as responsabilidades parentais eram atribuídas a quem ficasse com a criança (Rodrigues, 2010). Criar e educar os filhos continuava a ser um papel destinado às mulheres e essa presunção encontrava suporte no n.º 2 do artigo 1911.º, do Código Civil, na redação que lhe foi dada pelo Decreto Lei 496/77 de 25 de novembro (Leal, 2014).

A partir de 1995, com a Lei 84/95, criou-se a possibilidade de os pais exercerem, se fosse essa a sua vontade, as responsabilidades parentais em conjunto, embora a regra continuasse a ser a da atribuição desse poder apenas a um dos progenitores. Com a redação dada pela Lei 59/99 ao artigo 1906.º do Código Civil, o exercício conjunto do poder paternal continuou a depender do acordo entre os progenitores, continuando o tribunal a não poder impor o seu exercício conjunto. Assim, as crianças continuaram a ser na maioria das vezes entregues à mãe, a quem também cabia o exercício do poder paternal, reservando-se ao pai um papel secundário de visitante (Leal, 2014).

A nova Lei do Divórcio (Lei 61/2008) introduziu importantes mudanças ao consagrar como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais pelos progenitores, após o término da relação, quanto às questões de particular importância, ainda que não haja acordo (artigo 1906.º, n.º 1. do Código Civil), consubstanciando-se em “um passo decisivo no estabelecimento da igualdade entre os progenitores” (Leal, 2014, p. 371). As exceções ocorrem em caso de urgência manifesta, quando o exercício conjunto for julgado contrário aos interesses do filho (artigo 1906.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil) e ainda

relativamente aos actos da vida corrente do filho, caso em que o exercício das respectivas responsabilidades caberão ao progenitor com quem ele venha a residir habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontre temporariamente (artigo 1906.º, n.º 3 do Código Civil). Todavia, o legislador não definiu o que seriam as questões de particular importância. Como exemplos dessas questões podem ser citados o tratamento médico ou intervenção cirúrgica, saídas para o estrangeiro, a escolha de estabelecimento de ensino e atividades extracurriculares, ou ainda a prática de desportos radicais (Xavier, 2008).

Nesta esteira, a residência do filho e os direitos de visita serão determinados de acordo com o superior interesse da criança, considerando todas as circunstâncias relevantes, nomeadamente, o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro (artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil); qualquer questão relativa à vida do menor deve ser decidida sempre em harmonia com o seu interesse, 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 (artigo 1906.º, n.º 7 do Código Civil). Assim, a decisão judicial sobre a residência dos filhos, consoante o interesse dos filhos aludido no n.º 7 do artigo 1906.º do Código Civil e no n.º 1 do artigo 180.º da Lei Tutelar de Menores, deve procurar promover uma relação que construa, preserve e fortaleça os vínculos afetivos positivos existentes entre os progenitores e os filhos, bem como afastá-los de um ambiente destrutivo de tais vínculos.

O legislador, *ab initio*, não enumerou as hipóteses em que o juiz poderá fundamentar o decreto do exercício exclusivo das responsabilidades parentais, podendo fazê-lo discricionariamente, no interesse superior da criança. Assim, a doutrina passou a delimitar algumas causas, nomeadamente: atos de violência doméstica, ter o menor nascido devido a crime de violação, nível de conflituosidade entre os progenitores que interfira no desenvolvimento do menor, ausência ou desinteresse por parte de um dos progenitores (Melo, Raposo, Carvalho, Bargado, Leal, & D'Oliveira, 2010). Recentemente, através da alteração legislativa promovida pela Lei n.º 24/2017, foi considerado expressamente contrário aos interesses do filho o exercício conjunto das responsabilidades parentais quando: for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de

vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças (Artigo 1906.º-A do Código Civil).

Assim, até a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, só por acordo dos pais era possível o exercício em conjunto das responsabilidades parentais. Desde então, a regra passou a ser o exercício conjunto das responsabilidades parentais e o tribunal somente pode determinar que esta seja exercida unilateralmente, ainda que por acordo, nos casos em que o superior interesse do menor assim o requeira, através de decisão fundamentada, consagrando e promovendo a igualdade de direitos e responsabilidades entre os progenitores (Sottomayor, 2011). Consagrou, portanto, a lei uma presunção relativa de que o exercício conjunto das responsabilidades parentais é o que melhor atende os superiores interesses da criança (Silva, 2016).

1.1) Ação de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais

A ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais é um processo de jurisdição voluntária em que o interesse tutelado é o da criança. O julgador pode investigar livremente e não está subordinado a critérios de legalidade, mas de equidade, conveniência, oportunidade, e pode alterar as decisões proferidas (artigo 150.º da O.T.M e artigo 987 do Código de Processo Civil). Assim, o juiz deve decidir tendo em consideração as peculiaridades do caso concreto e procurar a solução que melhor atenda aos interesses da criança.

Nestes processos são decididas quatro questões: a forma de exercício das responsabilidades parentais, a residência da criança, o regime de visitas e o montante da prestação de alimentos.

O critério orientador na regulação do exercício das responsabilidades parentais é o superior interesse do menor (artigo 1974.º, n.º 1 do Código Civil), conceito aberto que carece de concretização, por parte do Juiz, através de critérios objetivos. Tem-se entendido que estes critérios devem respeitar o princípio da igualdade dos pais, promover a repartição das responsabilidades parentais, atender aos direitos da criança e às suas escolhas preferenciais e respeitar a autonomia da família, em conformidade com o princípio da intervenção mínima (artigo 4.º, alíneas a), d), e f), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, *ex vi* artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores) (Fialho, 2012).

Indica o legislador alguns fatores a serem observados, como o convívio com os irmãos e ascendentes (artigo 1887.º A do Código Civil) e a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, como critério de determinação da residência e das visitas (artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil).

Desta forma, atualmente no ordenamento jurídico português o exercício das responsabilidades parentais poderá ser aplicado das seguintes formas:

- a) exercício conjunto mediante acordo extrajudicial ou acordo no curso do processo, homologados pelo juiz desde que o acordo atenda aos interesses da criança;
- b) exercício conjunto como regra, imposto pelo Magistrado mesmo contra a vontade de um dos progenitores;
- c) exercício exclusivo por um dos progenitores apenas nas hipóteses em que se verificar que o exercício conjunto não atende aos superiores interesses da criança.

2) Os conceitos e a terminologia

Em vários trabalhos dos anos 1970, foi utilizado o termo “guarda partilhada” para fazer referência à situação em que a criança vive, no sentido físico, intervaladamente, com a mãe e o pai. Assim, para evitar essa confusão, uma diferenciação começou a ser estabelecida entre a “guarda legal partilhada”, em que os pais decidem legalmente em conjunto sobre a vida da criança, escola, etc., equivalente ao exercício conjunto das responsabilidades parentais; e “guarda física partilhada”, em que os pais partilham os cuidados diários da criança, equivalente à residência alternada (Tornstam, 1996).

Em inglês, a expressão “sole custody” é o equivalente a guarda legal exclusiva e “joint/shared legal custody” corresponde à guarda legal conjunta, quando ambos os pais têm legalmente a guarda da criança (Tornstam, 1996). É importante referir, que a terminologia utilizada para guarda partilhada foi definido na literatura para os pais que compartilham os cuidados e convivência com os filhos de 35% a 50% do tempo (Nielsen, 2011).

Após as recentes alterações introduzidas pela Lei de Divórcio em 2008, tem se observado alguns equívocos e confusão na distinção entre os conceitos relativos ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, guarda e residência alternada (Silva, 2016), havendo quem as identifique como conceitos idênticos que espelham uma mesma

realidade. A este propósito, Oliveira (2010) salienta que a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais não está relacionada com as ideias mais conhecidas de guarda física conjunta ou alternada.

A guarda legal e a guarda física não se confundem e nem sempre coexistem, já que a guarda legal refere-se à responsabilidade dos progenitores de decidir as questões de maior importância para a vida dos filhos, orientando-os, educando-os, vigiando-os e protegendo-os, e guarda física consiste na presença física do menor na mesma residência dos progenitores. No direito português, pode-se afirmar, que a guarda legal equivale ao exercício das responsabilidades parentais e a guarda física equivale à residência do menor. Por seu turno, as responsabilidades parentais, nos termos do artigo 1878.º e 1901.º do Código Civil constituem o conjunto de poderes deveres atribuídos ao progenitores no exercício da parentalidade e o seu exercício pertence igualmente a ambos enquanto conviverem.

Quanto à definição do local em que a criança irá residir, o legislador português suprimiu do texto legal a expressão de guarda que constava no artigo 1905.º, n.º 2 do Código Civil, na redação anterior à Lei 61/2008, substituindo-a pela residência utilizada no artigo 1906.º do Código Civil, o que gerou alguma dificuldade na definição dos termos na doutrina e jurisprudência (Silva, 2016). Para Sottomayor (2011), o conceito de guarda, que possuía um sentido amplo que compreendia os poderes/deveres de orientação, educação e vigilância da criança, e um sentido estrito relativo ao direito de residência com a criança, passou a ser associado pela nova lei à guarda física, no mesmo sentido prático da residência, enquanto que o exercício das responsabilidades parentais restou associado ao conteúdo jurídico, dos direitos e deveres dos progenitores em relação aos filhos. Já Silva (2016) entende que o legislador adotou o termo de guarda no seu sentido amplo, no contraponto da residência, e opta por usar o termo “guarda compartilhada” para designar o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada e o termo “guarda conjunta” para designar o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência exclusiva a um dos progenitores.

Cumprindo, ainda, distinguir essas modalidades da chamada guarda alternada, através da qual os progenitores alternam o exercício das responsabilidades parentais conforme a custódia física alternada entre eles (Sottomayor, 2011). Nesse sentido, Pinheiro (2011) designa-a como exercício alternado das responsabilidades parentais, consubstanciado no

exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo entre cada um dos progenitores. Na verdade, constitui uma guarda exclusiva exercida alternadamente pelos progenitores, já que não há tomadas de decisões em conjunto.

Assim, no atual sistema jurídico português, após a dissolução da união, coexistem as seguintes modalidades de responsabilidades parentais e residência, terminologia esta que será utilizada no presente estudo:

I - Exercício conjunto das responsabilidades parentais com a residência alternada, em que o menor vive um período substancial de tempo em casa de cada um dos pais;

II - Exercício conjunto das responsabilidades parentais com fixação da residência principal do menor com um dos progenitores e regime de visitas ao outro;

III - Exercício exclusivo das responsabilidades parentais com fixação da residência principal do menor com o progenitor que detém o exercício das responsabilidades parentais e regime de visitas ao outro;

IV - Exercício alternado das responsabilidades parentais com a residência alternada.

3) O Princípio do Superior Interesse da Criança

No ordenamento jurídico, o princípio do superior interesse da criança é fundamental na solução de conflitos que envolvam interesses da criança. Constitui-se como

“um princípio jurídico-formal, que actua como critério orientador; um standard hermenêutico (ou seja, um parâmetro auxiliar na concretização); uma pauta para a conformação do ordenamento jurídico pelo legislador; uma pauta obrigatória na resolução de casos concretos” (Alexandrino, 2008, p. 275).

Consagrado internacionalmente em termos genéricos no artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, este princípio deve ser observado sempre que as autoridades de um Estado tomem decisões que tenham ou possam ter um impacto na vida de uma criança e aplica-se às decisões dos tribunais, das autoridades administrativas, dos órgãos legislativos e das instituições públicas ou privadas de solidariedade social (Albuquerque, 2012).

Na mesma Convenção, assinada por 192 Estados-membros, este princípio é ainda mencionado em outros artigos:

a) 9.º, n.º1 – garante que a criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidam que essa separação seja no interesse superior da criança;

b) 18.º – determina a responsabilidade de ambos os pais na educação e desenvolvimento da criança e que o interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.;

c) 20.º – determina que a criança não possa ser privada do seu ambiente familiar e que, se, no seu interesse superior, não possa ser nele mantida, tem direito à protecção e assistência especiais do Estado;

d) 21.º – determina que o interesse superior da criança deverá constituir a consideração primordial nas questões de adoção.

Albuquerque (2013) ressalta que, na definição e aplicação do princípio do superior interesse da criança, o Comité dos Direitos da Criança tem reiterado que a Convenção deve ser considerada como um todo e observada consoante a inter-relação existente entre as suas disposições, em especial os princípios gerais da não-discriminação, dos direitos à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, e do respeito pelas opiniões da criança. Salaria ainda que o interesse da criança deve contemplar tanto a situação presente, como perspectivas a médio e longo prazo e a sua aplicação deve considerar que a criança é um indivíduo com vontade e sentimentos próprios, sujeito de direitos civis e políticos e beneficiário de protecção especial.

No entanto, nem a lei nem os instrumentos internacionais definem o que deve entender-se por interesse da criança, tratando-se, portanto, de um conceito jurídico indeterminado que deve ser analisado em concreto quanto ao interesse de cada criança. A divergência de apreciações judiciais sobre o conteúdo do conceito legal de “interesse superior da criança”, sobretudo quando traduzidas em interpretações opostas aos preceitos legais, criam circunstâncias que não o favorecem e acabam por colidir com a segurança jurídica. Isso porque “é à sabedoria dos Magistrados, ao seu discernimento e à sua experiência que a lei confia o interesse da criança” (Amorim, 2010, p.88).

De facto, Silva, L. (2014) que comparou as perspectivas de jovens adultos com pais separados e de Magistrados do tribunal de família e menores mostrou que todos os 10 Magistrados entrevistados, de forma direta ou indireta, consideravam as suas experiências pessoais e a sensibilidade como suporte para o trabalho dos processos, conforme ilustrado

no trecho de entrevista de um Magistrado que aqui se transcreve: “Eu tenho a experiência de ser mãe e de ser avó e tento decidir pelo melhor. Temos sempre as nossas experiências e isso é inevitável.” (p. 27).

Assim, o grande desafio que se coloca aos Magistrados no julgamentos das ações de regulação do exercício das responsabilidades parentais é a concretização e materialização deste princípio, a sua interpretação e aplicação ao caso concreto. Neste aspecto, os conhecimentos fora da ciência do direito, como psicologia, sociologia, filosofia, etc., são importantes para se trabalhar com conceitos indeterminados, sob pena de trazerem a sua experiência pessoal, muitas vezes negativa, para o processo.

Como aduz Sottomayor (2011), na regulação das responsabilidades parentais o objetivo não é igualar os direitos dos pais mas proteger o interesse do menor, entendido como a estabilidade da sua vida e o seu equilíbrio emocional, sustentando, ainda, que o interesse da criança é distinto para cada família e para cada criança, bem como é passível de conteúdos diversos igualmente válidos, conforme a valoração que o juiz faça da situação em causa.

De facto, vários países procuraram densificar o princípio do superior interesse da criança, com a tentativa de definir os seus contornos e de eliminar os riscos de apreciação equivocada, a fim de permitir uma abordagem mais concreta, auxiliando Magistrados e outros profissionais que atuem em matéria de direitos da criança.

Por exemplo, no Canadá, o projecto de revisão do “Divorce Act” de 1985 exige que o interesse da criança seja apreciado à luz da natureza, estabilidade e intensidade da relação entre a criança e os membros da família; os passatempos da criança; a capacidade de cada pessoa proporcionar o desenvolvimento e os cuidados à criança; os laços culturais e religiosos da criança; à importância e vantagens de uma autoridade parental conjunta, assegurando a participação ativa dos dois progenitores após a separação; as relações da criança com os outros membros da família; as propostas dos progenitores; a capacidade da criança se adaptar aos pontos de vista dos progenitores; a capacidade dos progenitores facilitarem e assegurarem a manutenção de uma relação com outros membros da família; antecedentes que evidenciem violência contra a criança cometida por qualquer um dos progenitores; exclusão de preferências relativas ao sexo por parte de um dos progenitores; vontade manifestada por cada um dos progenitores de participar em sessões educativas; qualquer outro fator que possa influenciar a tomada de decisão. No Reino

Unido, o “Children Act” de 1984 determina que o juiz tenha em consideração, na determinação do interesse superior da criança: a opinião da criança; as suas necessidades físicas, afetivas e educativas; os efeitos que uma mudança produzirão sobre a criança: idade, sexo e personalidade da criança; os danos que a criança já tenha experimentado e a capacidade de cada um dos progenitores responderem de forma adequada às necessidades da criança.

Em Portugal, o artigo 1878.º, n.º 1 do Código Civil dispõe que compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação e administrar os seus bens, que corresponde aos elementos das responsabilidades parentais. O artigo 1906º, n.º 1 do Código Civil, ao consagrar a manutenção do exercício conjunto das responsabilidades parentais após o rompimento do vínculo conjugal, cria uma presunção relativa de que o melhor interesse da criança é permanecer com ambos os progenitores como responsáveis pelas questões de maior importância da sua vida (Silva, 2016)

Como critério legal para decidir a residência e as visitas da criança, o artigo 1906º, n.ºs 5 e 7 do Código Civil, dispõe que o juiz deve ter sempre em consideração

“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” ao mesmo tempo que concretiza o interesse da criança em “manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”

Para Silva (2016) o legislador, para proteger a criança, assumiu o critério do progenitor amistoso, aquele que será “melhor protetor do seu bem-estar” (p. 130), capaz de assegurar o contacto com ambos os progenitores, elegendo-o como uma circunstância que concretiza o superior interesse do menor.

Para Sottomayor (2011, p. 26), a expressão “todas as circunstâncias relevantes” refere-se aos

“tradicionalis critérios da jurisprudência ligados à determinação, por todos os meios de prova, de qual dos pais, na constância do casamento ou da vida em comum, desempenhou em termos predominantes, as tarefas de cuidado primárias em relação à criança no dia-a-dia (a regra da pessoa de referência), em vez de atender a critérios de igualdade formal entre os pais ou a critérios parentais e por situações que são transitórias no momento do divórcio.”

Leal (2014) cita alguns fatores para serem observados na persecução do interesse superior da criança: opinião e preferência da criança, suas necessidades físicas, emocionais e psicológicas, capacidade dos pais de cuidar das crianças e responder às suas necessidades, capacidade dos pais de promover os contactos da criança com ambos os progenitores, estabilidade das relações da criança com irmãos e outros familiares próximos, capacidade dos pais em comunicar e cooperar nas matérias que afetem a criança, natureza e estabilidade da relação da criança com cada um dos progenitores e existência de comportamentos violentos por parte dos progenitores que ameacem a segurança da criança.

A jurisprudência, na concretização do superior interesse ao caso específico, também acaba por consolidar determinados entendimentos, que passam a inspirar e guiar decisões em casos semelhantes.

A busca da solução mais adequada para as “disputas de guarda” em consonância com o superior interesse da criança exige uma integração interdisciplinar que envolve técnicos como: assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, psicanalistas, “funcionando como retaguarda técnica para o legislador, na assessoria em orientações dos advogados a seus clientes, aos próprios clientes, ou no auxílio pericial ao julgamento e a decisão sobre ações judiciais” (Marraccini & Motta, 1995, p. 346).

3.1) O superior interesse na perspectiva da criança

Muitos estudos têm se concentrado na investigação do superior interesse na perspectiva da criança, mais especificamente o que estas sentiram com a separação dos pais, como se adaptaram ao regime de guarda escolhido e seus sentimentos em relação à convivência com os progenitores.

Qual seria, na perspectiva da criança, o seu melhor interesse? Para responder a essa pergunta, através de um estudo quantitativo realizado nos Estados Unidos, com uma amostra de 829 jovens cujos pais se haviam separado quando estes eram crianças, Fabricius (2003) concluiu que as crianças de casais divorciados desejavam passar a mesma quantidade de tempo com cada um dos progenitores e consideravam que a parentalidade partilhada reflete o seu melhor interesse. Constatou-se, ainda, que as crianças que vivenciaram essa oportunidade revelaram ter um relacionamento melhor com cada um dos progenitores após o divórcio; enquanto que aquelas submetidas à guarda exclusiva e pouco

convívio com o progenitor sem a guarda revelaram sentimentos de insegurança e rejeição em relação a esse progenitor e revolta contra ambos os progenitores.

Recorrentes estudos com jovens e adolescentes que viveram a separação dos progenitores demonstram que a maioria daqueles que viveram sob a guarda exclusiva materna ressentiam a falta de vínculo com o pai (Marquardt, 2005) ou desejavam uma melhor relação com este (Harvey & Fine, 2010). Num estudo longitudinal de 15 anos, realizado com mais de 200 mulheres, apenas 5% admitiram ter tido a relação desejada com o pai (Nielsen, 2006).

Numa revisão de estudos científicos sobre o tema, Nielsen (2011) concluiu que as crianças querem conviver com ambos os progenitores. Apesar de relatarem inconvenientes relacionados ao facto de terem duas casas, como fazer malas de roupas, organização, amigos e a dificuldade de adaptação, a maioria admite que preferem viver em duas casas do que apenas com um dos progenitores, apontando como benefícios terem melhores relacionamentos com cada progenitor, adquirirem uma compreensão mais profunda de seus progenitores, apreciando a pausa de cada progenitor, e sentindo-se igualmente amado e protegido por cada um deles (Nielsen, 2011).

Os efeitos do divórcio nas crianças foi objeto de um interessante estudo longitudinal realizado por Wallerstein e Kelly (1971-1977) com 70 famílias americanas. A investigação revelou que dois terços das crianças desejavam um contacto mais frequente com o pai e que estavam insatisfeitas com a visitação quinzenal, concluindo pela importância do relacionamento continuado da criança com ambos os progenitores após o divórcio, num arranjo de guarda que permita a responsabilização e preocupação de ambos com o bem estar dos filhos. Os resultados sugerem a importância de encorajar os progenitores a estabelecerem um arranjo pós-divórcio que permita e favoreça a continuidade das relações dos filhos com ambos (Wallerstein & Kelly, 1998).

Também um estudo realizado com filhos de pais separados no Brasil, ao responderem acerca daquilo que gostariam de mudar em relação à separação de seus pais, alguns jovens afirmaram que gostariam de ter tido maior contacto com o progenitor não residente (Brito, 2008). Em outras pesquisas também foi verificado que a vontade dos filhos é de não perder o contacto com o progenitor não residente em razão das visitas esparsas (Brito & Gonsalves, 2013).

4) Breves notas sobre o princípio jurídico da igualdade entre os progenitores

As transformações da família na modernidade, influenciadas pelo feminismo, pela inserção da mulher no mercado de trabalho, pela reorganização das relações de poder dentro da família e pela instabilidade das relações conjugais, fizeram desaparecer o modelo clássico de família nuclear, com o homem provedor e a mulher dona-de-casa, e influenciar a construção de novos modelos familiares (Singly, 2007). Nas últimas décadas, alterou-se a concepção tradicional da família patriarcal, em que o homem era o chefe da família, para uma família em que os laços de afetividade substituem o vínculo de autoridade e de hierarquia entre os seus membros. Atualmente, associa-se ao homem também o papel de afeto e cuidador (Aboim, 2010). Neste ponto, não se pode olvidar que as investigações mais recentes apontam a mudança da parentalidade masculina na sociedade contemporânea, no sentido do maior envolvimento e participação dos homens nas tarefas domésticas e nos cuidados com os filhos (Wall, Aboim, & Cunha, 2010).

Embora se verifique uma maior participação paterna, sob a aparência de uma igualdade formal entre homens e mulheres, Sottomayor (2011) sustenta que ainda persiste um sistema patriarcal implícito nas relações conjugais que atribui às mulheres as tarefas domésticas e o cuidado das crianças, e aos pais o papel de provedor. A sociedade portuguesa em termos de género ainda é profundamente desigual no trabalho, na família, na parentalidade, sobretudo nas camadas sociais mais baixas, marcadas por baixa escolaridade (Mesquita, 2014, citado por Silva, 2016).

A evolução do Direito de Família português consagrou a igualdade entre os progenitores acompanhando as mutações da família portuguesa e as tendências europeias, consagrando como regra o exercício conjunto das responsabilidades familiares por ambos os progenitores (artigo 1906.º do Código Civil). Contudo, não obstante a neutralidade gramatical em termos de género, ainda se observa na prática judiciária a reprodução de determinadas ideologias que reforçam a desigualdade entre géneros e reproduzem as identidades feminina e masculina, sobretudo nos processos de regulação das responsabilidades parentais, embora o discurso judicial se diga fundamentado em critérios neutrais e amparados por pareceres científicos. Um estudo jurisprudencial realizado nos Tribunais de Lisboa e Braga demonstra que a residência dos filhos ainda é atribuída maioritariamente à mãe, em mais de 70% dos casos analisados (Pedroso et al., 2014).

Neste aspecto, vale trazer à colação interessante questão formulada por Ferreira e Vilardo (2007, p.80):

“A tão propalada igualdade entre homens e mulheres, constitucionalmente garantida, é uma igualdade garantida para a questão da guarda dos filhos ou há exceções? Nos processos de guarda prevalece tal igualdade constitucional ou busca-se com absoluta prioridade, o melhor interesse da criança para seu crescimento digno e saudável?”.

Respondem os autores que certamente tal princípio não pode se sobrepor ao superior interesse da criança, mas este deve ser assegurado através da prioridade do direito da criança à convivência familiar através de amplo convívio com ambos os progenitores, não cabendo a desqualificação do pai em relação aos cuidados com os filhos por ser do sexo masculino.

A igualdade entre os progenitores consubstancia-se em um poderoso instrumento para alcançar a concretização do superior interesse da criança, através do reconhecimento da equiparação entre pai e mãe no exercício da autoridade parental e da parentalidade, sobretudo após a rutura do casal conjugal. O facto de ambos o progenitores se apresentarem no mesmo plano de igualdade demanda uma cooperação na responsabilidade pela educação e criação dos filhos, rechaçando a ideia da mãe como detentora de melhores condições de cuidadora das crianças. Afinal, se ambos os progenitores são iguais e exerciam as responsabilidades parentais conjuntamente durante o casamento, porque na hipótese de rutura da sociedade conjugal este exercício precisa ser alterado para a prática exclusiva por apenas um dos progenitores (Albuquerque, 2005)?

5) Coparentalidade Após o Divórcio

Atualmente, a união conjugal entre duas pessoas ligadas em bases igualitárias pelo casamento passou a ser dissolúvel, mantendo-se a indissolubilidade apenas à filiação dele resultante, ou seja, a linhagem materna e paterna. É comum alguns progenitores apresentarem dificuldades em manter uma consistência educativa e um estilo parental democrático nos períodos iniciais após a rutura conjugal, já que estão centrados no seu próprio ajustamento à nova realidade familiar (Clapp, 2000). A coparentalidade, entendida como a relação entre a díade parental na planificação e execução de um plano educativo para os seus filhos, é um conceito essencial na explicação da adaptação da criança à

separação parental. Exprime o envolvimento conjunto e recíproco de ambos os pais na educação, formação e decisões sobre a vida dos filhos (Brito, 2002a).

As características da relação dos ex-cônjuges podem actuar como facilitadoras ou dificultadoras desta reorganização familiar. Investigações indicam que os pais muito envolvidos no cuidado e educação dos seus próprios filhos durante o casamento estão presentes de forma mais activa também após a separação (Lobo, 1996; Marsiglio, 1995).

Especialmente nos dois anos posteriores ao divórcio, a coparentalidade positiva e cooperativa entre os progenitores está relacionada com o bem estar da díade parental, o baixo conflito entre os progenitores e o ajustamento positivo das crianças à separação parental (Whiteside & Becker, 2000; Whiteside, Bradley, & Mckelvey, 2009). Os estudos sobre a coparentalidade indicam que quanto maior for o respeito e a qualidade da comunicação na díade parental na condução da educação dos filhos, melhor é o ajustamento da criança à separação, operando como verdadeiros fatores protetores dentro das famílias (Schoppe, Mangelsdorf, & Frosch, 2001). A qualidade da parentalidade tem sido considerado um dos melhores preditores do bem-estar social e emocional da criança (Amato, 2005).

Alguns fatores tem sido apontados por diversos estudos como preditores de uma coparentalidade positiva: exercício conjunto das responsabilidades parentais, baixo níveis de conflito, acordo sobre visitas, contacto regular com ambos os progenitores, respeito e valorização do ex-cônjuge, bom nível de comunicação, cooperação, flexibilidade e capacidade de negociação, funcionando como verdadeiros fatores protetores dentro da família (Lamela, Figueiredo, & Bastos, 2013; Lavadera, Caravela, & Togliatti, 2012). A literatura reforça a importância dos progenitores dividirem as responsabilidades pelos cuidados dos filhos, a fim de não tornar o outro sobrecarregado, como também o auxílio com as tarefas domésticas e com o sustento financeiro, contribuindo para um desenvolvimento saudável das crianças (Minuchin, Nichols, & Wai-Yung Lee, 2009).

5.1) Participação nas atividades diárias da criança

A participação dos progenitores em atividades diárias do filho, como hora de dormir e despertar, ida e vinda da escola e atividades recreativas, permite que eles permaneçam desempenhando papéis centrais e psicologicamente importantes na vida de

seus filhos (Lamb, Stemberg, & Thompson, 1997). A falta de tempo e de dedicação dos progenitores, que resulta na falta de atenção sentida pelos filhos, é um factor apontado como prejudicial à qualidade da relação entre eles (Warren & Johnson, 1995). Os progenitores que compartilham com os filhos parte do tempo livre e proporcionam atividades culturais e educativas, favorecem o desenvolvimento cognitivo, o desempenho escolar e o ajustamento interpessoal (Bradley & Corwyn, 2002).

5.2) Sistema de normas e valores

A parentalidade exige a capacidade de nutrir, guiar e controlar, funções que variam de acordo com a capacidade dos progenitores e as necessidades de desenvolvimento das crianças. Contudo, o uso da autoridade deve estar sempre presente, pois é um ingrediente necessário ao subsistema parental (Minuchin et al., 2009). Independentemente de quem esteja com a guarda física dos filhos, a responsabilidade de educação e criação dos filhos deve permanecer com o estabelecimento de limites mesmo nos períodos de visita. Atividades como colocar os brinquedos no lugar e auxiliar em pequenas tarefas domésticas apropriadas à idade da criança ensinarão que ela tem um papel importante enquanto membro da família (Frieman, 2003).

5.3) Adaptação da criança à separação conjugal

O ajustamento da criança à separação conjugal é consequência de vários fatores, especialmente da coparentalidade positiva. É comum que os filhos experimentem, logo após a separação, sentimentos de abandono. Esta etapa difícil pode ser amenizada por fatores de proteção no ajustamento dos filhos ao divórcio, tais como: competência e adequação dos progenitores na disputa pela guarda da prole, qualidade das práticas parentais, parentalidade apropriada do progenitor não residente e redução dos conflitos parentais durante o processo de separação (Nielsen, 2011).

Muito importante para a adaptação dos filhos à separação é o sentimento de segurança e estabilidade que são transmitidos por seus progenitores nessa fase de ajustamento, já que um relato muito encontrado na literatura é o medo da perda do contacto do progenitor afastado, de ser abandonado (Clapp, 2000; Souza & Ramires, 2006). Embora

signifique passar menos tempo com seus filhos, as mães, inclusive aquelas que possuem a guarda exclusiva, reconhecem uma melhor adaptação das crianças na guarda física partilhada (Bauserman, 2002).

6) Exercício das responsabilidades parentais na lei e na prática

Como já mencionado, uma importante alteração introduzida pela nova Lei do Divórcio (2008) foi a substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, o que coloca a criança como sujeito de direitos e afasta a ideia da criança como objecto de “posse”, como um poder dos pais. Ao mesmo tempo, reforça a ideia de que o divórcio dos progenitores não é o divórcio dos filhos (Bolieiro & Guerra, 2009).

Responsabilidades parentais sugere que o pai e a mãe devem cuidar do seu filho tendo a responsabilidade de zelar pelo sustento, segurança, saúde e educação, bem como representá-lo e administrar os seus bens (artigo 1878.º do Código Civil). Constituem, assim, direitos e deveres a serem exercidos pelos progenitores em interesse dos filhos, investidos automaticamente por efeito da filiação, não podendo, portanto, ser renunciados (artigo 1882.º do do Código Civil), bem como não constituem “uma mera faculdade, mas uma possibilidade concedida pela lei aos progenitores de uma criança” (Gomes, 2009, p. 12). Essa nova expressão, além de consolidar o princípio de igualdade dos progenitores na função de persecução dos interesses do menor, passando ambos a serem responsáveis pelo seu desenvolvimento saudável e bem estar, consagra a necessidade de preservação do relacionamento com ambos os progenitores após da rutura da união conjugal, desmembrando a conjugalidade e a parentalidade.

6.1) Exercício conjunto das responsabilidades parentais como opção legal

Como visto anteriormente, a partir da alteração da Lei de Divórcio de 2008, a lei portuguesa instituiu como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os progenitores, quanto às questões de maior importância da vida dos filhos, sendo a exceção o seu exercício exclusivo. É importante lembrar que o exercício conjunto das responsabilidades parentais não implica a alternância de residências, pelo que a residência dos filhos poderá ser exclusiva de um dos progenitores ou alternada entre ambos. Em

qualquer dessas hipóteses os progenitores continuam a exercer em igualdade de condições o exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância, o que a diferencia da chamada guarda alternada ou exercício alternado das responsabilidades parentais.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais é a modalidade de guarda legal em que todas as decisões relativas às questões de maior importância da vida dos filhos são tomadas em conjunto pelos progenitores, dando continuidade à relação de afeto construída entre pais e filhos e proporcionando um ambiente saudável para o crescimento da criança. Por tais razões, este regime vem sendo considerado pelos estudiosos do tema o modelo que melhor atende aos interesses da criança, embora ainda seja considerada polémica quando há litígio entre os progenitores. Contudo, o conflito entre os pais, mesmo que não haja afastamento do progenitor guardião, pode ser igualmente prejudicial (Fabricius & Luecken, 2007).

Brito (2002a) entende que o exercício conjunto das responsabilidades parentais é indispensável para garantir às crianças o desempenho das funções paterna e materna e propiciar o seu completo desenvolvimento através do convívio com ambos. Tem a vantagem de suprir a falta de um dos progenitores sentida quando é estabelecido o exercício exclusivo, igualando os progenitores em direitos e obrigações, como determina a lei, e dotando-os da mesma autoridade e responsabilidade nas tomadas de decisão. É vista como uma modalidade de guarda que possibilita aos progenitores desmembrar a sua conjugalidade da parentalidade, construída com base no respeito e na cooperação (Hillery, 1985).

6.2) Mitigação do exercício conjunto das responsabilidades parentais

Da forma instituída pela lei, o exercício conjunto das responsabilidades parentais apenas é relevante no processo de tomada de decisão sobre as questões de particular importância, não importando em uma partilha da convivência com o progenitor não residente nos mesmos moldes e com os mesmos poderes de facto que são exercidos pelo progenitor residente, sendo este quem detém a responsabilidade sobre o atos da vida corrente (Fialho, 2014). Portanto, esse exercício conjunto “ocorre apenas na decisão, não na vida real das crianças, sendo a progenitora que tudo decide, tanto por imposição sua,

como por abandono e desinteresse do progenitor” (Silva, 2016, p. 55). Por tais razões, Tornstam (1996) afirma que mais do que o acordo legal, é o contacto real com a criança que pode beneficiar o desenvolvimento e a adaptação da criança à separação.

A este propósito, Leal (2014) afirma que, por ter sido mitigado e reduzido às questões de maior importância na vida da criança, que para o legislador se resumiriam a “questões existenciais graves e raras” (Exposição de Motivos, 19), o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência exclusiva permite que o progenitor residente continue a decidir quase tudo sozinho, reservando ao outro progenitor a função de mero fiscalizador, já que fica dependente de informações sobre as condutas e necessidades dos filhos e muitas vezes, para evitar conflitos, acaba aceitando as decisões tomadas pelo progenitor residente. Além disso, esta ausência de participação efetiva na vida dos filhos é frequentemente responsável pelo afastamento e a perda de contacto com o progenitor não residente. Dever-se, assim, priorizar uma divisão mais equilibrada do tempo que cada progenitor passa com o filho, para garantir a participação de ambos na sua educação (Brito, 2005).

Por tais motivos, muitos autores atualmente defendem que, para garantir o superior interesse da criança de manter uma relação de proximidade com ambos os progenitores e alcançar uma parentalidade positiva e igualitária, o regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais deve ser conjugado com a partilha de residências em tempo não inferior a 35% com cada um dos progenitores e assim permitir a manutenção de relações de vinculação próprias da filiação que possuíam antes da rutura do relacionamento (Kruk 2016; Marinho, 2014; Nielsen, 2011; Silva, 2016).

6.2.1) Limitação da responsabilidade da guarda dos filhos

Durante a constância do casamento os progenitores exercem em conjunto as responsabilidades parentais, incluindo a guarda dos filhos, que é um de seus elementos (artigo 1901º Código Civil). Assim, pode-se afirmar que, com a rutura do relacionamento, ocorre uma restrição no exercício das responsabilidades parentais no caso de um dos progenitores perder a guarda física dos filhos, o que não ocorre nos casos de residência alternada, nos quais o exercício e a titularidade das responsabilidades parentais não se

dissociam. Assim, a atribuição da residência única representa um “enfraquecimento dos poderes paternos/maternos relativamente ao não guardião” (Gama, 2001, p. 157).

Contudo, os progenitores somente podem ter o exercício das responsabilidades parentais inibido ou limitado nas hipóteses prevista em lei (artigos 1913º e 1914º do Código Civil), já que a rutura familiar não provoca a rutura dos laços jurídicos da filiação (Leite, 2003). Nesta perspectiva, o progenitor que perde a guarda física do menor, em virtude de não mais coabitar com o outro progenitor, acaba por sofrer as mesmas limitações de quem teve as responsabilidades parentais inibidas por ter infringido culposamente os deveres para com os filhos (artigo 1915º n.º 1 do Código Civil), já que tem seu dever de guarda suspenso. Se o legislador considera o dever de guarda tão essencial ao filho a ponto de seu incumprimento acarretar a inibição do exercício da responsabilidades parentais, seria um contra-senso permitir que a rutura do relacionamento impeça o pleno exercício do dever de guarda por um dos progenitores, já que sem deter a guarda física ele estará inibido de participar da educação e criação do filho, elementos das responsabilidades parentais. A ideia de uma responsabilidade parental partilhada, com a possibilidade dos casais optarem por uma residência alternada e, deste modo, dividirem as decisões educativas e os tempos de residência com a criança após a rutura conjugal, corrobora a igualdade de competências parentais de ambos os sexos e possibilita uma participação paterna após a separação mais abrangente do que apenas o papel de provedor ou de animador dos filhos ao fim-de-semana (Arendell, 1996).

6.3) Exercício exclusivo das responsabilidades parentais como exceção legal

A partir de 2008, o exercício exclusivo das responsabilidades parentais passou a ser exceção, só podendo ser decretado em decisão fundamentada que justifique ser o exercício conjunto contrário aos interesses da criança. Em recente alteração introduzida pela Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio, o legislador português indicou dois casos em que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho: quando houver sido decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou quando estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças. Não restam dúvidas de que nesses

casos o exercício conjunto das responsabilidades parentais seria contrário aos interesses da criança, impondo-se seu exercício exclusivo (artigo 1906º-A do Código Civil).

A doutrina, por sua vez, aponta algumas circunstâncias que podem justificar o exercício exclusivo das responsabilidades parentais (Melo et al., 2010):

- a prática de atos de violência doméstica;
- ter o menor nascido em consequência de gravidez subsequente a um crime de violação;
- a falta de diálogo e incapacidade dos progenitores em se relacionarem entre si;
- a recusa reiterada do progenitor não residente em entregar a criança àquele com quem reside habitualmente;
- o desinteresse por parte do progenitor não residente;
- o afastamento geográfico do progenitor não residente, sobretudo se residir no estrangeiro;
- a ausência de um dos progenitores.

Na jurisprudência portuguesa ainda se encontram decisões que privilegiam o exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais realizado em Portugal nos Tribunais de Lisboa e Braga constatou que, apesar de atualmente os casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais serem os mais frequentes, em conformidade com o regime regra estabelecido na reforma legislativa, ainda remanescem muitos casos em que foi aplicado o seu exercício exclusivo. Em Lisboa, dos 76 casos analisados, em 44 foi atribuído o exercício conjunto das responsabilidades parentais (57,9%), porém em 22 o exercício foi atribuído exclusivamente à mãe e apenas em quatro ao pai. Em Braga, dos 50 casos analisado, em apenas 16 foi atribuído o exercício conjunto das responsabilidades parentais (32%), em 22 foi atribuído exclusivamente à mãe e em apenas três ao pai. Nos resultados, observou-se que a existência de acordo foi o elemento que mais influenciou o teor das decisões: nos processos em que houveram acordo a maioria teve decretada o exercício conjunto das responsabilidades parentais (75,7%), enquanto naqueles em que não houve acordo este foi atribuído em sua maioria à mãe (65,4%) (Pedroso et al, 2014). Denota-se, portanto, que ainda existe dificuldade dos julgadores em impor o exercício conjunto das responsabilidades parentais quando não há acordo entre os progenitores, apesar da lei ter excluído tal requisito na reforma legislativa.

Nesse sentido, alguns autores (e.g., Sottomayor, 2011) defendem que o acordo entre os progenitores é condição fundamental para o sucesso do exercício conjunto das responsabilidades parentais e que a imposição judicial contra a vontade dos pais poderá provocar litígios incessantes, prejudicando o interesse da criança e, por outro lado, possibilitará ao juiz decretá-lo para evitar uma escolha difícil entre os progenitores igualmente capazes de educar a criança. Ora, se ambos os progenitores são igualmente capazes de educar e criar a criança, porque esta teria que ser privada da educação de um deles por falta de um consenso quanto ao exercício conjunto? Ao entender dessa forma, estar-se-ia esvaziando a verdadeira intenção do legislador de torná-lo um regime regra, por possibilitar a concretização do superior interesse do menor em manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores (Gomes, 2009). Além disso, estar-se-ia estimulando aquele progenitor beligerante que, por não desejar partilhar o exercício das responsabilidades parentais, procura acirrar o litígio (Brito & Gonçalves, 2013).

Nesse aspecto, para evitar o esvaziamento do lei, a recente alteração legislativa no Brasil sobre a Guarda Compartilhada, instituto equivalente às responsabilidades parentais na sua modalidade de exercício conjunto em Portugal, dispôs expressamente que “quando não houver acordo entre a mãe o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.” (artigo 1584.º, p. 2º do Código Civil) A lei anterior de 2004 previa a possibilidade do juiz decretar a guarda compartilhada porém não como regra. Com o passar dos anos, verificou-se que a sua aplicação prática esvaziou-se por falta de acordo entre os progenitores e na recente alteração legislativa foi determinado expressamente que o juiz poderia decretá-la mesmo contra a vontade de um deles.

O bom relacionamento entre os progenitores também tem sido exigido para o deferimento do exercício conjunto das responsabilidades parentais. Sottomayor (2011) sustenta que o exercício conjunto das responsabilidades parentais só terá sucesso se os progenitores revelarem capacidade de cooperação e de educar em conjunto a criança, capacidade de separar os seus conflitos interpessoais e possuírem boa relação afetiva com os filhos. Nesse mesmo sentido, Grisard (2002) afirma que

“pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos” (p. 174).

Apesar de reconhecerem que em diversos países, como Espanha, Nova Zelândia e Itália, os juízes exigem o bom entendimento entre os progenitores para aplicação do exercício conjunto das responsabilidades parentais, Brito e Gonsalves (2013) entendem que tal situação vem se alterando devido às novas legislações e aos resultados das pesquisas científicas.

Quanto aos critérios utilizados para a escolha do progenitor a quem será atribuído o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, considerando que coincidem com os critérios utilizados para a determinação da residência única, serão abordados conjuntamente numa seção posterior sobre a residência.

6.4) Desvantagens do exercício exclusivo das responsabilidades parentais

No exercício exclusivo das responsabilidades parentais o progenitor excluído é privado de participar ativamente das decisões relativas às questões de maior importância da vida dos filhos, o que afeta indubitavelmente a participação no desenvolvimento deles, mantendo apenas o direito de fiscalização e vigilância. Não são raros os casos em que este progenitor se transforma em mero espectador, provedor e recreador de finais de semana, como se todo o dia fosse dia de festa, e com o tempo vai se afastando afetivamente dos filhos, deixando para o outro progenitor as tarefas de educação e desenvolvimento dos filhos (Brito, 2002b). Por outro lado, aquele a quem foi atribuído o exercício exclusivo das responsabilidades parentais tem de assumir sozinho todas as decisões importantes para a vida do filho e não raras vezes acaba por se sentir sobrecarregado por não ter com quem compartilhar essas responsabilidades, “uma combinação esmagadora de expectativas e responsabilidades sobre os ombros de apenas um dos pais” (Hillery, 1985, p. 31).

No enfoque da criança, o exercício exclusivo das responsabilidades parentais também sofre perdas significativas que vão desde a falta de contacto com o outro progenitor, o sentimento de perda e rejeição em relação a este, e o filho passar a ver naquele progenitor alguém incapaz de gerir a sua vida ou que não lhe dá atenção e amor. São tantas as possíveis perdas sofridas pelos membros desta família que em vários países são vistos movimentos que clamam uma mudança dos modelos tradicionais de guarda (Brito, 2002a). Em Portugal muitos pais reivindicam uma maior participação na vida dos

filhos através de associações, como a Associação Portuguesa pela Igualdade Parental e Direito dos Filhos, que promove diversos estudos e conferências sobre o tema no país, defendendo a supremacia do direito da criança de conviver com ambos os progenitores após a rutura conjugal (<http://igualdadeparental.org/>) .

7) Atribuição da residência da criança

A atribuição da residência do filho é questão fundamental nos processos de regulação das responsabilidades parentais. Cada vez mais verifica-se um número maior de pais que buscam a partilha da residência dos filhos, opondo-se que sejam confiados exclusivamente às mães, o que acaba por incrementar a conflituosidade entre eles e demandar da doutrina e da jurisprudência a utilização de critérios mais objetivos para a tomada desta decisão (Nielsen, 2011).

Para o legislador português na determinação da residência do filho deve ser valorizada a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor (artigo 1906º, n.º 5 do Código Civil). A não separação dos irmãos, a vontade da criança e a continuidade das relações da criança com os membros da família são fatores também importantes a serem observados (Sottomayor, 2014). O principal critério utilizado para a escolha da residência tem sido o do progenitor de referência e o da preferência materna (Silva, 2016), especialmente em caso de menores com tenra idade, por se considerar a mãe a pessoa de referência da criança e a sua relação afetiva principal (Ferreira & Vilaro, 2007). Consoante os dados do Ministério da Justiça, em 2006, as guardas atribuídas às mulheres representaram 91% dos casos e em apenas de 3% dos casos foi atribuída a guarda conjunta (Marinho, 2010).

No âmbito do anteriormente referido estudo de L. Silva (2014), os 10 Magistrados entrevistados citaram os critérios mais utilizados por eles para a tomada de decisões acerca da residência da criança: a estabilidade (8 pessoas); a relação entre os progenitores (8 pessoas); o acordo entre os progenitores (6 pessoas); o maior envolvimento possível dos dois progenitores na vida dos filhos (6 pessoas) e a adaptação à realidade da família (5 pessoas). Consoante as perceções destes Magistrados, a modalidade de residência mais frequentemente adotada tem sido a materna, seja em virtude de acordo entre os progenitores, da vontade dos pais ou ainda da adaptação à realidade da maior parte das

famílias, nas quais a mãe é a principal cuidadora. Apenas dois Magistrados referiram perceber um aumento da frequência da adoção da residência alternada nos tribunais de família portugueses e apontaram vantagens na adoção deste modelo.

Como mencionado anteriormente, a regra atual no direito português é o exercício conjunto das responsabilidades parentais entre os progenitores. Contudo, o exercício conjunto das responsabilidades parentais não impõe a residência alternada com ambos os progenitores, podendo esta ser adotada caso os tribunais considerem ser do interesse da criança (Oliveira, 2010). Importa ressaltar que a residência alternada não impõe a divisão equitativa do tempo de convivência, mas um envolvimento equilibrado de ambos os progenitores na vida da criança (Ribeiro, 2014), com tempo de convivência não inferior a 35% com cada um deles (Nielsen, 2014).

7.1) A possibilidade jurídica da residência alternada

O legislador não consagrou expressamente na nova lei a possibilidade da fixação da residência alternada da criança com ambos os progenitores, o que fez surgir o questionamento quanto à sua admissibilidade no ordenamento jurídico português, inviabilizando acordos e constituindo a origem da pouca quantidade de decisões que contemplem a residência alternada. Esse argumento tem sido frequentemente utilizado por aqueles que negam a sua aplicação (Leal, 2014).

Contudo, tem prevalecido o entendimento de que o legislador quis atribuir ao conceito de residência um sentido mais aproximado do conceito de domicílio contido no artigo 85.º n.º 1, do Código Civil, para que seja fixada uma residência legal para os diversos efeitos jurídicos. Ao mesmo tempo, privilegia o legislador acordos que contemplem amplas oportunidades de contacto do filho com ambos os progenitores, conforme disposto no artigo 1906º, n.º 5, do Código Civil (Fialho, 2014; Leal, 2014; Silva 2016; Sottomayor, 2011). A não aceitação de um acordo nesse sentido “constituiria uma ingerência ilegítima do Estado na família e uma violação do princípio da intervenção mínima” (Leal, 2014, p. 375).

O facto do tribunal não estar sujeito a critérios de legalidade estrita, pela natureza de jurisdição voluntária do processo (artigo 1420º Código Civil), permite optar pela solução que entenda mais conveniente e oportuna ao caso concreto, inclusive a residência

alternada, se assim impuser o superior interesse da criança. Outro argumento a favor da admissibilidade da residência alternada é o direito da criança de manter relações pessoais e contactos diretos de forma regular com ambos o progenitores, previsto no artigo 9º n.º 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Leal, 2014).

A jurisprudência portuguesa também tem admitido a aplicação da residência alternada desde que sedimentada em pressupostos concretos que garantam ser a melhor solução aos interesses da criança (Silva, 2016).

7.2) A residência alternada no direito comparado

A legislação vigente em alguns dos Estados norte-americanos permite expressamente a residência alternada, que é colocada como opção aos progenitores separados, tornando regra a parentalidade partilhada, de modo que pais e mães que trabalham fora de casa utilizem a mesma quantidade de tempo a tomar conta dos filhos. A presunção da “pessoa de referência” está desaparecendo, face ao reconhecimento de que, atualmente, ambos pais e mães estão a experimentar uma sobrecarga de papéis na tentativa de harmonizar o trabalho e suas obrigações na família (Kruk, 2005). Alguns Estados, como Washington e Arizona, apresentam percentagens de residência alternada acima de 30% (Nielsen, 2015).

Na Europa, a residência alternada foi introduzida no Reino Unido pelo Children Act em 1989 e na França em 1987, e posteriormente equiparada à residência única em 2002. Na Alemanha, Irlanda, Itália, Mónaco, Noruega e Suécia também é uma opção sujeita ao acordo dos progenitores (Fialho, 2014). Na Bélgica, Dinamarca, Holanda, Suécia e França pelo menos 20% das crianças vivem em modelo de residência alternada (Nielsen, 2015). Em França o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada é a regra e já constituem 90% dos casos (Ferreira & Vilardo, 2007). Em Espanha, a jurisprudência sinaliza que a fixação da residência alternada já é uma situação comum, mesmo quando não exista acordo entre os progenitores ou exista conflito entre eles (Leal, 2014). Na Suécia tornou-se comum o exercício conjunto das responsabilidades parentais dos filhos, com a divisão equitativa do tempo da criança na casa dos progenitores, beneficiando-se do contacto igualitário com ambos. Um estudo realizado neste país com mais de 140 mil crianças e adolescentes verificou que a adaptação à dupla residência foi

positiva e que a saúde psicológica das crianças em residência alternada era melhor do que a daquelas que vivem a maior parte do tempo com apenas um dos progenitores (Tornstam, 1996).

Na Austrália a residência alternada surge como primeira opção em julho de 2006, apesar de não possuir presunção legislativa em favor da parentalidade partilhada (Parkinson, 2007).

No Brasil, a guarda compartilhada, que equivale ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, tem passado por recentes transformações legislativas para estimular a sua aplicação na prática judiciária, especialmente no tocante à desnecessidade de consenso entre os progenitores, representando um grande avanço para desmembrar a conjugalidade da parentalidade. Tal como na legislação portuguesa, a guarda compartilhada não implica na residência alternada (Brito & Gonsalves, 2013).

Em julho de 2014 foi realizada na Alemanha a primeira conferência internacional sobre o tema (“Bridging the Gap between Empirical Evidence and Socio-Legal Practice”), na qual foram apresentados alguns dos mais recentes estudos sobre o tema e promovido amplo debate sobre as melhores práticas para a implementação legislativa e psicossocial da responsabilidade parental partilhada (“shared parenting”), conceito que abrange o exercício conjunto das responsabilidades parentais e a partilha da responsabilidade pelo dia-a-dia da criação e bem-estar da criança. Na ocasião foram desenvolvidos seis consensos entre os participantes, que formaram a Declaração de Bonn, defendendo a responsabilidade parental partilhada como solução viável e benéfica para as crianças cujos pais estão vivendo separados, com aplicação inclusive às famílias em conflito, exceto nos casos de abusos de criança e violência doméstica. Dentre outros consensos, recomenda-se que a legislação de cada país permita a responsabilidade parental partilhada mesmo sem o consenso de ambos os progenitores.

7.3) Argumentos contra e a favor da residência alternada

No meio jurídico o modelo de residência da criança tem sido objeto de ferozes discussões entre os defensores deste regime, que alegam ser o modelo ideal para assegurar o vínculo entre pais e filhos após a separação e a igualdade entre os progenitores, e aqueles que se opõem a este regime, sustentando ser contrário aos interesses da criança por causar

insegurança e instabilidade emocional, insurgindo-se contra as constantes mudanças de regras a que ficam submetidas as crianças (Leal, 2014).

J. M. Silva (2014) afirma que no exercício de sua profissão de Magistrado já presenciou muitas críticas à residência alternada, como a maior exposição do menor ao conflito; a sujeição do menor a dois estilos educativos diferentes; a instabilidade causada pelas consecutivas alterações de residência e o sentimento do menor de não pertencer a nenhum lugar. Contudo, ressalta que em sua experiência forense de Magistrado não vislumbrou qualquer evidência prática de que a residência alternada seja uma solução perigosa para o desenvolvimento das crianças, contrária ao seu superior interesse. No mesmo sentido, Freitas (2014) afirma que já presenciou no Tribunal muitos casos de pais que já experimentavam a residência alternada com bons resultados, salientando que “as crianças adaptam-se e aprendem a viver deste modo, não havendo, por isso, qualquer razão para não homologar o acordo obtido” (p. 296).

A maioria da doutrina portuguesa ainda tem se revelado exageradamente cautelosa e exigente, só permitindo a partilha de residências quando ambos os progenitores, além de reunirem as condições necessárias para exercer a guarda, sejam capazes de conter a hostilidade, não a desejarem apenas com o intuito de acelerar o processo de divórcio ou reduzir o montante dos alimentos, não partilharem graves discórdias, estiverem de acordo com os valores relativos ao sustento do menor, respeitarem o papel do outro como progenitor e forem capazes de não interferir na relação deste com o menor (Sottomayor, 2011). Argumenta-se que além de constituir uma solução excepcional, a residência alternada só pode ser aplicada na existência de acordo entre os progenitores (Melo et al., 2010; Sottomayor, 2014).

Atualmente, a residência alternada dificilmente é deferida por um juiz quando os pais não estão de acordo e na maioria dos países sequer é permitido ao juiz assim fazê-lo (Ellman, Kurtz, & Weithorn, 2010, citado por Nielsen, 2013). A fixação de uma residência única em detrimento do regime de residência alternada ainda tem sido aplicada como regra nos Tribunais Superiores Portugueses (Leal, 2014), admitindo-se a residência alternada apenas quando se verifica o bom relacionamento e acordo entre os progenitores (Silva, 2014).

Vezzetti (2012) afirma que há mais de 15 anos não existe na literatura científica internacional qualquer estudo que demonstre prejuízos efetivos da residência alternada. O

mesmo autor refere que o último estudo, datado de 1999, que poderia ser interpretado como contrário a este regime, constituiu um pequeno estudo de caso e a variável avaliada foi a vinculação às figuras parentais, tendo os resultados sido considerados abaixo do nível de significância estatística. Para o pediatra italiano a crítica a essa residência alternada não tem em consideração os resultados dos estudos científicos, que demonstraram não resultar qualquer efeito negativo da partilha entre duas casas ou de modelos educacionais distintos inconsistentes. Observa, ainda, que

“existem dois grupos de interesse: um, composto principalmente por advogados e juizes, defende que a prioridade deverá ser dada à sede dos afetos e da estabilidade do lar mesmo à custa da relação quantitativa com o outro progenitor; o segundo grupo, composto principalmente por cientistas, sustenta que a prioridade deverá ser dada à continuidade e estabilidade relacional dos afetos à custa da estabilidade do lar” (p. 5).

7.4) Desconstrução dos mitos que envolvem a residência alternada

Muitos mitos e crenças influenciados por fatores culturais, oriundos do chamado senso comum, ainda aparecem como convicções em decisões judiciais e no discurso de profissionais que lidam com a separação parental. Ribeiro (2014) classifica como mitos algumas convicções que julga constituírem os principais obstáculos para alcançar o superior interesse das crianças:

- O divórcio é uma situação normal;
- A criança deve viver apenas com um progenitor para ter mais estabilidade - Mito do progenitor psicológico (Goldstein, Freud, & Solnit, 1979, citado por Ribeiro, 2014);
- A residência alternada é factor de risco por criar instabilidade na criança;
- A figura materna é a principal referência em termos de vinculação.
- Dormir em duas casas causa desequilíbrio à criança.

Outra convicção que tem sido frequentemente citada na doutrina e na jurisprudência é de que a residência alternada não pode ser aplicada enquanto perdurar o conflito entre os progenitores (Nielsen, 2011; Silva 2016).

No entanto, muitos desses mitos e crenças têm vindo a ser contestados pelos mais recentes resultados da investigação científica e desconstruídos através da experiência profissional dos envolvidos no processo de divórcio. É interessante notar, em Portugal,

uma recente mudança de paradigma entre os profissionais do direito envolvidos diretamente com a regulação das responsabilidades parentais, revendo os mitos e preconceitos que existem em relação à residência alternada. Num encontro promovido pela CEJ, em 2014, Magistrados e Procuradores relataram orgulhosamente que a experiência prática foi capaz de impulsionar e proporcionar uma mudança de convicções, passando a aceitar e vislumbrar os benefícios dos contactos contínuos e regulares com ambos os progenitores promovido pela residência alternada (Fialho, 2014; Freitas, 2014; Leal, 2014; Ribeiro, 2014; J. M. Silva, 2014).

Sem pretender esgotar o assunto, passa-se ao exame daqueles mitos que têm sido empiricamente confrontados pelas Ciências Sociais.

7.4.1) Conflito parental como impedimento à aplicação da residência alternada

A rutura do casamento constitui certamente um dos momentos mais críticos do ciclo vital, especialmente por significar a perda de um ideal de estrutura familiar de “pai - mãe - filhos” juntos. Em muitos casos envolve angústias depressivas associadas à dependência e à culpa. O divórcio, associado ao conflito parental, às dinâmicas disfuncionais e às alterações nas condições sócio-económicas, é um fator de risco em termos de desenvolvimento da criança (Ribeiro, 2014).

Não há dúvidas de que o bom relacionamento conjugal após o divórcio facilita a aproximação do pai com os filhos e propicia o desempenho conjunto dos pais na educação dos filhos (Silva & Piccinini, 2007). Contudo, quando é verificado que o ex-casal ainda não dirimiu os conflitos advindos da separação, constata-se uma forte resistência da doutrina para aceitar a aplicação do exercício conjunto das responsabilidades parentais e mais ainda da residência alternada, pressupondo, para seus implementos, o total e harmónico consenso dos pais (Madaleno, 2004).

Na maior parte dos casos verifica-se uma disputa narcísica entre os cônjuges, que atribuem ao Tribunal o poder de decisão acerca do progenitor mais competente para cuidar das crianças:

“A dependência é negada inconscientemente, uma vez que se acredita que a criança pode prescindir dos cuidados da outra parte, quando, na verdade, está sendo usada pelos pais tanto como arma para ferir o narcisismo um do outro, quanto como troféu

que garante a suposta completude do vencedor como figura parental” (Machado & Correa, 2000, p. 236). A disputa judicial da guarda exclusiva em que “o vencedor leva tudo” está fortemente associada à geração e à exacerbação do conflito parental” (Kruk, 2012).

Nielsen (2011) observa que aqueles que se posicionam contrariamente à residência alternada normalmente citam estudos realizados com famílias que apresentam um grau muito elevado de conflito, que na realidade representam a minoria dos casos julgados pelos Tribunais (cerca de apenas 10 a 15% das famílias). Aponta como exemplo o estudo realizado na Austrália por McIntosh et al. (2010), citado frequentemente na literatura para fundamentar que a partilha de residências é prejudicial para a maioria das crianças, que utilizou uma amostra não aleatória de 69 famílias com guarda partilhada, sendo que a grande maioria apresentava alto grau de conflito e apenas 16 tinham voluntariamente optado pela residência alternada, não podendo, portanto, os resultados serem generalizados para os restantes 85 a 90% dos divorciados. A autora acrescenta, ainda, que os diversos estudos apresentados há 25 a 30 anos atrás, que indicaram que muitas crianças em residência alternada voltaram a viver unicamente com a mãe, foram baseados em pequenas amostras não representativas de casais com elevado grau de conflito, sendo que muitos deles ainda discutiam a guarda judicialmente. Conclui a autora que não há qualquer evidência académica de algum mal estar dos filhos de progenitores em conflito (conflito sem violência física ou psicológica), em virtude de passarem grandes períodos de tempo com ambos os progenitores ou mesmo em regime de residência alternada, citando três décadas de estudos realizados em diversos países que demonstraram que os filhos que vivem com ambos os progenitores geralmente apresentam melhores resultados em termos comportamentais, emocionais, físicos e académicos.

Alguns investigadores defendem ser impraticável aplicar tal regime nos casos de elevado conflito parental (Jaffe, Ashbourne, & Mamo, 2010). Nestes casos, estudos demonstraram que as crianças que vivem com os dois progenitores apresentam mais probabilidade de desenvolverem níveis de desajustamento psicológico elevados e clinicamente mais significativos (Kruk, 2016).

Em entendimento contrário, há aqueles que defendem que a residência alternada aviva um sentimento de justiça, acomoda as suscetibilidades e que tem um papel conciliador: “o conflito faz parte da natureza humana e é encontrável em qualquer situação,

ou em qualquer fórmula, por mais perfeita (se é que existe perfeição) que ela se revele” (Leite, 2003, p.283). Portanto, o conflito entre os progenitores prejudicará os filhos qualquer que seja o modelo de residência utilizado ou mesmo numa família intacta.

No mesmo sentido, Silva (2005) pondera que, se os progenitores não se entendem a residência única também não funciona, inviabilizando as visitas e acarretando, por consequência, um afastamento do progenitor não residente. Conclui que, mesmo havendo conflito, o exercício conjunto das responsabilidades parentais e a residência alternada, em termos psicológicos, é a melhor solução para os filhos. Se o divórcio ocorre entre os progenitores e não entre estes e os filhos, o conflito não deve ser justificativa para não garantir a convivência familiar das crianças de serem educados e de o seu desenvolvimento ser acompanhado por ambos (Pereira, 2005; Silva, 2005). Porém, há unanimidade de que nos casos de violência ou abuso tal regime não deverá ser aplicado (Kruk, 2012).

Estudos comparando o relacionamento pós-divórcio entre progenitores com residência única e residência alternada demonstraram não haver diferença significativa na redução do conflito parental (Kaspiew et al., 2009; Spruijt & Guindam, 2010). O grau de conflito entre os progenitores influencia de forma negativa o relacionamento parental em qualquer modalidade de convivência, pois reflete baixos níveis de tolerância para lidar com as necessidades dos filhos (Amato, Loomis, & Booth, 1995). Nesse sentido, Nielsen (2011) ressalta que em qualquer tipo de relacionamento, sejam casados, sejam divorciados com residência única ou alternada, os progenitores não estão livres de conflitos. Além disso, após revisão de mais de 15 estudos sobre o tema, concluiu existir um consenso entre os estudiosos de que o conflito parental não pode ser usado para limitar a quantidade de tempo que a criança passa com o outro progenitor após o divórcio. O estudo de metanálise ainda apontou que com a residência alternada o conflito manteve-se em 59% das situações, diminuiu em 40% e em apenas 1% aumentou. Conclui a autora que, embora um relacionamento amigável facilite a residência alternada, não é necessário haver um relacionamento cooperativo e livre de conflitos para que a guarda conjunta funcione.

Interessantes descobertas do estudo de metanálise realizada por Bauserman (2002) foram a constatação de benefícios da residência alternada no bem-estar das crianças independente do conflito parental, bem como de que os casais que partilhavam a residência dos filhos apresentavam baixos níveis de conflito. De facto, os progenitores tendem a colaborar com o passar do tempo quando estão partilhando a responsabilidade pelos filhos

e dificilmente colaboram quando estes estão colocados a residir exclusivamente com um dos progenitores (Vezzetti, 2012). A disputa judicial pela guarda exclusiva constitui um factor de risco para o aumento do conflito, com um aparente vencedor e outro perdedor, deixando a criança ainda mais exposta e vulnerável (Silva, 2016).

Outra questão relevante diz respeito à quantidade de tempo aconselhável da criança com cada progenitor nos casos de elevado conflito parental. O estudo de Fabricius e Luecken (2007) revelou que mais tempo com o progenitor não guardião foi benéfico para as crianças, tanto em famílias com pouco conflito como em famílias com conflito elevado, e que o conflito entre os progenitores mostrou-se negativo para as crianças, quer passassem muito ou pouco tempo com o progenitor não residente. Posteriormente, Fabricius, Braver e Diaz (2011) verificaram que o relacionamento contínuo da criança com ambos os progenitores pode combater os efeitos prejudiciais do conflito parental e que a limitação da convivência com os progenitores quando há conflito torna as crianças duplamente vulneráveis a problemas de saúde física e mental.

Kruk (2012) apresenta 16 vantagens que sustentam a presunção da responsabilidade parental partilhada, através do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada. Dentre elas, confirma que diminui o conflito parental e previne a violência na família; reduz a atenção parental centrada na quantificação do tempo e diminui a litigância; incentiva a negociação, a mediação inter-parental e o desenvolvimento de acordos de exercício das responsabilidades parentais, além de reduzir o risco e a incidência da alienação parental.

J. M. Silva (2014, 2016) afirma que a experiência forense revela de forma esmagadora que a residência alternada diminui o conflito entre os progenitores e estabelece uma nova plataforma relacional tendencialmente positiva, tornando-os mais preparados para assumirem a responsabilidade de serem pais, ao contrário das residências únicas que tendem a agravar ou a manter os conflitos originados na separação conjugal.

Num estudo recente, Marinho (2012) observa que a maior parte dos estudos indicam que os problemas vivenciados pelas crianças após a rutura do relacionamento do casal advêm do conflito dos progenitores e não da divisão do tempo entre eles. O bem-estar e o interesse das crianças são afetados pelo conflito entre os progenitores, considerando-o devastador para as crianças. Em sua investigação, a socióloga cita um caso de residência alternada em que, apesar dos progenitores não se comunicarem, a filha de 15 anos

encontrava-se bem adaptada ao regime instituído desde os 2 anos de idade. A convivência assídua, segura e gratificante com ambos os progenitores é um dos mais consistentes preditores do ajustamento global da criança à separação (Lamb & Lewis, 2005; Thompson, 2006, citado por Ribeiro, 2014).

Constata-se, assim, que o conflito parental é sempre prejudicial para as crianças, qualquer que seja o regime adotado, não havendo razões para justificar a escolha da residência única ou alternada com base na situação de conflito, até porque, como observou Nielsen (2013) os estudos científicos apontam para o facto de o conflito tender a diminuir passados 12 a 24 meses da separação. Para Kruk (2012), ao invés de aceitar que o elevado conflito é inevitável, o objetivo deve ser reduzir o nível de conflito após o divórcio através da mediação familiar, dos programas de educação parental, dentre outros serviços especializados.

7.4.2) Necessidade dos progenitores estarem de acordo para aplicação da residência alternada

Outro mito que vem se consolidando atualmente e recebe o apoio de grande parte da doutrina, entendendo, inclusive, que seria um requisito para sua aplicação, é de que os progenitores têm de estar de acordo para a residência alternada funcionar. Contudo, estudos científicos revelaram que em casos de aplicação da residência alternada 50% a 80% dos progenitores não concordou inicialmente com a fixação deste regime (Nielsen, 2013). Assim, exigir o acordo seria esvaziar o referido instituto, já que geralmente um ou ambos os progenitores tendem a não concordar com a sua aplicação para impedir que seja fixada a residência alternada. Foi constatado que mais de 50% das mães com residência única tem atitudes negativas perante a residência alternada, enquanto que 70 a 75% dos pais não residentes tem atitudes positivas face a esse modelo de residência (Smyth & Weston, 2004).

Leal (2014) entende que o desacordo ou o mau relacionamento entre os progenitores não deveria constituir um pressuposto para a aplicação da residência alternada, embora seja discutível em caso de elevado conflito. Ademais, se o juiz deve ficar adstrito ao princípio do superior interesse da criança, impõe-se que ele decida pela

aplicação da residência alternada quando vislumbrar que seja do interesse da criança no caso concreto, independente dos pais estarem de acordo.

7.4.3) Instabilidade da criança na alternância de residências

A proteção da estabilidade da criança é o argumento mais utilizado para se negar a aplicação da residência alternada (Leal, 2014). Frequentemente citado na literatura até os dias de hoje, o estudo realizado por Goldstein, Freud e Solnit (1973, citado por Tornstam, 1996), insurgiu-se contra a constante mudança de casa entre os progenitores, argumentando que poderia criar confusão, perda do sentimento de pertença, conflitos de lealdade, etc., utilizando-se, para tal embasamento, um raciocínio lógico e teórico, porém não científico. Assim, até hoje, a maioria dos doutrinadores que se insurge contra a residência alternada fundamenta que a constante troca de lares acarreta incertezas e problemas psicológicos para as crianças, com prejuízos da necessária estabilidade para o seu desenvolvimento, face à perda de referencial da criança (Vezzetti, 2012).

Nesse sentido, Sottomayor (2011) defende que a necessidade de constantes adaptações a dois modos de vida diferentes reflete-se negativamente na formação de personalidade dos menores, podendo trazer inconvenientes graves para a criança pela instabilidade que cria na sua situação de vida e pelas repetidas separações de cada um dos progenitores, causadas pela constante mudança de residência. Para a autora, a residência alternada satisfaria os interesses dos pais, sacrificando o interesse dos filhos.

Contudo, nem sempre diferenças na rotina e nas regras educativas serão negativas para a criança e geri-las faz parte de seu crescimento. Tais diferenças existiriam mesmo se os progenitores estivessem juntos e a alternância das casas ocorreria em qualquer dos modelos de residência adotado, como ocorre por exemplo nas visitas em caso de residência única (Fialho, 2014; Freitas, 2014). Por outro lado, a mudança de rotinas e amigos tem sido considerado atualmente uma experiência enriquecedora na vida das crianças (Silva, 2016).

Numa investigação realizada com crianças que vivem em residência alternada, Silva (2005) constatou a boa adaptação das crianças na construção de vínculos com os dois lares, bem como a diminuição do conflito entre os progenitores. Ao considerar que a alternância é apenas de casa, não existiria a perda do referencial de lar, já que os vínculos com os dois lares seriam fortalecidos. O vínculo que deve ser protegido é o vínculo da

criança com os seus progenitores e não com o espaço físico da casa. “A criança tem dois espaços físicos a que chama casa e tem o pai e a mãe, em doses reduzidas de tempo, é certo, mas emocionalmente por inteiro, pois partilha as pequenas e as grandes coisas com ambos, no período de tempo que passa com esse progenitor” (Freitas, 2014, p. 296-297).

Na sociedade atual, verifica-se uma grande flexibilização dos lugares em que a criança passa o dia e pernoita, podendo ter mais de uma residência, já que frequenta a creche ou escola durante o dia e a casa dos avós ou outros parentes à noite, fica alguns dias na casa da mãe e outros na casa do pai (Ferreira & Vilardo, 2007). A alternância de casas promove a consolidação do vínculo e a estabilidade da criança, que depende mais da natureza dos vínculos e das oportunidades de partilha que do espaço físico. A vinculação é construída a partir de repetidas interações com os progenitores, de forma regular e contínua (Silva, 2016) e, sendo um laço afetivo que perdura no tempo através de um processo dinâmico, é importante que a figura paterna e materna permaneçam significativamente envolvidas nos atos da vida corrente da criança, passando ambos a serem figuras de vinculação (Ribeiro, 2014).

Como bem observa Ribeiro (2014), as principais dificuldades advindas do regime de residência alternada são originadas da atitude e comportamento dos adultos, como problemas de comunicação, elevadas diferenças de estilos educativos, dificuldades logísticas, dentre outros, e não de dificuldades de adaptação da criança à alternância de residências.

7.4.4) Preferência materna na tenra idade da criança

Muito se discute a respeito da idade da criança para decidir que modalidade de residência atenderá aos seus interesses. A maioria da doutrina e também a jurisprudência entendem que no caso de criança de tenra idade não deve ser aplicada a residência alternada face à instabilidade emocional causada. A Declaração dos Direitos da Criança Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959, no Princípio 6.º consagrava uma presunção legal de preferência maternal para crianças de tenra idade, o que ajudou a consolidar o paradigma cultural da vocação natural das mulheres para cuidar das crianças pequenas, norma que só foi revogada pela Lei 61/2008 de 31 de outubro (Silva, 2016). Estabeleceu-se na sociedade,

desde então, o mito da maternidade, que cria a presunção natural que as crianças com menos de três anos não podem estar afastadas das suas mães (Badinter, 1995). Silva (2016) afirma que, apesar de não ser mais encontrado de forma expressa nas decisões dos Tribunais de Relação, o critério da preferência materna ainda se encontra presente no inconsciente do julgador, influenciando as decisões, constituindo-se um estereótipo inerente à condição de mulher cuidadora incorporada no inconsciente social. Aduz, ainda, ter constatado positivas experiências da residência alternada mesmo em crianças de tenra idade, com apenas 3 meses.

Muitos autores compartilham do entendimento de que residência alternada pode ter inconvenientes ou trazer prejuízo à criança ou ao jovem em fases específicas da sua vida. Quando pequenas, poderia comprometer a sua estabilidade e segurança, quando mais velhas, poderia desorganizar a rotina pessoal e escolar, e quando adolescente poderiam sentir a troca de casa como uma restrição de sua liberdade de escolher (Vasconcelos, 2014). Sottomayor (2014), defensora contumaz do critério da preferência materna em crianças de tenra idade, cita a já revogada Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 para justificar que crianças em idade pré-escolar, especialmente antes dos 4 anos, não devem estar sujeitas a um regime de residência alternada por ensejar uma desorganização da vinculação com ambos os progenitores. As repetidas separações da pessoa de referência seriam causadoras de traumatismo maior para a criança do que a redução do contacto com o progenitor não residente e assim deveriam ser evitados longos períodos de separação da criança em relação à figura de vinculação principal. Em relação às crianças entre os 4 e os 10 anos, quando há conflitos entre os pais, também não seria indicada a residência alternada em virtude dos inconvenientes para a estabilidade e a saúde física e psíquica da criança. Neste aspecto, a psicanalista francesa Françoise Dolto (1989) sustenta que quanto menor for a criança mais ela sente a separação dos pais, sendo indispensável a presença materna até aos três anos de idade, e depois dos cinco anos a presença masculina também torna-se essencial para identificação sexual de criança, concluindo que a garantia de um bom desenvolvimento para a criança é ter segurança, afeto e a confiança em cada um dos progenitores.

Ribeiro (2014), apesar de classificar como mito a instabilidade da criança na residência alternada, sustenta que a afirmação apenas procede relativamente a crianças com idade inferior a 18 meses. Já J. M. Silva (2014) entende que crianças a partir dos 6 meses,

já que antes disso por conta da amamentação não seria aconselhável, já tem condições de viver em residência alternada e considera que a vinculação com ambos os progenitores deve obrigatoriamente ser estabelecida nos primeiros anos de vida, ressalvando, apenas, que não é aconselhável a fixação de intervalos superiores a 72 horas para evitar que a criança se sinta abandonada e insegura. A criança de apenas um ano de idade já possui condições de se afastar do lar, pernoitar em outra casa ou ficar todo o dia numa escolinha, sendo que quando esse processo de socialização começa cedo ajuda a torná-la um adulto saudável. Por outro lado, para a criança de tenra idade, 15 dias podem significar tempo suficiente para gerar na criança o sentimento de medo do abandono (Silva, 2005).

Atualmente, a Psicologia não mais aceita o mito de que as necessidades de vinculação segura das crianças depende mais da presença da mãe que do pai (Silva, 2016). A maternidade e a paternidade constituem importantes elementos para a construção de uma identidade social positiva da criança. Essa complementaridade de características, habilidades e perspectivas diferenciadas que os progenitores proporcionam aos diversos estágios do aprendizado revelam a importância da presença de ambos na vida da criança, proporcionando-lhe tudo o que necessita para um desenvolvimento saudável (Wallerstein & Kelly, 1998).

Constata-se, portanto, que no plano psicológico a criança necessita da referência tanto da figura feminina como masculina e de cuidados parentais contínuos nas diversas etapas do seu desenvolvimento. A preferência materna na atribuição da residência, fundamentada no entendimento de que esta seria dotada de sentimento afetivo inato, já que abrigava o filho desde a concepção, encontra-se em processo de superação pelo princípio do superior interesse da criança. Na sociedade contemporânea, ao aceitar que a mulher conquistou importantes espaços na sociedade, sobretudo no mercado de trabalho, e que o exercício das tarefas domésticas pelo homem não mais é visto como reprovável, coloca ambos em absoluta igualdade de condições para o exercício das responsabilidades parentais (Lauria, 2002).

7.5) Argumentos a favor da residência alternada

Atualmente, apesar de ainda se constatar pouca aplicação prática do regime da residência alternada pelo Tribunais Portugueses, não são poucas as vantagens apontadas na

adoção deste regime e os benefícios experimentados por aqueles que vivenciaram a sua experiência. Silva (2016) revela que a experiência forense lhe demonstrou que, diferentemente dos mitos e preconceitos existentes, a residência alternada consagra o direito da criança ter ambos os progenitores presentes em sua vida, afasta o conflito parental e mantém os pais responsáveis e envolvidos na vida dos filhos, impedindo abandonos parentais e, possibilita, portanto, alcançar o superior interesse da criança no caso concreto.

7.5.1) Manutenção do vínculo afetivo com ambos os progenitores

Apesar de ser necessário certo esforço inicial dos progenitores para a adaptação da criança a dois lares, é preciso respeitar os vínculos afetivos com ambos os progenitores (Poussin & Lamy ,2005). Parish (1987) identificou efeitos psicológicos negativos em crianças que foram afastadas parcial ou totalmente do pai após o divórcio, como fraca adaptação social, ansiedade, problemas escolares e auto-imagem debilitada. Afastar a criança do progenitor não residente significa comprometer e enfraquecer os vínculos afetivos entre eles, constituindo uma perda irreparável e um profundo mau trato para a criança, já que as relações de vinculação conferem segurança e impedem a síndrome de rejeição e consequentes problemas de auto-estima. A dor psicológica da rejeição, ao contrário da dor física, perdura por anos e acaba por influenciar a personalidade da criança, tornando-as muitas vezes mais ansiosas, inseguras e agressivas (Silva, 2016).

A presença de ambos os progenitores tem sido apontada pela literatura como fundamental para a formação da criança e do adolescente (Nielsen, 2011). Por outro lado, a falta de tempo e de dedicação dos pais, que resulta na falta de atenção sentida pelos filhos, é um fator apontado como prejudicial à qualidade da relação pais-filhos (Warren & Johnson, 1995). Neste aspecto, argumenta-se que a residência alternada acaba por minimizar os efeitos negativos da separação, ao evitar que o progenitor não residente se acomode e delegue a responsabilidade pela educação e acompanhamento dos filhos ao outro, ainda que o exercício das responsabilidades parentais seja conjunto, e ao proporcionar a proximidade dos filhos com os pais diminui o sentimento de perda pela separação (Leal, 2014).

Um grande marco no mundo científico sobre o presente tema foi o estudo desenvolvido por Bauserman (2002) que compara a adaptação ao divórcio das crianças em regime de residência alternada com aquelas em regime de residência única. A análise abrangeu 1.846 crianças em residência única e 814 crianças em residência alternada no período de tempo compreendido entre 1982 e 1999. Revelou o estudo que as crianças de famílias divorciadas que vivem ou passam consideráveis períodos de tempo com ambos os progenitores tiveram melhor adaptação comportamental e emocional, apresentaram menos problemas emocionais e comportamentais, maior auto-estima, melhores relações familiares e melhor desempenho escolar que as crianças que viviam e interagiam com apenas um dos progenitores. Além disso, essas crianças encontravam-se tão bem adaptadas quanto as crianças de famílias intactas. Estabeleceu-se, portanto, uma correlação entre a residência alternada e a saúde mental das crianças.

Estudos científicos realizados na América do Norte revelaram que a maioria das pessoas que passou por um processo de divórcio acredita que as crianças devem viver tempos equivalentes com ambos os progenitores. Numa votação ocorrida em Massachusetts, 85% dos eleitores (correspondente a 530.000 pessoas) manifestaram-se no sentido de que as crianças devem viver igualmente com cada progenitor após o divórcio (Fatherhood Coalition, 2004). Em pesquisa realizada no Arizona, 80% a 90% dos entrevistados acreditavam na residência alternada como melhor arranjo familiar após o divórcio, e num posterior estudo com 375 pessoas também foi eleita por 67% dos entrevistados como aquele regime que melhor atende aos interesses da criança (Braver, Ellman, Votruba, & Fabricius, 2011).

A este propósito, Nielsen (2011) constatou que a maioria das crianças quer conviver com ambos os progenitores e cita que diversos estudos científicos realizados sugerem que a residência alternada possa ser associada a resultados iguais ou melhores para as crianças que a residência única materna, sobretudo por proporcionar vínculos mais fortes e resistentes entre as crianças e seus progenitores.

Numa interessante investigação realizada com 1030 estudantes universitários, filhos de pais divorciados antes dos 16 anos de idade, dentre os quais aproximadamente 400 viviam em residência alternada, Fabricius, Diaz e Braver (2011) concluíram que quanto mais dias por mês os filhos passavam juntos com o progenitor, mais positivo avaliavam o seu relacionamento presente com este.

Outros estudos de meta-análise mais recentes concluem que as crianças em residência alternada relatam melhores níveis de bem-estar emocional e ajuste social do que aquelas que vivem apenas com um dos progenitores, assim como possuem um contacto mais próximo e positivo com o progenitor que as crianças em residência única (Brown, 2008; Spruijt, 2010; Nielsen 2011; Nielsen, 2013). Além disso, possuem menos problemas psicossomáticos relacionados com o stresse (Bergstrom, 2014, citado por Silva, 2016).

7.5.2) Principal instrumento contra a prática da alienação parental

O progenitor residente acaba por ter muito mais ascendência sobre o filho, permitindo controlar e manobrar a vontade deste. Muitas vezes essa superioridade é usada para que o filho se afaste e acabe por recusar estar com o outro progenitor, situações que consolidam a alienação parental (Leal, 2014). Segundo Kruk (2012), a alienação parental consiste em ações praticadas por um progenitor, intencionalmente ou não, para afastar a criança do outro e envolve a programação da criança para escolher um dos progenitores e rejeitar, denegrir e odiar o outro, numa tentativa de minar e enfraquecer o relacionamento da criança com este progenitor, o que resulta em uma significativa desigualdade dos arranjos parentais entre os progenitores da criança. Para o pesquisador, a alienação parental constitui um verdadeiro abuso do direito da criança e deve ser evitado veementemente. A falta de flexibilidade nos contactos, as tentativas de enfraquecer, controlar ou excluir o contacto com o outro genitor por meio da recusa de informações sobre o filho ou da desvalorização da imagem são exemplos de comportamentos de desqualificação parental (Amato, 2005).

Muitos estudiosos sobre o tema consideram a residência alternada um eficaz instrumento contra a alienação parental, ao colocar ambos os progenitores em um situação de paridade, alienação esta considerada uma das desvantagens e perigos da residência única (Brito & Gonsalves, 2013; Fialho 2014; Kruk, 2012; Leal, 2014; Rodrigues, 2010).

7.5.3) Promoção da igualdade entre os progenitores

Atualmente, homens e mulheres valorizam cada vez mais a família, o trabalho e seus respectivos papéis. Observa-se homens participando das atividades familiares e as

mulheres participando do mercado de trabalho, o que faz da conciliação entre as exigências das duas esferas um imperativo da sociedade contemporânea para desenvolver famílias, empresas e sociedades saudáveis e produtivas. Um novo modelo de divisão das responsabilidades familiares em relação aos filhos, que se baseie no conceito de corresponsabilidade social pelas atividades de cuidado, é considerado essencial para o alcance da igualdade entre homens e mulheres (Zamagni & Zamagni, 2014).

Nesse sentido, a residência alternada, ao permitir que ambos os progenitores participem ativamente da vida dos filhos, com uma distribuição mais equitativa de responsabilidades entre eles, constitui-se um fator facilitador para promover a igualdade de direitos e responsabilidades entre os progenitores, consagrada pelo artigo 36º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (Leal, 2014). A residência única, excluindo um dos progenitores de ter um envolvimento mais ativo na vida dos filhos acaba por reforçar os papéis de género e a distribuição tradicional de tarefas entre homens e mulheres (Zamagni & Zamagni, 2014).

7.5.4) Redução do conflito parental

Como já afirmado anteriormente, diversos estudos científicos mais recentes têm tido enfoque na investigação do conflito conjugal e da sua influência na adaptação da família à separação conjugal. Os resultados desses estudos demonstraram que a residência alternada tem proporcionado a redução e até o afastamento do conflito entre os progenitores por propiciar que ambos ocupem uma mesma posição de igualdade na educação e criação dos filhos (Kruk, 2012). A proximidade com os filhos diminui o sentimento de perda causado pela residência única. Por outro lado, a disputa pela guarda física dos filhos nos casos de residência única tem agravado o conflito conjugal, prejudicando o bem estar e desenvolvimento saudável da criança (Leal, 2014; Nielsen, 2011; Silva 2016).

7.6) Casos em que não deve ser aplicada a residência alternada

Não há um modelo que seja apontado como o melhor para todos os casos, devendo ser sempre perseguido em primeiro lugar o superior interesse da criança. Assim, a

residência alternada é, tal como outros regimes, apropriado a determinadas situações e inadequado noutras (Ribeiro, 2014).

A literatura científica tem apontado algumas situações em que deve ser evitada a aplicação da residência alternada, por não atenderem aos interesses da criança, como as situações de violência doméstica, de agressões físicas e de abusos contra a criança (Kruk, 2016). A doutrina acrescenta os casos em que for verificada a existência de situações de perigo na casa de um dos progenitores, o desinteresse da criança por um de seus progenitores, a distância entre as duas residências, e ainda a vontade manifestada por um dos progenitores de não ter a residência do filho (Leal, 2014). Por analogia, impõe-se, ainda, aplicar as mesmas causas legais previstas no artigo 1906.º-A do Código Civil que inviabilizam a aplicação do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

7.7) Implicações práticas da residência única

7.7.1) Escolha do progenitor residente

Inevitavelmente, ao decretar a residência única o Magistrado terá que escolher com qual dos progenitores irá residir a criança. Um dos pontos mais discutidos ao se tratar do presente tema é o caso de ambos os progenitores possuírem capacidade para exercer as responsabilidades parentais e apenas um deles ser atribuído o seu exercício exclusivo e a residência da criança, vigorando em muitos casos o critério de escolha daquele progenitor que reúne as melhores condições de criar e educar os filhos. Brito (1999) observa que no decorrer das últimas décadas diversos foram os entendimentos aplicados para a avaliação do melhor progenitor, a quem era atribuído o exercício exclusivo das responsabilidades parentais e consequentemente a residência, em nome do superior interesse da criança. Essa visão contribuía para equiparar a separação conjugal à parental, rompendo-se ambos os vínculos com a rutura do relacionamento, já que haveria a escolha de apenas um deles para permanecer com a criança. Nesses casos, além de restringir o direito da criança à alternativa parental, não incentiva a possibilidade de ambos os progenitores assumirem o seu lugar no desenvolvimento dos filhos (Brito, 2002b).

Diversos estudos já reafirmaram o despropósito da busca do melhor progenitor para permanecer com os filhos (Villeneuve, 1994, citado por Brito, 2002b; Wallerstein & Kelly,

1998). A principal crítica contra a aplicação deste critério é o facto de fomentar na disputa da guarda o confronto entre os progenitores, que buscam a desqualificação um do outro, ao mesmo tempo que tentam provar as suas competências através de um verdadeiro duelo de habilidades, resultando sempre em um ganhador e um perdedor; “os detalhes do cotidiano de qualquer família (como a falta do corte de unhas ou o esquecimento do material escolar) são pinçados e magnificados sob uma lente de aumento” (Ramos e Shaine, 1994, p. 11, citado por Brito, 2002b). Posteriormente, o eleito, numa díade que tende a qualificar por extremos, provavelmente vai se classificar como melhor cuidador e desqualificar o outro progenitor para explicar aos filhos o que foi decidido.

Por tais razões, o critério de escolha do progenitor de melhor capacidade acaba por contribuir para o incremento do conflito e das angústias, com repercussões nefastas aos envolvidos, e sob o argumento de confrontar a recomendação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que confere o direito da criança de ser educado por pai e mãe, foi abolido por diversos países como a França, Suécia e Inglaterra (Brito, 2002b).

Para Sottomayor (2011, 2014), caso ambos os progenitores apresentem as mesmas condições, deve-se buscar aquele que representa a figura de referência para o menor, com base na doutrina do “cuidador principal” ou “primary caretaker” surgida nos Estados Unidos da América em 1981, o que para muitos autores também não seria o critério adequado. Neste aspecto, Oliveira (2011) relata alguns inconvenientes citados pela literatura científica como a dificuldade de avaliar a figura primária de referência quando ambos os progenitores foram importantes em fases distintas na vida da criança; o facto do cuidador principal não admitir as relações da criança com outro progenitor; a dificuldade de se avaliar a dinâmica e as razões de funcionamento das partilhas de responsabilidade e cuidados com a criança durante o casamento.

Num estudo realizado com filhos de pais separados, Brito (1999) constatou que nos casos de separações litigiosas a tendência dos filhos é criar uma forte aliança com o progenitor guardião, a quem percebem de maneira mais positiva, independente da coincidência do sexo, e representar o outro como um vilão, especialmente a partir do segundo ano de separação. Foi observado, ainda, que essa forte vinculação com o guardião ocorreu com mais frequência na tenra idade, a quem, pela idade, só eram permitidas visitas esparsas ao outro progenitor, o que naturalmente contribuía para o seu afastamento. A psicóloga defende o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência

alternada como instrumento para evitar o afastamento do progenitor não guardião e a formação das alianças com o guardião. Pondera, ainda, que por ter sido frequentemente constatado o estabelecimento de alianças com o progenitor guardião, as técnicas psicológicas para avaliar a figura de apego da criança ou considerar a preferência expressa pela criança seria semelhante à brincadeira infantil de “cabra cega” na qual, com os olhos vendados, procura-se a esmo acertar ao alvo.

7.7.2) Perda de convívio com o progenitor não residente

Uma grande dificuldade que pode surgir com a residência única é o facto do progenitor que não reside com os filhos se sentir afastado do quotidiano destes, enquanto o outro se avalia com maiores atribuições no cuidado e educação da prole. A manutenção da relação e do vínculo entre pais e filhos ocorre através de um contacto frequente, reconhecendo o direito das crianças à convivência familiar (Bruno, 2003; Pereira, 2003; Leal 2014).

As crianças são amplamente beneficiadas quando os ambos os progenitores, após o divórcio, são ativamente engajados na rotina das atividades diárias das crianças (Amato & Dorius, 2010). Assim, restringir o tempo de convivência com o progenitor aos fins-de-semana ou a visitas esporádicas durante a semana não favorecem a criação de um vínculo forte entre eles. Os atos da vida corrente como cozinhar juntos, estudar, ir às compras e realizar tarefas juntos são importantes para manter a qualidade do relacionamento (Lamb, Stemberg, & Thompson, 1997) e para proporcionar uma melhor adaptação ao divórcio (Ahrons, 2007). Uma meta-análise de 35 estudos realizadas a partir da década de 90, que comparou as diferenças entre o bem-estar das crianças de pais divorciados e de famílias intactas, concluiu que a maioria dos relacionamentos dos filhos com seus pais enfraqueceram ou deixaram de existir após a separação dos progenitores, o que reforça a suposição de que os vínculos entre pais e filhos seriam mais fortes se eles passassem mais de 35% do tempo juntos após o divórcio (Reifman et al., 2001).

7.7.3) Aspectos financeiros

No atual contexto de grave crise económica que Portugal atravessa é crescente o

número de incidentes de incumprimento pelo não pagamento da pensão de alimentos protocolados nos Tribunais de Família (Ministério da Justiça, 2006). Independentemente de estar ou não com a guarda física dos filhos, os progenitores têm o dever de sustentá-los, tratando-se de um cuidado e responsabilidade para com eles.

Brown (2001) aponta que o dinheiro se torna a maior fonte de poder no processo de divórcio, especialmente quando os homens detêm o controle financeiro. Assim, torna-se relevante verificar como os progenitores lidam com a questão financeira dos gastos relativos aos filhos e como a residência alternada pode minimizar as dificuldades inerentes ao pagamento da pensão de alimentos pelo progenitor não residente.

Na residência única, a ausência de participação efectiva na vida do filho faz com que o progenitor não residente acabe por se afastar do filho com o passar dos anos (Leal, 2014). Ao ser afastado do convívio com os filhos, este progenitor frequentemente se desmotiva em relação ao pagamento da pensão de alimentos, sendo essa uma significativa desvantagem da residência única (Nichols & Schwartz, 2007). Nesta mesma linha de raciocínio, Braver, Fabricius e Ellmanet (2008) demonstraram que quando os pais compartilhavam a educação dos filhos, a cooperação entre o ex-casal aumentava e o cumprimento do acordo de manutenção das despesas da criança subia para 97%.

7.7.4) Desigualdade na partilha de responsabilidades pelo cuidado diário dos filhos

Numa sociedade em que os valores de pensões de alimentos geralmente estão abaixo das reais necessidades das crianças, a residência alternada permite atenuar os efeitos decorrentes da denominada “feminização da pobreza nas famílias monoparentais”. Além disso, permite a cada um dos progenitores dispor de um tempo para a sua realização individual, os denominados “child-free moments” (Fialho, 2014, p. 270).

Importante questão salientada pelos estudo sociais é o facto da partilha igualitária dos tempos da criança ensejar que ambos os progenitores também partilhem os encargos decorrentes do sustento e educação dos filhos. Com a divisão do tempo de cuidado com os filhos, a residência alternada promove uma equiparação do tempo da vida profissional e pessoal de ambos os progenitores, evitando que após a rutura do relacionamento os filhos se tornem a única razão de viver para superar a dor da separação (Leal, 2014). De facto, os

progenitores que partilham a guarda física dos filhos sentem-se menos sobrecarregados e menos estressados que outros pais divorciados (Luepnitz, 1991, citado por Nielsen, 2011).

7.7.5) Feminização da pobreza nas famílias monoparentais

O aumento do número de famílias monoparentais, como resultado sobretudo do aumento das ruturas conjugais, é um acontecimento demográfico relevante em Portugal nas últimas décadas (Aboim, 2014). Nos últimos 10 anos constatou-se um aumento bastante acentuado do número absoluto e relativo de famílias monoparentais em Portugal. Os Censos 2011 indicam 480 mil famílias monoparentais, sendo 86% constituídas por mães e filhos (INE, 2013). Importante ressaltar que os dados dos Censos não diferenciam os casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, os quais formariam dois núcleos monoparentais, e portanto, nestes casos, atualmente são contabilizados apenas um núcleo monoparental (INE 2013).

O conceito de família monoparental utilizado em dados estatísticos é mais abrangente que aquele utilizado pela sociologia da família, incluindo pais e mães sós com filhos de qualquer idade e, também, com situações diversas em termos de estado civil, o que impossibilita distinguir as famílias monoparentais quanto ao tipo de co-residência com os filhos e ainda as relações parentais envolvidas (Marinho, 2014). Em sociologia da família e nos estudos de política social, refere-se a uma mãe ou um pai a viver sem cônjuge e com filhos dependentes (crianças ou jovens adultos solteiros), sendo esta a definição encontrada nos estudos sobre o funcionamento e as consequências da monoparentalidade (Wall, 2003).

A monoparentalidade em Portugal é uma situação vivida essencialmente no feminino, sendo resultado especialmente da predominância da residência materna, o que tem sido fortemente apontado pela literatura como uma relevante questão social, por acentuar a desigualdade dos géneros e andar na contra-mão das recentes alterações legislativas (Aboim, 2014). Por se tratar em sua maioria de mães sós com crianças, são em geral famílias mais “vulneráveis”, quer no plano económico, quer do ponto de vista dos cuidados prestados às crianças, e, por isso, tem sido alvo de interesse de investigadores e também das políticas públicas de apoio à família (Wall, 2003). A vulnerabilidade é agravada pela posição desprivilegiada no mercado de trabalho quando comparada aos

homens, tais como baixos salários, reduzida oferta de oportunidades de trabalho, alta taxa de desemprego, e pela inexistência de políticas públicas direcionadas ao apoio das famílias monoparentais (Lavinias & Nicoll, 2006).

Em estudo realizado em 2010 em Portugal com ênfase nos processos de regulação de responsabilidades parentais as mulheres apresentavam uma condição sócioeconómica desfavorável em relação aos homens, além de terem maioritariamente as crianças sob a sua guarda (Pedroso et al., 2014). Essa situação de fragilidade económica das mulheres na rutura conjugal, conjugada com o facto de ficarem mais sobrecarregadas com o sustento das crianças e dependentes das prestações alimentares, acaba por perpetuar a subalternização de seu papel na família e na sociedade (Bravo, 2007). O reconhecimento dessa vulnerabilidade das famílias monoparentais enquanto grupo em risco de pobreza demanda a importância de serem implementadas medidas de política social destinada a apoiar estas famílias. Esta crescente feminização da monoparentalidade indica que persiste na sociedade a crença de que homens e mulheres ainda exercem as funções e papéis tradicionais de género, impondo um amplo debate sobre essa questão na sociologia contemporânea.

7.7.6) Dificuldades na harmonização da vida familiar e profissional

A crescente participação da mulher no mercado de trabalho remunerado, associado ao aumento do número de famílias monoparentais, implicou mudanças na organização e estrutura familiar, fazendo com que homens e mulheres viessem a desempenhar múltiplos papéis na sociedade e dificultando a harmonização da vida familiar e profissional. (Perista, 2002). Estudos demonstram que a existência de conflito ou equilíbrio entre estes papéis afetam positiva ou negativamente seus níveis de bem-estar e de satisfação do indivíduo (Torres et al., 2004). A articulação entre trabalho pago e não pago para homens e mulheres e o estímulo da partilha das responsabilidades familiares têm se tornado uma prioridade política e um domínio central na promoção da igualdade de género (Wall et al., 2010).

Atualmente a Europa vive uma grave crise demográfica em virtude do défice de natalidade. Diversos estudos apontam que os europeus não têm o número de filhos que desejavam ter, sendo uma das causas apontadas a existência de conflitos entre a vida profissional e a vida familiar. A base das políticas adotadas pelo Parlamento Europeu para

estimular a natalidade é a igualdade dos géneros, incentivando a maior participação do homem na vida familiar e a partilha equilibrada com os cuidados dos filhos. Medidas de apoio à conciliação trabalho-família, como o estímulo da residência alternada com a partilha de ambos os progenitores no cuidado diário com os filhos, têm sido apontadas como indispensáveis para homens e mulheres equilibrarem as responsabilidades profissionais e privadas e para a promoção da igualdade de géneros (Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, 2012).

Um estudo realizado em 2011 sobre a evolução da maternidade, envolvendo 10 mil mães em 13 países da Europa, demonstrou que, apesar do crescimento da participação masculina nos trabalhos domésticos e prestação de cuidados aos filhos, esta participação ainda é bem reduzida e acarreta uma sobrecarga às mulheres, que chegam a trabalhar 16 horas semanais de trabalho não pago a mais que os homens (M=25,24h; H= 9,24h) e 13 horas a mais quando acrescido do tempo de trabalho pago (Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho, 2005). Por essa razão elas têm menos tempo para estudar, para se envolverem em atividades políticas e profissionais, para terem momentos de lazer ou cuidarem de sua saúde (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego - CITE). Noutro estudo realizado por Torres et al. (2004) foi constatado que as mulheres portuguesas, e as mães em particular, são as que mais horas trabalham na União Europeia, já que além da sua taxa de atividade ser elevada trabalham fundamentalmente a tempo inteiro.

Relativamente aos desempregados, em 2009 foi constatado na Europa que esta percentagem é mais elevada para as mulheres (10.9% contra 9.2% de homens) e que “esta situação deve-se ao facto de mais mulheres pertencerem a famílias monoparentais e conseqüentemente sentirem mais dificuldade de conciliar os cuidados com a família e um trabalho remunerado” (EAPN, 2011). As práticas familiares determinam que o acesso à formação profissional de homens e mulheres, embora igualitário na legislação, são, na prática, diferente para os dois sexos. Para muitas mulheres, especialmente vivendo a sós com seus filhos, investir em formação profissional significa abdicar do cuidado dos filhos e das responsabilidades familiares (Núncio, 2008).

A situação das famílias monoparentais femininas, diante das dificuldades nítidas que enfrentam, sobretudo pela fragilidade financeira, faz com que as mulheres dediquem ainda mais horas à profissão e menos tempo ao acompanhamento dos filhos. Traduz-se,

assim, numa dupla penalização para as crianças e para a mãe, pois as crianças acabam por ficar menos tempos com as mães, já que são as únicas responsáveis pelo cuidado e sustento da família (Torres et al., 2004).

Na residência exclusiva o progenitor assume o papel exclusivo de cuidador, o que dificulta a conciliação dessa tarefa com as tarefas da casa, trabalho e vida pessoal, enquanto que a residência alternada impede que o progenitor residente seja o “todo poderoso” e proporciona a ambos progenitores que sejam detentores das mesmas responsabilidades no cuidado com os filhos (Brito, Cardoso, & Oliveira, 2010). É importante os progenitores partilharem as responsabilidades pelos cuidados dos filhos a fim de não tornar o outro sobrecarregado, contribuindo para um desenvolvimento saudável (Minuchin, Nichols, & Lee, 2009). Evita-se, assim, que as mães, em virtude de níveis elevados de conflito trabalho-família, se vejam obrigadas a encerrar ou postergar sua vida profissional por recaírem sobre elas todos os cuidados das crianças durante a semana, continuando os pais a serem meros visitantes. Com uma sobrecarga de responsabilidades a mãe apresentará cada vez mais níveis inferiores de bem-estar e de satisfação com a vida e, com o passar do tempo, não disporá de condições físicas e psicológicas de atender aos melhores interesses daquela criança. Ou seja, aquele progenitor que a princípio havia sido considerado como aquele mais competente e com maior capacidade para atender aos interesses da criança, com o passar do tempo, não terá mais essa qualificação.

A participação de ambos os progenitores na rotina da vida do filho tem sido considerada extremamente salutar a todos os envolvidos, ajudando-os a superarem possíveis rancores e facilitando a responsabilidade cotidiana dos progenitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental, social e profissional a ambos (Leite, 2003). Assim, o crescente aumento do número de famílias monoparentais femininas nas últimas décadas, estimulado pela predominância da atribuição da residência materna nos casos de divórcio, vai na contra mão desse objetivo. As paternidades igualitárias são sustentadas por uma equilibrada partilha do trabalho doméstico não pago, facilitando a conciliação entre a parentalidade e a igualdade no investimento na carreira (Fialho, 2012).

8) Residência alternada como modelo de parentalidade para concretização do superior interesse da criança

A residência alternada tem sido vista como o modelo de parentalidade que garante aos progenitores e aos filhos a partilha de momentos de intimidade livre, não programada, importantes para a adaptação à nova família (Fialho, 2014). Além disso, “a importância da divisão rotativa dos tempos de residência com a criança na constituição de novas formas de implicação paterna e de cooperação parental nas famílias separadas é evidenciada em grande parte da literatura” (Marinho, 2010, p. 346). Nessa linha de pensamento, muitos autores tem defendido a importância de ser destinado aos progenitores um papel fundamental na vida dos filhos, permitindo que desempenhem suas atribuições parentais com a máxima plenitude e igualdade (Brito & Gonsalves, 2013; Kruk, 2012; Leite, 2003; Nielsen, 2015). Para tanto, defendem que em primeiro lugar deve ser avaliada a possibilidade de aplicação do regime de residência alternada e apenas se este não atender aos superiores interesses da criança naquele caso concreto, ponderar uma residência única. Nos casos de dúvida, o melhor seria aplicar provisoriamente o regime de residência alternada, por determinado período de tempo, após o qual seria feita uma avaliação e se for o caso transformá-lo em definitivo (Leal, 2014). Deve-se ter em conta o interesse do menor em cada caso concreto e sendo ambos os progenitores idóneos para cuidar do filho, o melhor seria proporcionar ao menor a manutenção estreita do vínculo afetivo com ambos e um forte empenho conjunto na sua educação através da residência alternada (Ribeiro, 2014).

Estes argumentos coincidem com a conclusão extraída na 3.^a Conferência Internacional da Responsabilidade Parental Partilhada, ocorrida em maio de 2017, de que atualmente, através das evidências científicas, foi alcançado um ponto de consenso entre os Cientistas Sociais de que o superior interesse da criança estará assegurado através de uma presunção legal de responsabilidade parental partilhada entre os progenitores, exceto em casos de violência doméstica ou abuso de crianças (Kruk, 2017).

9) Direito de Visita

O direito de visita é determinado na regulação das responsabilidades parentais

àquele progenitor que não detém a guarda física dos filhos, nos casos em que houve a estipulação da residência ao outro progenitor, com o propósito de possibilitar o convívio entre eles, nos termos dos artigos 1906.º n.º 7, do Código Civil e artigo 180.º n.º 2 da OTM. Somente em situações excepcionais e contrárias ao interesse da criança se permite suprimir, limitar ou subordinar a certas condições o convívio da criança com o progenitor não residente (Leal, 2014).

O verdadeiro beneficiário do direito de visita é o menor, um direito nato resultante da relação biológica de manter a afetuosidade entre os filhos e ambos os progenitores. O exercício deste direito apenas pode ser limitado se for contrário aos interesses do menor, nos termos do artigo 1915.º do Código Civil, e o progenitor guardião não pode obstar a visita, sob pena inclusive de incidir em prática de alienação parental e/ou sujeitar-se à reversão da guarda ao outro progenitor.

Os dias, horários e datas da visita não são definidos pelo legislador e, portanto, serão estipulados por acordo das partes ou por determinação do juiz, sempre em respeito ao superior interesse da criança para que ela possa, conforme a sua vontade, ter a liberdade de estar com cada um dos progenitores (Rizzardo, 1994). Diversos autores criticam tais enquadramentos aos quais pais e filhos são submetidos por serem um impedimento a um amplo relacionamento entre eles (Wallerstein & Kelly, 1998).

Inicialmente o direito de visita era aplicado de forma muito restritiva, limitando-se a visitas esporádicas ou apenas aos fins-de-semana intercalados. Atualmente, já num sentido mais amplo e mais utilizado pelos Tribunais, o direito de visita foi ampliado para, além dos fins-de-semana incluir alguns dias durante a semana, bem como as férias e datas festivas, com o propósito de manter o vínculo afectivo entre o menor e aquele guardião que não detém a guarda física. No entendimento de Fialho (2014, p. 288)

“limitar os tempos de permanência com cada um dos progenitores implica que os momentos de intimidade, de interacção, de partilha, de risos e de mimos não sejam realizados de forma rotineira e habitual por um dos progenitores, designadamente as refeições, o banho, a escolha da roupa, ler uma história ao adormecer, aconchegar o cobertor à noite, ir levar e buscar à escola, conhecer os amigos e os professores, acarinhar nos momentos de doença, cozinhar juntos, fazer os trabalhos escolares, fazer compras ou estarem juntos em actividades espontâneas e não programadas, momentos únicos a que nenhum dos progenitores deve renunciar”.

Em alguns casos, observa-se que os julgadores, ao invés de decidirem pela guarda física conjunta, acabam por definir uma guarda exclusiva para um progenitor e uma visita ampliada ou livre para o outro, como forma de compensá-lo. Entretanto, Brito (2005) aponta que a ampliação da visita não tem o condão de substituir os benefícios da guarda física do progenitor que não tem a guarda, já que as responsabilidades pela educação dos filhos são delegadas principalmente ao guardião. Mesmo com a aplicação da chamada visita ampliada, com o acréscimo de um pernoite por semana, ao final de um mês a criança terá cerca de 8 dias acrescido de 4 noites com o progenitor visitante, já que nesses casos normalmente busca-se o menor ao fim do dia, entregando-o na escola pela manhã no dia seguinte, mantendo-se os 22 dias com o progenitor residente, o que tem sido considerado insuficiente para assegurar o convívio entre eles (Ferreira & Vilardo, 2007).

Já a visita livre estaria ligada à não obrigação do contacto entre pais e filhos e, portanto, abre-se a possibilidade de ser exercida da forma que se deseja, podendo, assim, vir a ser rejeitada tanto pelos progenitores como pelos filhos, em evidente prejuízo para estes (Brito, 2005). Tais regras podem vir a tornar os contactos mais pontuais e esporádicos, exactamente o que se pretende evitar através da visita (Leal, 2014). No entanto, no caso dos progenitores possuírem um bom relacionamento, a visita livre desprovida de horários ou datas fixadas poderia ser a melhor solução para estreitar o vínculo com o progenitor não guardião (Lauria, 2002).

Em outros casos, verifica-se que a criança é quem expressa a vontade de não realizar a visita ao progenitor que não possui a guarda. Pesquisas sobre o tema, no entanto, apontam que muitas vezes isso ocorre por forte alianças criadas entre a criança e o progenitor guardião. Admitir essa opção do filho de não realizar a visita contribui para sedimentar essa aliança e para o afastamento do outro progenitor (Gonzalez et al., 1994, citado por Brito & Gonsalves, 2013; Wallerstein & Kelly, 1998).

Brito (2002), citando Villeneuve (1994), reconhece que o dever de visita constitui uma limitação oficial ao relacionamento do progenitor que não possuía a guarda com os filhos. A designação de visitante reforça a imagem de progenitor ausente, dificulta o exercício da paternidade e contribui para a deterioração do vínculo afectivo e para a redução da participação na responsabilidade pelos filhos. Por outro lado, reforça o conceito de que apenas um, geralmente a mãe, é capaz de promover o desenvolvimento saudável dos filhos. Frise-se que este afastamento não é associado ao género mas à posição de

visitante (Brito, 2002). Por tais razões diversos autores reforçam a ideia de substituir o termo “visita” por “convívio” (Bolieiro & Guerra, 2009; Ferreira & Vilardo, 2007).

O direito de visitas quinzenal é limitado e pode gerar sofrimento e sentimentos de angústia em todo o sistema familiar, levando ao afastamento emocional. Fins-de-semana alternados ou ainda acrescidos de uma noite durante a semana não encoraja ou promove um alto grau de envolvimento e qualidade do tempo com o progenitor, já que representam apenas 15% do tempo despendido com o progenitor (Amato & Dorius, 2010). Deste modo, reforça-se a ideia da importância do convívio da criança com ambos os progenitores, independente da modalidade de residência adotada.

A partir da revisão da literatura existente, foi possível observar-se a existência de divergência de entendimentos entre a doutrina jurídica e o resultado dos estudos científicos desenvolvido pelas Ciências Sociais sobre vários aspectos da regulação do exercício das responsabilidades parentais. Muitas dessas diferenças de pensamento são oriundas da falta de concretização pela legislação daquilo que compreende o superior interesse da criança, função atribuída à jurisprudência dos Tribunais. A psicologia, o direito e a sociologia têm um papel fundamental a desempenhar nestas matérias que envolvem o direito das crianças, sendo nesta interdisciplinaridade que a solução para o caso concreto pode e deve ser encontrada pelo Magistrado. A escolha por este tema se justifica por corresponder a um domínio legal em que ocorreram recentemente profundas transformações legislativas que suscitaram novos desafios aos operadores do direito. Estudos realizados em Portugal demonstram que ainda há forte resistência à aplicação das novas modalidades de exercício das responsabilidades parentais em razão da questão da igualdade de géneros e representações sociais da maternidade e paternidade (Pedroso et al., 2014). Assim, acredita-se que os resultados alcançados no presente estudo poderão contribuir para sintonizar os modos jurídicos, psicológicos e sociológicos na interpretação da questão, propiciando uma maior articulação entre os conhecimentos psicossociais e a aplicação da nova lei, a fim de garantir a convivência familiar saudável da criança de pais separados.

II) METODOLOGIA

1) Enquadramento metodológico

A presente investigação teve como objetivo estudar o impacto na prática judiciária da recente alteração legislativa do regime jurídico da regulação das responsabilidades parentais em Portugal - Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro - e investigar se os resultados dos recentes estudos científicos da Psicologia e Sociologia sobre o tema passaram a orientar as decisões judiciais dos Tribunais de Relação Portugueses.

O presente estudo tem carácter descritivo e exploratório, seguindo uma metodologia de investigação de abordagem qualitativa, a partir de uma análise documental. Os dados foram recolhidos através de pesquisa de acórdãos proferidos pelos Tribunais de Relação de Portugal e examinados à luz das Ciências Humanas, através de uma análise abductiva.

2) Questão Inicial

Considerando o carácter exploratório do estudo, a presente investigação parte da seguinte questão inicial: “Os Tribunais de Relação Portugueses vêm decidindo as Ações de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em consonância com as recentes alterações legislativas e os resultados dos estudos da Psicologia e da Sociologia?”

3) Mapa Conceptual

O mapa conceptual (figura 1) foi desenhado com base na questão inicial e consiste na representação gráfica dos objetos de estudo e as influências que se pretenderam investigar entre eles, facilitando a compreensão do seu enquadramento. Neste sentido, representa a influência das recentes alterações legislativas e dos resultados dos estudos científicos nas decisões proferidas pelos Tribunais de Relação Portugueses nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que devem ser julgados conforme o superior interesse da criança.

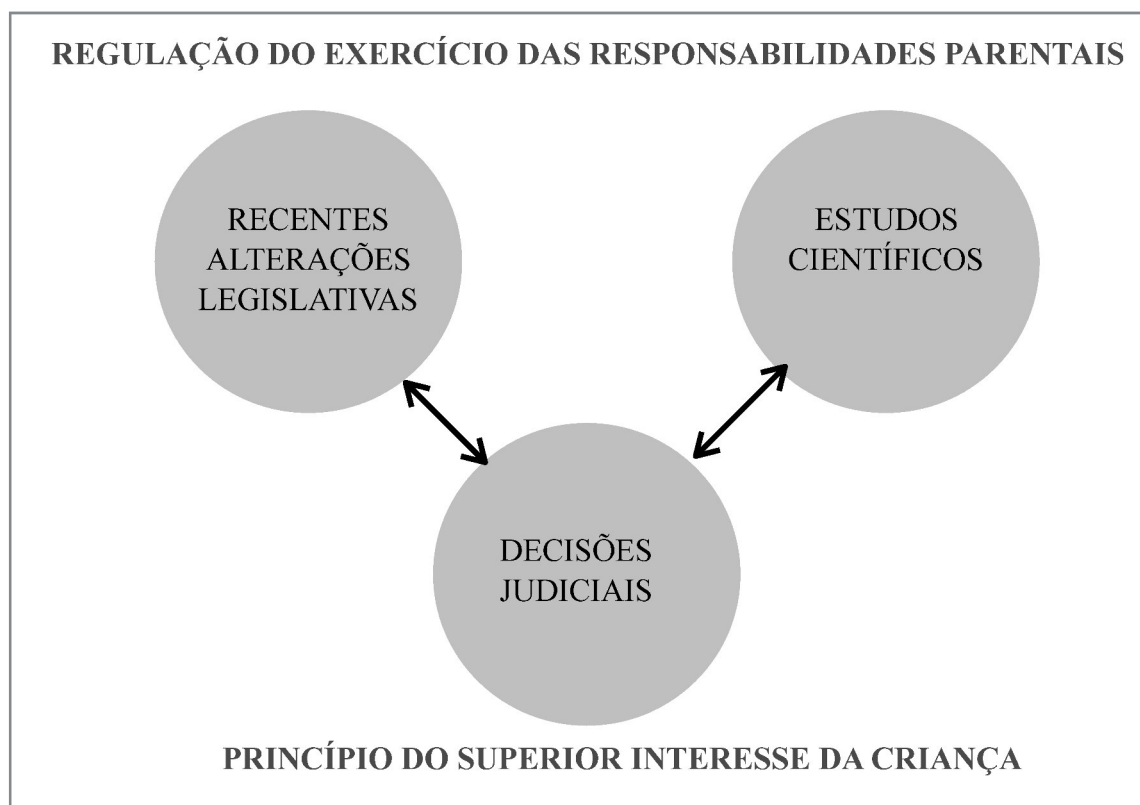


Figura 1 - Mapa conceptual do estudo

4) Questões de investigação

A presente investigação assumiu o objectivo principal de estudar o impacto na prática judiciária da recente alteração legislativa do regime jurídico da regulação das responsabilidades parentais em Portugal - Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro - analisando se os resultados dos recentes estudos científicos da Psicologia e Sociologia sobre o tema passaram a orientar as decisões judiciais. Tendo em conta a sua natureza qualitativa e exploratória definiram-se as seguintes questões de investigação:

Q1 - Como os Tribunais de Relação Portugueses vem concretizando o conceito legal do superior interesse da criança nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais?

Q2 - Como a jurisprudência emitida pelos Tribunais de Relação vem admitindo a aplicação dos regimes do exercício conjunto das responsabilidades parentais, do exercício exclusivo das responsabilidades parentais e da residência alternada?

Q3 - As decisões dos Tribunais de Relação têm privilegiado uma participação igualitária de ambos os progenitores na vida do filho?

Q4 - Verifica-se desigualdades de género na aplicação da lei?

Q5 - As decisões que regulam as responsabilidades parentais encontram-se fundamentadas na legislação e nos resultados das investigações desenvolvidas pelas ciências humanas?

5) Estratégia Metodológica

5.1) Amostra

A amostra da presente investigação é constituída por 50 acórdãos dos Tribunais de Relação portugueses que abordaram questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais, julgados entre o período de 31 de outubro de 2008, quando entrou em vigor a Lei 61/2008, e 31 de janeiro de 2016, sendo 21 do Tribunal de Relação de Lisboa, 13 do Tribunal de Relação do Porto, 7 do Tribunal de Relação de Évora, 5 do Tribunal de Relação de Coimbra e 4 do Tribunal de Relação de Guimarães.

5.2) Procedimento de recolha dos dados qualitativos

Os dados qualitativos foram recolhidos através de busca de acórdãos na base de dados jurídicas disponibilizada na página electrónica do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça (IGFE - www.dgsi.pt). Por meio dessa pesquisa foram coletados os acórdãos julgados pelos Tribunais de Relação de Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães no período entre de 31 de outubro de 2008 e 31 de agosto de 2016, utilizando-se os termos descritivos “responsabilidades parentais”, “guarda de menor”, “superior interesse da criança”, “residência” e “poder paternal”.

Dentre os acórdãos localizados (N=145), foram excluídos os julgados relativos à pensão de alimentos, residência no estrangeiro, integração familiar a terceiros, incumprimento de visitas e questões processuais, restando 50 julgados nos quais foram decididas questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais com aplicação da nova Lei 61/08.

5.3) Procedimento de Análise de Dados

Após a leitura dos acórdãos e o registo dos principais temas, os dados foram inseridos no software Qualitative Solutions Research (QSR) NVivo 11 for Mac, para facilitar a análise documental. Inicialmente foi realizada uma análise descritiva dos processos para caracterizar a amostra conforme a data do acórdão, o teor da decisão proferida pelo juízo monocrático e se esta foi modificada pelo Tribunal, o teor do acórdão proferido pelo Tribunal, o entendimento do Ministério Público, a idade da criança e se houve reconhecimento da alienação parental. Posteriormente, através de um processo abduutivo foram criadas categorias e sub-categorias, com base na literatura sobre o tema e através da análise dos dados recolhidos, seguindo os critérios da análise temática (Braun & Clarke, 2006).

III) RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados aqui apresentados são fruto da análise temática realizada e organizados através da criação de categorias e sub-categorias que emergiram do estudo da literatura sobre o tema e das 50 decisões estudadas, num processo abduutivo de análise das mesmas. Daqui resultou um sistema hierárquico constituído por 17 categorias principais, num total de 51 subcategorias (*vide* Apêndice I).

Em primeiro lugar, há a destacar o reduzido número de recursos interpostos aos Tribunais de Relação que tivessem como objeto a regulação do exercício da responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância, da residência e das visitas, que serviram de amostra para este estudo. Uma explicação provável prende-se ao facto de na maioria dos casos a sentença monocrática estabelecer o exercício das responsabilidades parentais e residência maternas, levando os pais a partir do pressuposto que os filhos ficam a residir com as mães; dado que estas não querem abdicar da guarda e da residência para si, acaba por não existir litígio quanto a essas questões (Pedroso et al., 2014; Kruk, 2010). De facto, diversos autores mencionam haver entre os operadores do direito um preconceito contra os pais nos tribunais de família (Braver, Cookson, & Cohen, 2002; Wallace & Koerner, 2003; Williams, 2007, citados por Nielsen, 2013). Realmente, nota-se que na maior parte dos casos estudados, o percentual de conflito entre os progenitores é muito acentuado, tendo sido apontado em 79% dos casos estudados.

Os resultados serão apresentados nos tópicos subsequentes que representam as categorias principais criadas e ilustrados com excertos das decisões que correspondem às referências codificadas nas categorias que estão a ser analisadas.

1) Utilização dos conceitos de Guarda e Residência nos Tribunais de Relação

No estudo jurisprudencial empreendido observou-se não haver uma uniformização na utilização dos conceitos relativos ao exercício das responsabilidades parentais, guarda e residência.

Em diversas decisões do Tribunal de Relação de Lisboa, acompanhando a classificação da doutrina jurídica, houve uma cisão do exercício das responsabilidades parentais numa componente jurídica, relativa às questões de maior importância, e numa

componente material, relativa aos atos da vida corrente, que compete ao progenitor que detém a residência ou que se encontra com o menor temporariamente.

«Como ensina Maria Clara Sottomayor (Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens, Universidade Católica Portuguesa-Editora, Porto, 1995:290/295), «a vulgarmente designada “guarda conjunta” inclui uma componente jurídica – traduzida no exercício conjunto do poder paternal (ou das responsabilidades parentais) por ambos os progenitores – e uma componente material, que respeita à vivência diária do filho. Nesta sede, o menor pode residir com um dos progenitores, gozando o outro de um amplo direito de visita, ou pode habitar alternadamente com ambos, de acordo com determinado ritmo temporal. Nesta última situação, “as decisões imediatas do dia-a-dia relativas à disciplina, dieta, actividades, contactos sociais, cuidados urgentes, etc. pertencem ao progenitor com quem a criança reside no momento” (TRL1869/11.9TMLS.L1-2, TRL 2526/11.1TBRR.L1-1, TRL7598/12.9TBCSC-A.L1-6, TRL3500/10.0TBRR.L1-6)

Já em outros acórdãos, o Tribunal de Relação de Lisboa utilizou o termo guarda para designar o exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância da vida da criança, distinguindo-a da residência, à semelhança do Direito Brasileiro, cuja legislação a denomina de Guarda Compartilhada:

A guarda 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 pelos progenitores da criança. (TRL33/12.4TBRR.L1-8)

Importa lembrar que guarda conjunta será aquela em que ambos os progenitores exercem o conjunto das responsabilidades parentais, e em que, sempre que o menor possa residir com um dos progenitores, gozando o outro de um amplo direito de visita, ou possa habitar alternadamente com ambos, de acordo com determinado ritmo temporal. (TRL1463/14.2TBCSC.L1-8)

A Lei no 61/2008, ao introduzir alterações aos arts. 1905 e 1906 do C.C., eliminou do texto legal o conceito de guarda e autonomizou a determinação da residência do filho e o exercício das responsabilidades parentais. Assim, por força da actual imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais, aos pais caberá acordar, designadamente, na fixação da residência do menor, regime de visitas e prestação de alimentos, ou ao tribunal, na falta de acordo, fixar a residência do menor, o direito de visita e os alimentos, confiando as responsabilidades parentais apenas ao progenitor com quem este residir. A substituição da palavra guarda por residência, querará significar que ao atribuir hoje o exercício conjunto das responsabilidades a ambos os progenitores, o legislador assumiu uma situação de guarda conjunta (no sentido de que ambos os pais têm direitos iguais nas decisões a tomar quanto às questões mais importantes da vida do filho), por contraposição à guarda única. (TRL2304/05.7TBCLD-E.L1-7)

No mesmo Tribunal foi utilizado o termo da guarda alternada para designar a alternância de residências entre os progenitores, porém, na realidade, o regime estipulado foi o exercício conjunto das responsabilidades parentais com a alternância de residência entre os progenitores:

“1. Não havendo acordo do pai e da mãe quanto regime de residência, e na impossibilidade de guarda conjunta, deve estabelecer-se o regime de guarda alternada por tempos correspondentes aos períodos escolares. Este regime pode ser alterado por ambos os pais, de comum acordo. (...) 3. As questões de grande importância para a vida do menor serão decididas pelo pai e pela mãe, de comum acordo, sujeitas a decisão do tribunal na falta deste.” (TRL1900/05.7TBSXL-E.L1-1)

Tal distinção foi devidamente salientada em outro acórdão n. 4547/11.5TBCSC-A.L1-6 do Tribunal de Relação de Lisboa:

Tem-se entendido que as regras definidas no artigo 1906º permitem o exercício da guarda alternada, no qual, não só o menor residiria alternadamente com cada um dos progenitores, mas também se atribuiria a guarda exclusiva ao progenitor que o tivesse a residir consigo, ficando o outro progenitor, nesse período, apenas com um direito de visita e de fiscalização. Diferente da guarda alternada é a guarda conjunta, estabelecida na lei como regra geral, com residência alternada, caso em que o nenhum dos progenitores deixa de ter a guarda conjunta, mesmo nos períodos em que o filho está a residir com o outro progenitor.

Na análise dos acórdãos dos Tribunais de Relação do Porto, Coimbra, Évora e Guimarães também se constatou a utilização do termo guarda alternada como sinónimo da residência alternada. Nestes Tribunais são utilizados correntemente os termos de guarda única, conjunta ou alternada para designar a residência, distinguindo-os do exercício das responsabilidades parentais relativos às questões de maior importância:

No entanto, cremos que em determinadas situações, face ao contexto factual que se verifique, nada impede que se possa avançar no sentido da “guarda alternada”, ou seja, no sentido da determinação de duas residências ao menor. (...) A “guarda partilhada” sugerida pelo recorrente, que em bom rigor melhor se designará por “guarda alternada” por implicar que o filho resida, alternadamente, por períodos idênticos (1 semana; 2 semanas; 1 mês) com cada um dos progenitores, foi afastada na sentença recorrida face ao quadro de animosidade existente entre pai e mãe. (TRP5253/12.9TBVFR-A.P1)

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. (TRC1009/11.4TBFIG-A.C1)

Entende o recorrente que a fixação da residência deve ser alternada em igual número de dias de vivência da filha L... com o pai e com a mãe. (...) Defende assim o recorrente, a chamada guarda conjunta ou alternada, ao invés da guarda única fixada na sentença. (TRC626/09.7TMCBR.C1)

Não obstante a atribuição da guarda e exercício das responsabilidades parentais ao progenitor da criança há que ter em atenção que a fixação do regime de visitas à mãe deve promover a manutenção dos laços afectivos sólidos que naturalmente existem entre a mãe e a menor tendo presente, porém, a necessidade de prevenir a continuação da instrumentalização da menor contra o progenitor. (TRE612/09.7TMFAR.E1)

E em causa está apreciar a regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente à guarda dos menores filhos da requerente e do requerido. (TRG228/11.8TBCL.G1)

Tais distinções sugerem a necessidade de uma uniformização de conceitos para que o destinatário final da lei, o jurisdicionado, não tenha dúvidas acerca dos conceitos que estejam a ser utilizados no processo de regulação das responsabilidades parentais, bem como para evitar controvérsias sobre a possibilidade jurídica da residência e da guarda alternadas.

2. Exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância para a vida da criança

2.1. Decisões favoráveis ao exercício conjunto das responsabilidades parentais

Dentro do universo de 46 acórdãos em que houve a regulação do exercício das responsabilidades parentais, houve o deferimento do exercício conjunto para ambos os progenitores em 36 casos, sendo que em 21 deles foi estipulada a residência materna, em 9 a residência paterna e em apenas 5 casos a residência alternada. Em 9 casos o exercício das responsabilidades parentais juntamente com a residência foi deferido exclusivamente para

a mãe e em apenas 2 casos para o pai. Vale ressaltar que todos os 5 casos observados de residência alternada foram provenientes do Tribunal de Relação de Lisboa.

A disparidade do número de decisões favoráveis ao exercício conjunto das responsabilidades parentais proferidas pelos tribunais estudados despertou atenção. Enquanto nos Tribunais de Relação do Porto e de Guimarães 100% das decisões garantiram o exercício conjunto pelos progenitores, nos demais Tribunais (Lisboa, Coimbra e Évora) foram observadas decisões que atribuíram o exercício exclusivo a apenas um dos progenitores.

Dos 19 acórdãos analisados do Tribunal de Relação de Lisboa, observou-se que em 5 deles o exercício das responsabilidades parentais foi atribuído exclusivamente para a mãe e em apenas 1 para o pai. No Tribunal de Relação de Coimbra, em 6 acórdãos, apenas 1 foi atribuído exclusivamente a mãe. Já no Tribunal de Relação de Évora, das 6 decisões estudadas, apenas 3 foram favoráveis ao exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Tais números podem sugerir uma inexistência de consenso entre os Tribunais quanto à aplicação da nova legislação e à aceitação do exercício conjunto das responsabilidades parentais como regra. Nas recentes alterações do regime jurídico de regulação da responsabilidades parentais, introduzidas pela Lei 61/08, tornou-se regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente às questões de particular importância para a vida da criança, como ressaltado numa decisão do Tribunal de Relação de Lisboa:

“A nova lei, acolhe, ainda, os sinais de mudança dos novos tempos e atribui igualdade parental a ambos os progenitores, fixando como regra o 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.” (TRL5358/11.3TBSXL-8)

Em alguns casos o exercício conjunto das responsabilidades parentais foi deferido por ausência de fundamentos que justificasse a adoção do exercício unilateral *“Configura-se, desse modo, que aquando da prolação do despacho em crise inexistia fundamento para que fosse determinado, ainda que provisoriamente, o exercício unilateral das responsabilidades parentais.” (TRL944/09.4TMLSB-A.L1-7)*

Nas decisões foram encontrados argumentos favoráveis ao exercício conjunto da guarda legal que ressaltavam a importância da manutenção dos vínculos afetivos como meio de satisfazer o superior interesse da criança e promover a igualdade entre os progenitores:

Deste modo, dando satisfação ao interesse superior dos menores, procura-se incentivar a envolvimento e a proximidade, em relação a ambos os pais, quanto à vida dos filhos, em particular quanto às questões de particular importância. É vantajoso para os filhos porque, assim, podem estar mais próximos de ambos os pais, favorecendo o desenvolvimento equilibrado da sua personalidade. Por outro lado, é também vantajoso para os pais, na medida em que, desse modo, podem continuar a reforçar os laços afetivos com os filhos, facto que se reveste de enorme importância no seu crescimento saudável.(TRL7757/11.ITBCSC.L1-2)

A razão de ser da implementação deste regime prende-se com a necessidade de responsabilizar e envolver ambos os pais na vida quotidiana e na educação da criança, de modo a estimular a convivência e o relacionamento mútuos com o menor, (...) E por sua vez incrementa a participação de ambos os pais na vida da criança, com o acompanhamento do seu desenvolvimento e crescimento, permitindo a sedimentação e fortalecimento da autoridade conjunta dos pais. Nessa envolvimento conjunta saem reforçados os interesses da criança com a consequente salvaguarda e protecção dos seus direitos, nomeadamente o direito a conviver com o seu pai e a sua mãe, sem a exclusão de nenhum dos progenitores, impedindo-se, desta forma, que depois da ruptura entre ambos, um deles – aquele a quem não era tradicionalmente confiado o menor – se afaste da vida da criança e se torne um estranho, consequência que a mera fixação de um regime legal de visitas pelo Tribunal e de contribuição mensal para o sustento do filho por si só, como é sabido, não lograva alcançar. (TRL 33/12.4TBBRR.L1-8)

O exercício conjunto das responsabilidades parentais é visto, por diversos autores do Direito e da Psicologia, como o modelo ideal para fortalecer os vínculos afetivos entre os filhos e seus pais e promover a igualdade dos direitos e deveres entre os progenitores, rechaçando a ideia do guardião como progenitor principal, e do visitante de fim-de-semana como secundário, reforçando, assim, o papel parental (Grisard Filho, 2002; Kruk, 2005; Sottomayor, 2011).

Algumas vantagens importantes foram mencionadas nas decisões favoráveis, dentre as quais a de eliminar os conflitos entre os progenitores e reduzir o impacto da separação:

Por conseguinte, as vantagens são inequívocas, porquanto além de eliminarem os conflitos, reduzem os efeitos do impacto da separação dos pais nas relações parentais, e nas que se estabelecem entre os progenitores e os respectivos filhos, com a envolvimento directa e conjunta de ambos os pais. (...) Mas mantêm-se os projectos

e decisões em comum, com ambos os pais a partilharem e a envolverem-se no crescimento da criança, pese embora o final da relação conjugal ou de vida em comum. Assegurando, por essa via, o saudável e equilibrado desenvolvimento da criança, ou do adolescente, sem estarem de costas voltadas, numa aproximação que reduz a conflitualidade nas relações e permite o diálogo sobre as orientações educativas mais relevantes a adoptar em relação ao menor e as questões de particular importância que envolvam a vida deste, nos termos aludidos nos nos 1 e 3 do art. 1906o do CC. (TRL 33/12.4TBBRR.L1-8)

Nesse sentido, é de ressaltar que estudos científicos recentes observaram uma redução de conflitos entre os progenitores no exercício conjunto das responsabilidades parentais, já que colocam os progenitores em condições de igualdade para exercer a parentalidade (Fabricius & Luecken, 2007; Kruk, 2012; Leite, 2003; Nielsen, 2011; Silva, 2005).

2.2. Decisões desfavoráveis ao exercício conjunto das responsabilidades parentais

Nas decisões em que o exercício conjunto das responsabilidades parentais não foi estabelecido, observaram-se alguns argumentos que sustentam a sua contra-indicação, com base na doutrina jurídica, mas que não encontram suporte na legislação ou nos estudos científicos sobre o tema.

Um dos argumentos mais utilizados para a aplicação do exercício exclusivo das responsabilidades parentais foi a ausência de bom relacionamento entre os progenitores. Dentre os casos em que ficou evidenciada a situação de conflito entre os progenitores, 30% tiveram o pedido de exercício conjunto das responsabilidades parentais negado.

Elencando Maria Clara Sottomayor[5] todo um leque de situações que entende abarcadas na previsão daquele normativo, impondo que seja decretado “o exercício exclusivo das responsabilidades parentais a favor da pessoa de referência da criança”. Sendo assim nos “casos de elevada conflitualidade e incapacidade de cooperação e de comunicação entre os pais, sempre que a criança seja de tenra idade e a pessoa de referência não confie na competência parental do outro progenitor ou receie negligência e maus tratos, em situações em que haja indícios ou suspeitas de maus tratos e de abuso sexual em relação à criança por parte do progenitor não residente, nos casos de desinteresse do progenitor não residente ou de falta de laços afectivos entre o progenitor e criança, e, ainda, nos casos em que haja indícios de violência doméstica contra a mãe. Também nos casos de nascimento fora do casamento, o exercício das responsabilidades parentais deve caber exclusivamente à mãe, se a paternidade foi estabelecida por reco nhecimento judicial ou, ainda que tenha sido estabelecida por perfilhação, esta não foi

efectuada na altura do nascimento ou resultou de termo lavrado em juízo num processo de averiguação oficiosa da paternidade (art. 1865o, n.o 3). O exercício unilateral deve também ser decretado, nos casos de abandono da mulher durante a gravidez, bem como nos de incumprimento da pensão de alimentos à mãe relativa ao período de gravidez ao primeiro ano de vida do/a filho/a, no termos do art. 1884" (o sublinhado é nosso). (TRL 675/11.5TBTVD.L1-2)

São exemplos dessas situações, entre outras, a grande litigiosidade entre os progenitores, a violência doméstica entre os mesmos, o afastamento geográfico entre os progenitores e a falta de contactos entre ambos, a ausência em parte incerta e o desinteresse por parte do progenitor que não tem o filho ao seu cuidado (TRE153/14.0TMFAR-E1)

"Persistindo uma situação de conflito entre os pais, com reflexos negativos nos menores, não deve optar-se pela guarda conjunta" (TRL7757/11.1TBCSC.L1-2)

Em outras decisões, verificou-se que o acordo entre os progenitores ainda surge como pressuposto para a aplicação do exercício conjunto das responsabilidades parentais:

"Se os pais não estão de acordo e as relações entre eles não estão pacificadas, não podem, de modo algum, ficar com guarda alternada, sendo certo que, bastava não estarem de acordo, para não poder decidir-se uma guarda conjunta." 1463.14 - 1

"Ou seja: 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. Com esta última solução a estar indicada naturalmente para aquelas situações em que os pais da criança não cheguem a acordo ou para os casos em que o Tribunal assim o considere conveniente por melhor assegurar os interesses e a segurança da criança. (TRL 33/12.4TBRR.L1-8)

A Lei 61/2008 eliminou a exigência de acordo para a adoção do exercício conjunto das responsabilidades parentais, exceptuando tal regra apenas quando se demonstrar contrária aos interesses da criança. Entretanto, Magistrados e demais operadores do direito têm interpretado subjetivamente que o exercício conjunto não atende aos interesses da criança quando os pais não estão de acordo ou não possuem um bom relacionamento. Entretanto, na maioria das vezes que os progenitores se relacionam bem, estão de acordo quanto aos arranjos da guarda e residência não precisando sequer da intermediação do juiz, o que torna essa exigência contrária à vontade do legislador que no número 5 do artigo 1906 do Código Civil dispõe que "favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles."

No mesmo sentido a nova legislação brasileira sobre a guarda compartilhada, Lei 13058/14, eliminou a exigência de acordo para seu deferimento. Já em Itália, Vezzetti (2012) aponta diversas decisões italianas que defendem a imposição do exercício conjunto, mesmo na ausência de acordo entre os progenitores, quando essa forma de guarda for considerada no interesse do menor.

Outra observação curiosa no presente estudo foi a relação entre o anterior relacionamento dos progenitores, e destes com a criança, para o deferimento do exercício conjunto das responsabilidades parentais, de forma que em alguns casos em que não houve a convivência, entendeu-se que não deveria haver o exercício conjunto. Nos 3 casos estudados, cujos progenitores não conviveram, o exercício das responsabilidades parentais, bem como a residência, foram deferidos exclusivamente às mães:

No caso de uma criança de 3 anos, que sempre viveu só com a mãe, cujos progenitores nunca foram casados entre si nem viveram juntos, em que os contactos com o pai têm sido com a regularidade de duas vezes por semana, durante uma ou duas horas e sempre na presença da mãe, deve prever-se um período transitório no regime de visitas, por forma a conceder à criança a percepção da existência do pai e o tempo de adaptação a essa nova realidade. Évora, 390/10

Com fundamento na doutrina jurídica, observou-se ainda o indeferimento do exercício conjunto das responsabilidades parentais em virtude do desinteresse do progenitor pela filha:

“Num quadro de total desinteresse do progenitor pela menor, revelado pelo facto de do último contacto presencial com aquela ter ocorrido em Dezembro de 2013, limitando-se a enviar mensagens no aniversário da menor e no dia da mãe e sem contribuir para o seu sustento, apesar de auferir um rendimento mensal de € 3.829,32, afigura-se-nos pouco curial que o progenitor seja chamado a pronunciar-se sobre questões de particular importância para a vida da menor. Deve, nesse caso, conferir-se à mãe da menor, em exclusividade, as responsabilidades parentais relativas a questões de particular importância para a menor.” (TRE153/14.OTMFAR-E1)

No caso supracitado, a não aplicação do exercício conjunto acarretará maior distanciamento deste progenitor, não se atentando que esse direito previsto na legislação visa sobretudo atender aos interesses dos menores, estimulando a participação de ambos

progenitores nas questões de maior importância da vida da criança (Brito & Gonsalves, 2013).

Nesse sentido, cumpre trazer à colação, acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, instância máxima de interpretação das Leis, no Recurso Especial nº 1.251.000 - MG (2011/0084897-5), que teve por relatora a Ministra Nancy Andrighi:

“Quando se discute a guarda do menor não são os direitos dos pais, no sentido de terem para si a criança. O que deve ser observado é a criança como sujeito - e não objeto - de direitos que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada por seus pais. As pretensões de qualquer dos genitores de preencherem sozinhos as funções de pai ou mãe são indefensáveis psicologicamente, e nasce, quase sempre, do ressentimento e desejo de retaliação, sem levar em conta a vontade e o direito natural dos filhos de terem essas funções complementares e igualmente preenchidas pelos seus naturais genitores.”

3. Residência

Na maior parte dos casos estudados a residência do(s) filho(s) foi atribuída à mãe (65,2%), seguida da residência paterna (23,9%). Os 5 únicos casos de residência alternada foram do Tribunal de Relação de Lisboa (10,8%), sendo que 2 deles foram objeto de acordo entre os progenitores. Quanto à incidência da residência materna em cada Tribunal observou-se 83,3% dos casos em Évora, 75% em Guimarães, 66,6% no Porto, 60% em Coimbra e 57,8% em Lisboa. Curiosamente, o Tribunal de Relação do Porto, embora tenha sido aquele que mais deferiu o exercício conjunto das responsabilidades parentais, rejeitou todos os pedidos de residência alternada.

Os resultados encontrados correspondem aos dados publicados em estudo sobre os processos de regulação das responsabilidades parentais findos em 2010 nos Tribunais de Família e Menores de Lisboa e Braga, que apontou terem sido fixado 72% da residência materna em Braga e 77,6% em Lisboa (Pedroso et al., 2014).

De facto, consoante dados do Ministério da Justiça, as guardas atribuídas às mulheres representaram 91% dos casos. No últimos 10 anos, as famílias monoparentais aumentaram 36% em Portugal e os Censos 2011 indicam 86% são constituídas por mães e filhos (INE, 2013). Para Marinho (2014), esses dados revelam

“o efeito do predomínio da guarda com residência materna na sociedade portuguesa nas últimas décadas, ou seja, do princípio de que a seguir a um nascimento fora do casamento (ou de uma união de facto) e após uma rutura conjugal (separação ou divórcio) os filhos devem ser entregues ao cuidado exclusivo das mães” (p. 7).

A residência alternada com a partilha das responsabilidades parentais é hoje considerada um dos principais instrumentos para proporcionar a igualdade parental e resguardar o melhor interesse do menor (Kruk, 2012). Num estudo realizado na Suécia para investigar os efeitos do ajustamento e desenvolvimento de diferentes modelos de exercício das responsabilidades parentais e residência concluiu-se que a chamada “casa partilhada” é a mais vantajosa. Esse conceito é utilizado no país para os casos em que, além da responsabilidade legal das suas crianças, os progenitores têm a partilha das responsabilidades práticas do dia-a-dia, vivendo com as crianças de forma alternada (Tornstam, 1996).

Essa vantagem foi reconhecida na seguinte decisão do Tribunal de Relação de Lisboa:

A nova lei, acolhe, ainda, os sinais de mudança dos novos tempos e atribui igualdade parental a ambos os progenitores, fixando como regra o 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.(...) É sempre mais enriquecedor para todos o convívio frequente de pais com filhos já que permite reforçar os laços que os une, quer ao pai quer à mãe. (TRL5358/11.3TBSXL-8)

Entretanto, na íntegra do acórdão supracitado, negou-se a aplicação da residência alternada sob o argumento da inexistência de motivos que justificassem a alteração da residência paterna:

Se o filho, menor de seis anos, se encontra a residir com o pai desde há pelo menos um ano, e se encontra bem; nada havendo que indicie ter a mãe uma melhor condição seja de que título for (afectiva, disponibilidade de tempo, espaço ou outra) que resulte num melhoramento da actual vida e condições do menor, deve este, manter-se a residir com o pai, embora o regime de visitas deva ser muitíssimo alargado, cumprindo-se deste modo o interesse do menor em conviver proximamente com ambos os progenitores (artº 1906º no 5 e 7 do CC).

A seguir serão apresentados os argumentos mais utilizados para fundamentar a tomada de decisão acerca da residência dos menores e os fatores que mais influenciaram

essas decisões. Observou-se que o critério mais utilizado pelos Tribunais foi a manutenção da situação de facto existente ou *status quo* (em 14 decisões), seguido pelo critério da figura primária de referência (11 decisões) e o critério das melhores condições do progenitor (9 decisões). A tenra idade do menor influenciou o julgamento em 12 decisões e o relacionamento entre os progenitores em 10 decisões, sendo ainda de referir a protecção à estabilidade da criança (7 decisões), a existência de irmãos (4 decisões), a ausência de acordo entre os progenitores (4 decisões) e a distância entre as moradias (3 decisões).

3.1. Manutenção do *status quo*

Foi observado um grande número de decisões que privilegiaram a manutenção da situação de facto existente visando a preservação da estabilidade emocional da criança, entendendo que o corte com o universo afectivo da criança prejudica o seu desenvolvimento psico-afectivo, gerando sentimentos de perda e de dor, que colocam em perigo a sua saúde e desenvolvimento. Privilegiou-se, nesses casos, a estabilidade dos vínculos afectivos e das rotinas de vida da criança.

Se o filho, menor de seis anos, se encontra a residir com o pai desde há pelo menos um ano, e se encontra bem; nada havendo que indicie ter a mãe uma melhor condição seja de que título for (afectiva, disponibilidade de tempo, espaço ou outra) que resulte num melhoramento da actual vida e condições do menor, deve este, manter-se a residir com o pai (...) (art.º 1906º no 5 e 7 do CC). (TRL5358/11.3TBSXL-8)

No caso presente resulta dos factos provados que o progenitor/recorrente tem muito afecto pelos filhos. Nesta perspectiva, ou seja na óptica dos interesses do pai (mas que não é a única, como de seguida se referirá) a pretensão do progenitor, teria perfeito cabimento. Porém, a questão é mais complexa, porque qualquer decisão judicial tem de obedecer aos princípios acima referidos, inseridos no conjunto normativo que regula o(s) direito(s) das crianças, e consequentemente, atender ao superior interesse da criança, dando prevalência à continuidade da estabilidade psicológica e afectiva que vem sendo vivenciada pelas crianças. Não suscita qualquer dúvida, em face dos factos provados que a ruptura com a situação existente terá impacto negativo na estrutura psico-afectiva dos menores, gerando-lhes instabilidade emocional. (TRG228/11.8TBBCL.G1)

O interesse da criança, vista a separação actual dos pais, mesmo relativamente aos espaços físicos em que habitam (a efectiva separação anterior vem do tempo em que ainda residiam juntos), é o contínuo do seu corpo, da sua afectividade e o seu contínuo social (cf. Françoise Dolto, Quando os Pais se Separam, Ed. Notícias, pg. 16). O espaço em que a criança vivia antes do divórcio/separação, a casa onde o

Requerente ainda habita, representa o contínuo do seu corpo e afectividade, relativamente ao período em que os pais se encontravam unidos. Contribuir para que a criança continue a frequentar a casa antiga, da qual saiu em Maio de 2014, é contribuir para uma menor dissociação de sentimentos, para maior segurança, favorecendo tanto quanto possível que não se venha a refugiar em comportamentos defensivos e repetitivos, em idades posteriores, relativamente à forma de dispor da sua afectividade e dos seus interesses pessoais, adoptando antes posturas e comportamentos que para si sejam vantajosos e frutuosos.(TRP1530/14.2TMPRT-E.PI)

Pondera-se depois que, sem ser decisivo, não se pode deixar de reconhecer que, por ora, a progenitora, por força das circunstâncias, tem estado mais presente no que concerne aos actos da vida corrente do filho dos requeridos, numa primeira fase, porque o menor ficou a residir consigo,(...) que a residência da mesma constitui, no presente momento, aquela residência onde o menor poderá obter uma maior estabilidade em termos de condições de vida, em termos das suas relações afectivas e em termos do seu ambiente físico e social. (...) Conclui-se que, apesar de ambos os progenitores possuírem as condições necessárias e adequadas para prover pelas necessidades do filho de ambos e do facto das condições materiais que o progenitor poderia oferecer serem superiores, porque a determinação em causa não pode aqui ser valorado no âmbito de um critério meramente quantitativo, considera-se que no actual momento o menor B... tem maior proximidade com o agregado familiar da progenitora, que a residência da mesma constitui, no presente momento, aquela residência onde o menor poderá obter uma maior estabilidade em termos de condições de vida, em termos das suas relações afectivas e em termos do seu ambiente físico e social. (TRP10799/12.6TBVNG.PI)

A preservação da situação de facto existente inviabilizou diversos pedidos de progenitores que pretendiam a residência alternada por considerarem a residência materna o local de referência da criança:

Neste contexto, norteados pelo princípio do “melhor interesse da criança” nas relações parentais, ponderando a proximidade física diária entre mãe e filha, os fortes laços afectivos que naturalmente se criaram, entendemos que a situação de facto existente não deve ser alterada. (...) O superior interesse da menor, em função do qual o tribunal terá de decidir, aconselha que se invista num projecto de vida junto da mãe e família materna, na qual se sente integrada e apoiada. Não se veja nisto qualquer menor consideração pelo requerente, pois do que se trata apenas é de resolver no melhor interesse da L..., a disputa entre os progenitores sobre o exercício das responsabilidades parentais no que se refere à residência/guarda física da filha e os direitos de visita, privilegiando-se a estabilidade dos seus vínculos afectivos e das suas rotinas diárias que sofreriam, por certo, forte abalo se a solução pela guarda conjunta fosse adoptada. (TRC626/09.7TMCBR.C1)

Numa situação em que uma menor de 11 anos se encontra perfeitamente estabilizada segundo o regime de guarda conjunta, com residência fixa em casa de um dos progenitores, entende-se que salvaguarda melhor os seus interesses a manutenção de tal regime, do que a sua alteração para um regime de residência alternada. (TRL1869/11.9TMLS.L1-2)

A decisão recorrida entendeu que a tenra idade da menor (ao tempo cinco anos) e o facto de se manter na casa em que vivia antes da separação dos pais impunham a fixação de residência nessa casa que é agora a da mãe. O critério apela à manutenção de estabilidade na vida da menor mantendo a referência espacial (não se trata apenas de tijolos, mas de local de organização da vida). A opção foi assim a de manter o domínio de estabilidade numa circunstância de instabilidade que a ruptura da vida em comum dos pais sempre constitui. Nessa medida afigura-se adequada a opção pela residência da mãe face à residência do pai que constituiria uma novidade. (TRL4547/11.5TBCSC-A.L1-6)

Em outro acórdão, apesar da sentença monocrática ter determinado o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, o Tribunal de Relação de Lisboa reformou a decisão para fixar a residência materna, por entender que a menor encontrava-se estabilizada, tendo havido, no entanto, um voto vencido que admitia a partilha de residências :

Este pai, dá o pequeno-almoço à filha, calça e veste-a, prepara-a para a escola, vai buscá-la à escola, vai à noite dar um beijo de boas noites em casa da mãe nos dias em que a não vai buscar à escola (em bom rigor a mãe limitar-se-á nos dias de escola a dar-lhe o jantar ou eventualmente um lanche, pois a criança deve tomar o almoço na escola), festas de ano e idas ao parque aos fins-de-semana e festas de anos com a compra dos presentes é com o pai, ou seja este é um pai galinha com verdadeiro instinto maternal difícil de ver; a filha corresponde, a companheira do pai tem uma ligação afectuosa com a criança, vivem a 2 minutos um do outro. A mãe quer que a residência da menor seja exclusivamente em sua casa e não também na do pai que está a 2 minutos da mãe, mas não se vê que perturbação isso possa causar à filha, nem sequer se provou que isso pudesse provocar qualquer especial "instabilidade" à filha menor. De modo que manteria a decisão recorrida, votando vencido, nos termos supra mencionados. (TRL1869/11.9TMLSBL1-2)

No presente estudo também se observou a utilização desse critério como justificação para a manutenção da guarda unilateral, indeferindo os pedidos de alteração das responsabilidades parentais:

Já no que se refere à alteração da regulação das responsabilidades parentais, se é inquestionável o princípio da alteração das decisões em caso de incumprimento ou em virtude de circunstâncias supervenientes (art. 182 da OTM), é também certo que será sempre e ainda aquele interesse do menor que há-de justificar a modificação do regime instituído, sendo a questão da alteração da guarda especialmente sensível, já que a estabilidade do ambiente e das relações afectivas da criança constituem factor decisivo a favor do progenitor com quem esta tem vivido([5]). (TRL2304/05.7TBCLD-E.L1-7)

Neste contexto, importa acentuar que as filhas se encontram à guarda do pai desde há 20 meses e, se não se devem defender meras situações de facto, atribuindo a uma realidade desconforme ao direito o efeito positivo da simples passagem do tempo, no caso presente nenhuma censura merece a determinação que, mesmo provisoriamente mas com o acordo de requerente e requerido, estipulou (há 20 meses, repetimos) a guarda das menores pelo pai. (TRP2182/10.4TBVFR.P1)

Assim, se a criança já estava em regime de residência única por um período de tempo e o regime estava funcionando, há grande relutância dos Tribunais em alterar a situação em que a criança estava a viver, usualmente chamada de *status quo*, inviabilizando qualquer pretensão de alteração do regime já consolidado para a residência alternada. Contudo, poder-se-ia questionar se a vontade dos pais, ou de um deles (aquele que convive mais com os filhos), aliada à preocupação de se garantir o direito da criança à convivência familiar, não constituiriam motivos para a alteração de guarda (Brito & Gonsalves, 2013).

3.2. Figura primária de referência

Outro critério muito utilizado para fundamentar a decisão da residência única é a figura primária de referência, que corresponde à pessoa que assumiu, na prática do dia-a-dia, as tarefas do cuidado prestadas ao filho.

A regra da figura primária de referência é um critério objectivo e funcional, relacionado, como se disse, com o dia-a-dia da criança, ou seja, com a realização de tarefas concretas prestadas ao menor, no quotidiano.(...) No caso em apreço tal figura primária é, pelo menos desde 2010 (altura da separação de facto) a mãe dos menores. Nos termos já referidos o objectivo da regulação das responsabilidades parentais não é o de promover a igualdade entre os pais, defender os interesses dos pais, mas garantir que se atinja, no maior grau possível, a satisfação dos interesses dos menores, em que se inclui o de a criança manter a continuidade da relação afectiva com a pessoa de referência – no caso a mãe. (TRG228/11.8TBBCL.G1)

Apesar de intitulado como neutro e objetivo, observou-se que, nos 10 acórdãos julgados com base nesse critério, em todos a mãe foi considerada a figura primária de referência para a criança e consequentemente estipulada a residência materna, mesmo quando ambos os progenitores possuíam competências parentais e fortes vínculos afetivos com os filhos.

Aqui chegados, importa decidir a qual deles, deve ser atribuída o encargo do exercício das responsabilidades parentais da B.... Atentos os critérios acima expostos e o que consta dos itens 6 a 12 dos factos provados, é indubitável que a figura parental de referência é a mãe e sem que com isto se queira dizer que o requerente não se interesse pela vida da sua filha – cf. itens 35 a 37 dos mesmos factos. No entanto, a figura de referência é a mãe, pelo que face aos critérios acima expostos, designadamente a idade, e, nesta parte, se aderindo ao que já se encontra referido na sentença recorrida, somos de opinião que a guarda da menor deve ser conferida à mãe, tal como decidido em 1.ª instância. (TRC90/08.8TBCNT-D.C1)

Ou seja, em quase desses sete anos de vida, viveu, por junto, cerca de dois meses seguidos apenas com o progenitor. Portanto e pesem embora os contactos frequentes com pai, a figura presente e marcante da vida do menor, foi indubitavelmente a mãe, com o empenho, zelo e dedicação (...). (TRE1051/09.5TMFAR)

Em outro acórdão, citando a doutrina jurídica, foi ressaltado ser o critério mais adequado na disputa judicial de guarda de menores.

Sendo que, dentro das “circunstâncias relevantes”, o juiz deve atender a qual dos pais, na constância do casamento ou da vida em comum desempenhou, em termos predominantes, as tarefas de cuidado primárias em relação à criança no dia-a-dia (a regra da pessoa de referência), em vez de atender a critérios de igualdade formal entre os pais ou a critérios psicológicos, insuscetíveis de avaliação objetiva ou se deixar envolver por situações transitórias que no momento do divórcio ou da separação se manifestem[6]., “Neste sentido, Maria Clara Sottomayor, segundo a qual este critério é o mais indicado para decidir uma disputa de guarda entre os pais por ser o mais objetivo, evitando a intervenção excessiva dos tribunais em assuntos privados da família ou nos conflitos parentais, permitindo decisões mais rápidas e consentâneas com a vontade da criança e com a estabilidade da relação afetiva principal – “Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio”, 5ª ed., Livª Almedina, pág. 26, em especial, nota 30. (TRP 3850/11.9TBSTS-A.P1)

Vale mencionar trecho do acórdão do Tribunal de Relação do Porto que aponta, dentre os malefícios da residência alternada, o de ocasionar a ausência de uma figura primária de referência:

(...) Evidentemente que é muito relevante a disponibilidade afetiva dos progenitores para que as crianças alcancem um harmonioso desenvolvimento e é nesse progenitor que deve sustentar-se a figura primária de referência, que é sempre aquela que cuida da criança na sua via quotidiana. Daí que uma guarda partilhada de um modo tão paritário possa redundar na ausência da dita “figura primária de referência”, aspecto de que não devem alhear-se os progenitores. Figura que permite, por um lado, “promover a continuidade da educação e das relações afetivas da criança e, por outro, atribuir a guarda dos filhos ao progenitor com

mais capacidade para cuidar destes e a quem estes estão mais ligados emocionalmente. A figura primária de referência será, também, em regra, aquele progenitor com quem a criança prefere viver”[3]. (TRP336/09.5TBVPA-B.P1)

Em contraponto a essas decisões, o acórdão n.º 1839/10.4TBVFX.L1-7 do Tribunal de Relação de Lisboa confirmou a sentença monocrática que fixou a residência alternada entre os progenitores, julgando improcedente o recurso interposto pela mãe que pugnava pela residência exclusiva com fundamento no critério da figura primária de referência:

A conveniência em manter a guarda confiada à pessoa que se ocupou mais da criança não deve, porém, ser aplicada automaticamente, pois o facto de um dos pais ter passado mais tempo com os filhos não significa necessariamente que tenha com eles uma relação de maior qualidade do que o outro progenitor, "aparentemente" mais ausente. O que é decisivo é avaliar a intensidade da relação e, não tanto, a quantidade de tempo passado com a criança.

A aplicação deste critério torna-se uma difícil tarefa para o Magistrado nos casos em que os progenitores desempenham um papel equivalente nos atos da vida corrente do menor, ou naqueles em que não corresponde ao interesse do menor, por exemplo quando a figura de referência no presente momento possa estar em condições de o colocar em perigo. Ao reconhecer a Síndrome de Alienação Parental, o Tribunal de Relação do Porto entendeu que ambos os progenitores constituíam referências primárias para os filhos, não levando em consideração o afastamento paterno ocorrido em virtude de atitudes da mãe, deferindo-se a residência ao pai:

Porém, tendo vivido pai e mãe ao longo de 15 anos como cônjuges, na mesma casa, e tendo nascido os três filhos durante este período de tempo, não havendo comportamentos negativos a apontar ao pai dos menores, será temerário afirmar que a figura do pai era e é uma referência secundária na vida dos filhos e a da mãe uma referência primária. Certamente ambos são referências primárias para os filhos. Seja como for, a conclusão a que se chegou na alínea anterior, mostra que os filhos devem ser entregues ao pai nesta fase da vida dos mesmos, pelo que a questão da figura da mãe como referência primária é, neste momento, irrelevante para alterar o que ficou dito. (TRP1020/12.8TBVRL.P1)

O critério da figura primeira de referência é adoptado por muitos operadores do direito como regra para fixar a residência única. No entanto, diversos estudos alertam que essa regra da aproximação encoraja, exatamente, aquilo que se tenta originalmente prevenir - o conflito parental (Kruk, 2012).

3.3. Melhores condições dos progenitores

Um dos critérios mais citados nas decisões para se decidir a residência dos menores foi o das melhores condições, que norteia as decisões sobre a residência unilateral, entendendo-se que seria o modelo mais adequado para atender aos interesses da criança, como ressaltado no trecho da decisão do Tribunal de Relação de Coimbra n. 1009/11.4TBFIG-A.C1 “*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”)*”.

Nas décadas de 70 e 80 tal critério era utilizado em diversos países em substituição da noção de falta conjugal (Brito, 2002). Estudos científicos sobre o tema apontaram que a busca pelo progenitor com as melhores condições de proporcionar o desenvolvimento integral do menor gerava uma competição entre os progenitores, já que estimula o confronto entre os progenitores para demonstração de competências, contribuindo para o acirramento do litígio. O trecho a seguir, destacado do acórdão do Tribunal de Relação do Porto n. 5253/12.9TBVFR-A.P1, ilustra bem essa situação:

“Sublinhou esta que ambos os progenitores manifestam carinho e afecto pelo filho e desejam manter com ele uma relação de grande proximidade, de tal modo que se batem os dois para que o tribunal considere que um tem melhores condições que o outro. (...) Disso é sintoma a deterioração da comunicação entre ambos e a intenção de cada um deles demonstrar que tem melhores condições do que o outro para ficar com o menor.”

Na íntegra desta decisão observa-se que, apesar de ambos os progenitores reunirem condições de assumirem a guarda física do filho, na escolha daquele que possuiria melhores condições foi considerado o facto da mãe possuir uma melhor articulação com o estabelecimento de ensino, deferindo a residência materna pela impossibilidade da residência alternada face ao quadro de animosidade existente entre o pai e a mãe e a ausência de acordo.

O fundamento do Tribunal no sentido de que a progenitora teria maior capacidade educativa por ter demonstrado participar ativamente da vida escolar do menor não parece ser um critério justo, pois tal facto poderia corresponder à partilha de tarefas que os

progenitores vinham realizando desde a ruptura do relacionamento. Assim, o facto da mãe figurar como encarregada de educação do filho perante a escola, não demonstra ter maior capacidade educativa, mas apenas que será a pessoa que, por acordo expresso ou presumido entre ambos, exercia desde a vida conjugal a função de interlocutora entre a escola e a família, seja por dispor de maior disponibilidade de tempo ou possuir maior sensibilidade para a vida escolar do filho.

Em posição contrária, o Tribunal de Relação de Évora entende que:

No que respeita às funções de encarregado de educação do menor, não faz sentido haver uma mudança anual na titularidade de tais funções de forma a que alternadamente, compitam a um ou a outro progenitor, fazendo todo o sentido que caibam ao progenitor com o qual o menor reside, uma vez que não estamos perante uma situação de guarda partilhada em que o menor, por exemplo, uma semana esteva com um e na outra semana esteja com outro, dos progenitores. Não é pelo facto de não exercer funções de encarregado de educação que o progenitor, que não tem o menor a residir consigo, perderá o direito de ser informado sobre a atividade escolar do filho até porque qualquer questão de particular importância, nomeadamente referente à educação, carece de exercício conjunto de ambos os progenitores. (TRE303/10.6TMSTB-B.E2)

Tanto o pai quanto a mãe devem se fazer presentes no processo de formação do filho e estão em igualdade de condições para exercerem essa obrigação, notadamente frente aos comandos constitucionais. “É do próprio interesse da criança, que tenha protegido seu convívio amplo com ambos os genitores. Não cabe a desqualificação do pai quanto aos cuidados com seu filho pelo ato de ser do sexo masculino” (Ferreira & Vilaro, 2007, p. 93).

De forma semelhante, outras decisões que também utilizaram esse critério para desempatar a escolha dentre os progenitores tiveram como consequência a aplicação da residência única, como mostram os excertos que a seguir se apresentam:

Portanto, para desempatar a situação, há, por conseguinte, que recorrer a critérios objetivos, que, no problema sub judice, a nosso ver, não podem deixar de ser os referenciais de proximidade do menor e a sua história pessoal, no que ao relacionamento com os progenitores diz respeito. (...) Na verdade, tudo visto e ponderado, conclui-se que ambos os progenitores, cada um à sua maneira, atenta a própria idiossincrasia, e com maiores ou menores vicissitudes, relacionam-se adequadamente com o filho, são para ele suficientemente protetores, e constituem ambos para o menor figuras de referência. Certo é que o pai se assume como mais

emocional/impulsivo e a mãe como mais racional. Mas, para o que ora está em causa, qual seja, apurar se o progenitor reúne, ou não, condições pessoais/ subjetivas e materiais/objetivas para cumprir o seu poder/dever de guarda do filho, a resposta não pode deixar de ser afirmativa. (TRC3079/12.9TBCSC.C1)

Sendo o progenitor quem oferece aos menores maior estabilidade emocional e melhores condições familiares e económicas, necessárias ao seu desenvolvimento integral e harmonioso, justifica-se que seja fixada a residência dos menores junto do pai. (TRG234/11.2TBAVV-A.G1)

Na ponderação que importa fazer deve atender-se às circunstâncias que envolvem a vivência da criança, ao meio em que está inserida, à forma como se relaciona, em concreto, com cada um dos progenitores, para decidir qual deles está em melhores condições de lhe proporcionar a tranquilidade indispensável ao desenvolvimento integral e harmonioso da sua personalidade. (TRL6098/13.4TBSXL-B.L1-8)

Vejamus então no caso concreto, qual dos progenitores apresentará melhores condições para garantir a prestação à criança de um projecto educativo equilibrado e as condições favoráveis a um sã crescimento. É com esse progenitor que a criança deve residir habitualmente, cabendo a este o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente da criança, nos termos do art.o 1906.o n.o3 do Código Civil. (TRL7598/12.9TBCSC-A.L1-6, TRL3500/10.0TBRR.L1-6)

Confrontando a situação do pai e da mãe, concluiu-se na sentença recorrida que o pai é quem reúne as melhores condições materiais e emocionais para ter a menor a residir consigo, posição da qual não discordamos. (TRP1814/09.1TJVN-A.P1)

Da mesma forma, utilizar como critério de desempate a avaliação do progenitor com o qual a criança possui vínculos afetivos mais sólidos para definir uma residência unilateral contribui para o afastamento físico e emocional da criança com o progenitor não residente (Brito & Gonsalves, 2013). Como exemplo desses casos, podem ser citadas tais decisões:

Neste contexto, norteados pelo princípio do “melhor interesse da criança” nas relações parentais, ponderando a proximidade física diária entre mãe e filha, os fortes laços afectivos que naturalmente se criaram, entendemos que a situação de facto existente não deve ser alterada. A proposta do recorrente, sem dúvida bem intencionada, de a filha residir alternadamente com cada um dos progenitores iria criar certamente uma instabilidade na vida da criança e aumentar o conflito parental. Não descurando que ambos os pais são idóneos e que a L... mantém bom relacionamento com eles, nutrindo por eles afecto e relacionando-se bem com a esposa do pai, importa reter que este, pese embora seja um pai carinhoso, participativo e empenhado, não poderá dispensar a mesma atenção, os mesmos cuidados à filha como faz a mãe, pois estará mais absorvido com os gémeos recentemente nascidos. (TRC626/09.7TMCBR.C1)

E tendo em atenção os cuidados, a dedicação que o pai mostra relativamente à M...e à profunda relação existente entre pai e filha, entendemos que a solução de atribuir a guarda da menor ao pai, com quem a criança residirá, é a que melhor defende os seus interesses.

(TRL82-14.8TBSRQ-A.L1-8)

Conclui-se que, apesar de ambos os progenitores possuírem as condições necessárias e adequadas para prover pelas necessidades do filho de ambos e do facto das condições materiais que o progenitor poderia oferecer serem superiores, porque a determinação em causa não pode aqui ser valorado no âmbito de um critério meramente quantitativo, considera-se que no actual momento o menor B... tem maior proximidade com o agregado familiar da progenitora, que a residência da mesma constitui, no presente momento, aquela residência onde o menor poderá obter uma maior estabilidade em termos de condições de vida, em termos das suas relações afectivas e em termos do seu ambiente físico e social.

(TRP10799/12.6TBVNG.P1)

Outra avaliação encontrada em grande parte das decisões foi a escolha pelo progenitor que apresentasse maior disponibilidade para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, conforme disposição do artigo 1906º, n.º 5 do Código Civil, como é visível nos seguintes excertos:

*A lei faz assim depender a escolha da residência do menor (seja ela a de apenas um dos progenitores, seja alternada), da verificação de algumas condicionantes, não taxativas, antes orientadoras, mas onde são mencionados expressamente o eventual acordo dos progenitores e a sua disponibilidade para promoverem relações habituais do filho com o outro progenitor.**(TRL1869/11.9TMLSB.L1-2)*

*Pelo art.1906o/5, o tribunal determinará a residência do menor e os direitos da visita de acordo com o interesse deste, ponderando os acordos dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro progenitor.**(TRC626/09.7TMCBR.C1, TRL6001/11.6TBCSC.L1-6)*

*Não sendo possível compete ao tribunal determinar a residência do menor e os direitos de visita de tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente, a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro, sendo que tal decisão é feita 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. (cfr. artº 1906º n.ºs 5 e 7 do CC).**(TRE303/10.6TMSTB-B.E2)*

Não obstante, saber qual dos progenitores preenche as necessidades psicológicas e físicas da criança, ou seja, medir a intensidade das relações afectivas entre pais e filhos é, no entanto, uma matéria recheada de dificuldades, desde logo porque a ligação da criança a cada um dos pais é um processo evolutivo e, muitas vezes, as diferenças relacionais são subtis e de difícil apreensão. Parece, contudo, haver largo

consenso no que respeita à importância da manutenção da continuidade das relações pessoais da criança e do grau de disponibilidade de cada um dos progenitores para assumir a responsabilidade pelo seu cuidado, vigilância e educação. (TRL1839/10.4TBVFX.L1-7)

II – Constatando-se que, no que respeita ao pai, não há registo de qualquer atitude tendente a afastar o D... da mãe, ao contrário, da parte dele sempre existiu e continua a existir toda a disponibilidade para propiciar e encorajar uma relação próxima entre a criança e a progenitora, perante tudo o que resulta dos elementos existentes nos autos, forçoso será concluir que, no confronto entre os dois progenitores, o único que merece a confiança do tribunal relativamente à capacidade de promover relações habituais do filho com o outro é o progenitor. (TRP1530/14.2TMPRT-E.P1)

Essa avaliação acerca da disponibilidade para promover os contactos com o outro progenitor também foi realizada pelo Tribunal de Relação de Lisboa, num caso reconhecido como Síndrome de Alienação Parental, para justificar a alteração das responsabilidades parentais:

Importa ter presente que neste domínio o legislador deu especial ênfase “à disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro” (no5 do artigo 1906o do Código Civil). Compulsados os autos torna-se patente que a progenitora, a quem a guarda do menor foi entregue, tudo fez para dificultar o relacionamento do pai com o filho, “imputando-lhe comportamentos criminosos e convencendo o menor que os mesmos ocorreram, assim desvalorizando e denegrindo o Pai perante o filho, para que este último acabe por rejeitar aquele”, como certamente o recorrido assinala (conclusão G) Ou seja, tudo o que a mãe do menor fez foi tornar patente que não satisfaz o critério plasmado no no5 do artigo 1906o do Código Civil, na redação introduzida pela Lei no61/2008, que identifica o interesse da criança com a disponibilidade de cada um dos pais promover a sua relação com o outro, acolhendo a cláusula do direito norte-americano designada por friendly parent provision. (TRL346/07.7TBCLD.L1-7)

É interessante destacar o trecho de uma decisão em que, não obstante tenha o Relator exposto entendimento contrário à residência alternada, ressalta a dificuldade das crianças em ter que escolher dentre os progenitores aquele com quem deseja morar:

A normalidade da vida assinala uma forte ligação emocional da criança ao pai e à mãe, pelo que “a escolha” da criança pelo pai ou pela mãe é, em si, um agente de perturbação, porque pode levar a criança a interiorizar sentimentos de culpa e de ambivalência pela “escolha”. (TRP336/09.5TBVPA-B.P1)

Tornstam (1996) aponta, dentre as vantagens da residência alternada, que a criança sente que é justo nenhum dos pais ser favorecido, diminuindo o seu sentimento de culpa. Assim, ao constatar-se que ambos os progenitores possuem competências parentais, deveria ser aplicada como regra o regime da residência alternada, e apenas quando provado que algum dos progenitores não reúne condições para exercer a guarda ou quando não atender aos interesses da criança deveria haver a fixação da residência única.

Neste sentido, observou-se no estudo jurisprudencial que, se por um lado a recente legislação teve como intenção estimular a convivência entre pais e filhos após a separação, por outro parece ter ocasionado uma maior resistência à aplicação do instituto da residência alternada por parte de alguns juristas. A análise das decisões permite supor que a adoção deste critério com a finalidade de aplicar a residência única pode significar a condenação da criança a uma filiação unilateral, contrariando o espírito do legislador que pretendeu estimular o convívio do menor com ambos os progenitores e a preservação do vínculo afetivo entre eles (Brito & Gonsalves, 2013).

3.4. Tenra idade da criança

O factor mais relevante para negar-se a aplicação da residência alternada nos casos estudados foi a pouca idade da criança, demonstrando haver uma forte relação entre a tenra idade do menor e o indeferimento da residência alternada.

Atendendo à idade da criança, não é de todo adequado um regime em que o menor está uma semana na casa do pai e, na semana seguinte, na casa da mãe. (TRL1463/14.2TBCSC.LI-8)

Concordamos com a perspectiva do Mo juiz a quo de que não favorece a estabilidade e o desenvolvimento de uma criança de tão tenra idade um regime de residência alternada com cada um dos progenitores, como vinha sucedendo. (TRL82-14.8TBSRQ-A.LI-8)

Em caso de menor com dezoito meses de idade, sendo a mãe quem efectivamente se encarregava dos cuidados com a criança, e verificada uma situação de conflito entre os progenitores, é adequada uma solução provisória de residência do menor com a mãe e de afastamento de guarda alternada. (TRL6098/13.4TBSXL-B.LI-8)

Assim, tendo em conta que estamos perante uma criança que tem, nesta data, apenas três anos de idade, parece-nos evidente que necessita de estabilidade e de uma rotina diária com regras simples e bem definidas de forma a permitir-lhe um

crescimento harmonioso. Ora, já se vê que isso não é compatível com uma situação em que a criança está uma semana a viver sob um regime em que tem um horário para dormir e na semana seguinte já tem um horário totalmente diferente, o mesmo se passando com as horas das refeições ou com o tempo em que pode ver televisão[10]. Aceita-se que a residência alternada possa em alguns casos funcionar bem, garantindo um contacto equivalente entre o menor e cada um dos progenitores, mas pressupondo que exista um relacionamento civilizado entre estes e tratando-se de adolescentes ou jovens que já têm alguma autonomia e capazes de se organizar em função de hábitos já adquiridos. No caso de crianças muito pequenas, como é o caso dos autos, tal alternância é manifestamente inadequada. (TRL7598/12.9TBCSC-A.LI-6)

Um estudo realizado com 18 juízes no Arizona (Estados Unidos) apontou que, dentre os fatores considerados relevantes para a tomada de decisão na atribuição da residência, 17 deles citaram a idade da criança (Wallace & Koerner, 2003), o que é coerente com os resultados encontrados nos casos dos Tribunais Portugueses aqui em análise.

Considerando que a legislação não determina uma idade mínima para a aplicação da residência alternada, é interessante mencionar que, em relação às idades dos menores, em mais de metade dos casos estudados em que foi referida a tenra idade (60%) as crianças possuíam idades de 4 anos ou mais, tendo havido referência inclusive em casos de crianças com 7 e 8 anos de idade:

E, numa idade em que a criança ainda não tem autonomia nas suas decisões mais correntes da vida – como é o caso da filha dos requerentes, que tem sete anos – é do seu interesse um regime que privilegie a estabilidade e uma orientação uniforme nas decisões correntes da sua vida (a que se refere a 2a parte do nº3 do artigo 1906o), o que não se mostra viável quando – como também é o caso – os progenitores mantêm uma relação conflituosa (cfr neste sentido acs RL 18/03/2013, P. 3500/10 7/11/2013, P. 7598/12, 26/06/2014, P. 4089/10 e 11/09/2014, P. 1869, todos em www.dgsi.pt). A residência alternada dos menores, havendo bom entendimento entre os progenitores, poderá resultar numa fase posterior, de adolescência, em que os menores já têm alguma autonomia e já não estão tão dependentes dos pais no âmbito de todas as decisões a tomar sobre os actos da sua vida corrente; mas não é o caso dos autos, face à idade da menor e à relação existente entre os progenitores. (TRL4547/11.5TBCSC-A.LI-6)

Alguns acórdãos citaram a doutrina jurídica para fundamentar o indeferimento da residência alternada nos casos de crianças em tenra idade: “Como refere Maria Clara Sottomayor - “Exercício do Poder Paternal” pág. 256 - (...) Quanto aos acordos de alternância de residência, salvo casos excepcionais, não devem ser permitidos, sobretudo

tratando-se de crianças em idade pré-escolar.”. (TRL1839/10.4TBVFX.L1-7, TRL01297/12.9TBBRR.L1-8)

A criança desde tenra idade reconhece o laço afetivo que existe entre ela e cada um dos progenitores porém, a noção de intervalo de tempo da criança difere da do adulto (Wallerstein & Kelly, 1998, Féres-Carneiro, Viviani & Magalhães, 2007), de modo que a ausência de um dos pais por alguns dias pode ocasionar sentimentos de angústia, de abandono e afastamento emocional do progenitor ausente (Silva, 2005).

Além disso, diversas pesquisas ressaltam a importância da criação de vínculos afetivos estreitos entre pais e filhos desde a tenra idade, demonstrando a dificuldade de aproximação com o progenitor não residente com o passar dos anos e apontando a visita quinzenal como insuficiente para a criação de um vínculo mais estreito (Brito, 2008; Brito & Gonsalves, 2009; Silva, 2005). Quanto mais tempo a criança passar com o pai após a ruptura conjugal, melhor será o seu relacionamento a longo prazo com este (Fabricius & Luecken, 2007; Peters & Ehrenberg, 2008). Desse modo, não faria sentido iniciar um regime de residência alternada anos depois do nascimento do filho quando não houvesse sido previamente estabelecido um estreito vínculo entre a criança desde a tenra idade com o progenitor não residente (Poussin & Lamy, 2005).

Nesse ponto, importa referir um caso em que, não obstante a homologação do acordo de residência alternada pela 1ª instância, o Tribunal deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público para fixar a residência única face à tenra idade da criança:

Não cremos, porém, que a circunstância de os requerentes se mostrarem concordantes não é, ainda, suficiente para concluir que o acordo corresponde ao interesse da C. À data em que o acordo foi apresentado no tribunal, a C tinha cerca de três anos e meio de idade, fase da vida em que mais se fazem sentir necessidades de segurança e estabilidade, tendencialmente comprometidas com situações de residência alternada. (TRL 2526/11.1TBBRR.L1-1)

Importa destacar que, nos 13 casos estudados em que foi negada a aplicação da residência alternada em virtude da pouca idade do menor, verificou-se apenas um caso em que a guarda foi deferida para o pai, o que revela a forte influência da preferência materna em casos de tenra idade.

Na duas últimas décadas, destacou-se a acentuada prevalência da monoparentalidade feminina, continuando a ser mais frequente com crianças mais pequenas, bem como o

aumento significativo da monoparentalidade masculina com filhos maiores de 18 anos, o que pode indicar uma alteração na monoparentalidade masculina. Neste ponto, não se pode olvidar que as investigações mais recentes apontam a mudança da parentalidade masculina na sociedade contemporânea, no sentido do maior envolvimento e participação dos homens nas tarefas domésticas e nos cuidados com os filhos (Wall, Aboim, & Cunha, 2010). No entanto, a taxa dos núcleos masculinos com os filhos em idade na faixa de 0-4 anos é inferior à média nacional, sugerindo que os pais sós tendem a residir com crianças mais velhas (Marinho, 2014), confirmando a preferência materna na tenra idade. Sugere Marinho (2014) que um elemento de diferenciação das monoparentalidades femininas e masculinas é a idade dos filhos, por observar que os pais sós tendem a residir com crianças mais velhas e também por experimentarem a parentalidade numa fase mais tardia do percurso de vida.

Essa tendência pode ser justificada pelo facto de, em caso de filhos com tenra idade, os Tribunais portugueses darem preferência à fixação da residência materna por considerarem a mãe a pessoa de referência da criança e a sua relação afectiva principal, critérios muitas vezes aplicados em nome do superior interesse da criança (Ferreira & Vilaro, 2007). Este conceito indeterminado acaba por permitir a assunção por Magistrados de presunções judiciais, que se consolidaram durante anos de jurisprudência, como a preferência materna na atribuição da guarda dos filhos, em flagrante violação do princípio da igualdade entre pai e mãe proclamado nos artigos 13 e 36 da C.R.P, reforçado também pela Lei n.º 61/2008 (Kruk, 2005). Segundo Braver et al. (2008), as pessoas acreditam que os tribunais julgam com base na preferência materna e muitos pais já se conformam de antemão com essa crença.

Em contraponto a essas decisões, destacam-se duas decisões do Tribunal de Relação de Lisboa em que, apesar de serem crianças de apenas 3 e 6 anos de idade, foi deferida a residência alternada:

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. (...) Se até aos 3 anos de idade a criança tem uma ou duas figuras parentais de referência com quem se vincula para toda a vida, aos 6 anos de idade a criança está habilitada a interagir com um leque muito mais largado de pares e adultos, motivo pelo qual, a guarda alternada, desde

que se verifiquem os requisitos subjacentes à mesma, não é prejudicial nestas idades. (TRL6001/11.6TBCSC.L1-6)

Não se vislumbram obstáculos de natureza fáctica e jurídica que obstem a que o Tribunal homologue um acordo desta natureza, assegurados como estão os interesses da criança, com a existência dessa relação de proximidade entre os progenitores – e que se estende à relação de proximidade residencial – e em face do comum acordo dos pais. (TRL33/12.4TBBRR.L1-8)

3.5. Relacionamento entre os progenitores

Na maior parte dos casos, os progenitores não conseguem manter um bom relacionamento após a ruptura da conjugalidade, o que tornou o conflito conjugal o centro dos debates em torno da possibilidade da aplicação da residência alternada, por exigir a cooperação de ambos os progenitores (Azambuja, Larratéq, & Filipouski, 2010).

O bom relacionamento entre os progenitores ou a ausência de conflito foi frequentemente considerado condição essencial à aplicação da residência alternada:

A guarda conjunta com residências alternadas entre os dois progenitores com uma relação conflituosa entre si não é do interesse da uma menor, com sete anos de idade. (TRL4547/11.5TBCSC-A.L1-6)

A fixação da guarda conjunta (de exercício das responsabilidades parentais) com residências alternadas é admissível, desde que se faça um juízo de prógnose favorável quanto ao que será a vida do menor, suportada em elementos de facto evidenciados no processo afigurando-se-nos que, em regra, a fixação desse regime só é compatível com uma situação em que se verifica uma particular interacção entre os progenitores, um relacionamento amigável entre ambos, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os progenitores habitam. (TRL4089/10.6TBBRR.L1-1)

Contudo, a solução da residência alternada pode ser adoptada se os pais, acordando nesse sentido, mostrarem uma inequívoca vontade de cooperar e de pôr de parte os seus diferendos pessoais. Não deve, porém, ser seguida num caso em que o menor tem cinco anos de idade e existe um clima de animosidade entre os pais. (TRP5253/12.9TBVFR-A.P1)

Aquele preceito legal – artigo 1906º no 5 e 7 do Código Civil -, aponta para um regime regra de residência habitual ou principal, junto de um dos progenitores. A solução da residência alternada só deve ser considerada num contexto de consenso, confiança mútua entre os progenitores, profundo respeito pelo outro progenitor e real desejo de colaboração com ele. (TRL6001/11.6TBCSC.L1-6)

O regime de residência alternada não é, normalmente, o mais adequado no caso de conflito acentuado entre os progenitores e em que estejam em causa crianças muito

pequenas. (...) Aceita-se que a residência alternada possa em alguns casos funcionar bem, garantindo um contacto equivalente entre o menor e cada um dos progenitores, mas pressupondo que exista um relacionamento civilizado entre estes e tratando-se de adolescentes ou jovens que já têm alguma autonomia e capazes de se organizar em função de hábitos já adquiridos. (TRL3500/10.0TBRR.L1-6)

Entre os 4 e os 10 anos, a “residência alternada” apenas deve ser adotada, nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro como progenitor. Conforme se escreveu na douta sentença recorrida “A adoção de uma solução de guarda conjunta com residência alternada exige, entre outros aspetos, que exista demonstrada capacidade de cooperação entre os progenitores, (ou ao menos um quadro factual que permita a formulação de um juízo de prognose favorável à capacidade de cooperação entre os progenitores (...), capacidade para pôr de parte diferendos pessoais, capacidade de dar prioridade às necessidades dos filhos, respeito e confiança mútuos e vontade de cooperar. (...). 8. No quadro da conflitualidade reinante entre os progenitores, a fixação da residência alterada, acarretaria para os menores, o vivenciar constante da hostilidade daqueles e o conflito de lealdade interno e sentimentos de ambivalência que já lhe retiram o espaço para formular juízos independentes quanto à sua emotividade e relacionamento com cada um dos pais, agudizar-se-ia.(...) (TRP 3850/11.9TBSTS-A.PI)

A qualidade do relacionamento entre o ex-casal não deveria sacrificar a contribuição emocional e moral na formação dos filhos, privando-os de uma convivência equilibrada e estreita com ambos os progenitores. Essa exigência confundiria as questões conjugais e parentais (Brito & Gonçalves, 2013), sendo certo que a separação do casal não deve comprometer os vínculos familiares, visto que o poder parental, ao contrário de outros aspectos, não é alterado pela separação (Dias, 2007). Além disso, na maioria dos casos os desentendimentos entre os progenitores decorrem exatamente do afastamento do convívio com os filhos, imposto a um deles (Brito e Gonsalves, 2013).

O pensamento dominante dos tribunais é que a parentalidade partilhada apenas funciona quando os progenitores são cooperativos entre si e não estão engajados num conflito judicial (Millar & Goldenberg, 1998), entendendo que a alternância de residência propicia o aumento do conflito entre os progenitores:

Pelo contrário, o mais provável é que a referida alternância propicie as condições favoráveis para o agudizar dos conflitos entre os progenitores, com as consequências nefastas para a criança. Aceita-se que a residência alternada possa em alguns casos funcionar bem, garantindo um contacto equivalente entre o menor e cada um dos progenitores, mas pressupondo que exista um relacionamento civilizado entre estes e tratando-se de adolescentes ou jovens que já têm alguma

autonomia e capazes de se organizar em função de hábitos já adquiridos. (TRL7598/12.9TBCSC-A.L1-6)

A proposta do recorrente, sem dúvida bem intencionada, de a filha residir alternadamente com cada um dos progenitores iria criar certamente uma instabilidade na vida da criança e aumentar o conflito parental. (TRC626/09.7TMCBR.C1)

Pelo contrário, o mais provável é que a referida alternância propicie as condições favoráveis para o agudizar dos conflitos entre os progenitores, com todas as consequências nefastas, para um bom relacionamento entre pais e filha. (TRL3500/10.0TBRR.L1-6, TRL1463/14.2TBCSC.L1-8, TRP 3850/11.9TBSTS-A.P1)

Para Fabricius e Lueckem (2007) o conflito per si não deve servir de fundamento para se limitar o tempo de convivência do filho com os seus progenitores, diferentemente dos casos onde há violência ou abuso. Pelo contrário, os tribunais devem pesar a opção de aumentar o tempo com os progenitores em família com elevado conflito. Estudos recentes apontam uma redução de conflito entre os pais que partilham o exercício das responsabilidades parentais e residência e um aumento gradual de conflitos nos casos de residência única (Bausermann, 2002; Kruk, 2012; Nielsen, 2011), já que dificilmente os pais colaboram neste último caso.

Nesses sentido, é interessante destacar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, instância máxima de interpretação das Leis, pela Ministra Nancy Andrichi, que considerou a custódia física conjunta como efetiva expressão da guarda compartilhada, reconhecendo a possibilidade de sua aplicação em situação de conflito:

“É altamente questionável a afirmação que a litigiosidade entre os pais - ou a causada por um genitor intransigente - possa impedir a fixação da Guarda Compartilhada, pois assim se ignora toda a riquíssima estruturação teórica, prática e legal que aponta a Guarda Compartilhada como o ideal a ser buscado e o melhor interesse da criança na sociedade do século XXI. (...)Na verdade, a força transformadora dessa inovação legal (Guarda Compartilhada) está justamente no compartilhamento da custódia física, por meio da qual, ambos os pais interferem no cotidiano do filho. Dessa forma, a custódia física não é elemento importante na Guarda Compartilhada, mas a própria essência do comando legal que deverá ser implementada nos limites possíveis permitidos pelas circunstâncias fáticas.”

“a inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole”. (STJ - Recurso Especial no 2011/0084897-5. Relator(a) Ministra Nancy Andrichi. Data da Publicação 31/08/2011).

Outra referência recorrente encontrada em algumas decisões estudadas foi a impossibilidade dos progenitores com dificuldades de relacionamento definirem linhas comuns de orientação na educação da criança:

“Nestas circunstâncias demonstradas de clima de hostilidade, ausência de diálogo e cooperação, será impossível a requerente e requerida definirem previamente linhas comuns de orientação na educação do C... e da D... de forma a garantir que, não obstante a alternância de residência, se mantém a desejável estabilidade. Pelo contrário, o mais provável é que a referida alternância propicie as condições favoráveis para o agudizar dos conflitos entre os progenitores, com as consequências nefastas para estas duas crianças (TRL3500/10.0TBRR.LI-6, TRL7598/12.9TBCSC-A.LI-6, TRL1463/14.2TBCSC.LI-8, TRP3850/11.9TBSTS-A.PI)

Vale ressaltar uma decisão do Tribunal de Relação de Lisboa que deferiu a residência alternada, apesar do conflito entre os progenitores:

Esta consideração faz-nos reverter à ideia de custódia conjunta. É do superior interesse da criança manter o contacto protetor de ambos os pais, apesar do risco de conflito, e evitando sempre que possível situações que possam degenerar em conflitos de responsabilidade parental. (...) Então, a segunda melhor solução parece ser a residência alternada, por períodos mais longos. (TRL1900/05.7TBSXL-E.LI-1)

3.6. Protecção da estabilidade da criança

No estudo jurisprudencial realizado observou-se em diversas decisões que membros do Ministério Público e Magistrados comungam do entendimento de que a mudança de rotina seria prejudicial à estabilidade das crianças, considerando que as frequentes deslocações do domicílio dos progenitores promovem a desestabilização física e emocional destas.

Assim, em nome da protecção da estabilidade da criança, verificou-se que em 10 casos foi indeferida a aplicação da residência alternada por receio do perigo que a permanente mudança de ambiente, de pessoas, de cama, de brinquedos e de localidade, eventualmente de vizinhos e amigos, por curtos períodos, pudesse comprometer a formação da sua personalidade, entendendo que a mudança de rotina seria prejudicial à criança, especialmente a de tenra idade. Em 70% desses casos a residência foi deferida

exclusivamente para a mãe. A ilustrar esse pensamento, algumas decisões utilizaram o mesmo discurso:

Assim, tendo em conta que estamos perante uma criança que tem, nesta data, apenas três anos de idade, parece-nos evidente que necessita de estabilidade e de uma rotina diária com regras simples e bem definidas de forma a permitir-lhe um crescimento harmonioso. Ora, já se vê que isso não é compatível com uma situação em que a criança está uma semana a viver sob um regime em que tem um horário para dormir e na semana seguinte já tem um horário totalmente diferente, o mesmo se passando com as horas das refeições ou com o tempo em que pode ver televisão[10]. Atendendo à idade da criança, não é de todo adequado um regime em que a menor está uma semana na casa do pai e, na semana seguinte, na casa da mãe. (TRL7598/12.9TBCSC-A.L1-6, TRL3500/10.0TBBRR.L1-6, TRL1463/14.2TBCSC.L1-8)

Nota-se que a jurisprudência vem consolidando tal entendimento, que vem se repetindo em diversos casos e nos diferentes Tribunais, espelhando tradições e pensamentos difíceis de serem alterados. Tal pensamento surgiu em 1973, num livro frequentemente citado e publicado por Goldstein et al. (1973), contra as vozes que começaram a emergir contra a guarda única, argumentando que a constante mudança de casa gerava confusão, perda de sentimento de pertença, conflitos de lealdade, dentre outros.

Todas as crianças são afetadas e sofrem com a ruptura do relacionamento de seus pais; entretanto, vários estudos têm apontado que a adaptação delas à nova situação é favorecida pela presença constante de ambos os progenitores, já que a ruptura abrupta de convivência com um dos progenitores gerava maiores problemas comportamentais e distúrbios emocionais. Além disso, as crianças em guardas únicas frequentemente expressam angústia pela privação de contacto com o progenitor que não tinha a guarda física, enquanto aquelas que partilham a residência sentem que, apesar das mudanças frequentes, ainda vivem com ambos os pais e que são amados por eles (Tornstam, 1996).

Apesar da maioria desses casos dizerem a respeito a menores de tenra idade, também foi considerado nefasto o regime da residência alternada para uma criança de 11 anos, que manifestou em audiência a vontade de viver com ambos os progenitores:

(...) Acresce que a menor, com 11 anos, está a entrar na idade da adolescência, fase complexa, que requer, na medida do possível, um máximo de estabilidade, tendo em vista evitarem-se consequências indesejáveis, sendo por isso mais vantajoso possuir uma residência fixa, onde tenha instalado todo o seu universo. (TRL1869/11.9TMLS.B.L1-2)

Na contemporaneidade, devido à grande flexibilização quanto aos lugares nos quais as crianças passam o dia (creche, escola, casa dos avós, etc.), elas conseguem distinguir sem grandes conflitos ou traumas psicológicos as regras de cada local de convivência. A referência a ser mantida pela criança atualmente é a de sua família (Brito & Gonsalves, 2013; Ferreira & Vilardo, 2007).

Assim, não se percebe que supostos danos emocionais poderiam ser causados às crianças com a alternância da guarda física entre os progenitores ou pelo facto de possuírem duas casas. Essa foi a conclusão de Nielsen (2013), ao rever os estudos científicos sobre a residência alternada, ao constatar que nenhum dos estudos realizados comparou diretamente os níveis de insegurança ou instabilidade entre as crianças que viviam em residência única com as que viviam em residência alternada. Além disso, em todos os estudos revistos foram ressaltados os resultados positivos das crianças que viviam alternadamente com ambos os progenitores.

A única referência na área de Psicologia encontrada na revisão de literatura empreendida que se manifesta contra essa modalidade dupla de residência, também citada em algumas decisões estudadas, é feita pela psicanalista Françoise Dolto em 1989: “Quando pequeno, o filho não pode suportar a custódia alternada sem permanecer débil na sua estrutura até eventualmente, se dissociar ao sabor da sensibilidade de cada um. A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança” (p. 65). Contudo, grande parte da doutrina jurídica ainda critica esse modelo de residência por entender que acarreta graves inconvenientes à criança pela instabilidade emocional que a constante mudança de residência cria na sua vida, comprometendo o seu equilíbrio, a estabilidade do seu quadro de vida e a continuidade e unidade da sua educação (Sottomayor, 2011).

Sem mencionar qualquer embasamento científico, verificaram-se afirmações como: *Para o desenvolvimento da criança é menos traumatizante a redução do contacto com o progenitor sem a guarda do que uma ruptura na relação com o progenitor com quem tem vivido, que será aquele com quem construiu uma relação afectiva mais forte.* (TRL1839/10.4TBVFX.L1-7)

Neste ponto, numa pesquisa realizada com crianças que passaram pelo processo de separação dos pais, Wallerstein e Kelly (1998) ressaltaram que dois terços das crianças,

especialmente as mais jovens, relataram ansiedade pela falta do progenitor ausente. De facto, vários estudos comprovaram uma tendência dos pais que não possuem a guarda física de se afastarem gradualmente dos filhos para um esfera periférica, pois sentem-se colocados à margem da rotina de vida das crianças (Braver, 1995, citado por Tornstam, 1996). Tal situação não ocorre no exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, pois os pais assumem um papel mais relevante e um maior contacto diário com os filhos do que tinham antes do divórcio (Irving et al., 1984, citado por Tornstam, 1996). Em investigação sobre o papel do progenitor consoante o género, constatou-se que o papel do pai não é estanque, mas flexível e dependente das condições, assumindo a responsabilidade diária pelos filhos, inclusive gerindo melhor o seu tempo para dedicarem-se a eles (Risman, 1986, citado por Tornstam, 1996).

Por outro lado, poder-se-ia afirmar que a residência alternada também seria benéfica para as mães, no sentido de reduzir o conflito trabalho-família que é acentuado quando elas possuem a residência exclusiva dos filhos, passando a dispor de mais tempo e liberdade para prosseguir sua educação, empregos, carreiras e lazer, especialmente nos casos de tenra idade, em que a criança demanda mais atenção e cuidados.

Neste sentido, destaca-se uma decisão proferida nos autos de uma Ação de Incumprimento proposta pela mãe, em que os 3 filhos do ex-casal viviam em alternância de residência e o Tribunal, mesmo não tendo sido objeto do recurso, expressa a sua contrariedade à residência alternada adotada, assinalando diversos malefícios que tal situação poderia causar aos menores, inclusive a de ocasionar a ausência de uma figura primária de referência:

Sem pretendermos imiscuir-nos na opção dos progenitores quanto à guarda partilhada, por não ser objecto da nossa análise, num tom de humilde pedagogia, não podemos deixar de assinalar os malefícios que, por vezes, ela acarreta para as crianças. Desde a instabilidade emocional gerada com a permanente mudança de casa e de orientações de vida ao distanciamento da “casa de morada de família”, tudo constitui um factor de inquietação emocional que quebra o equilíbrio essencial ao crescimento e desenvolvimento de uma criança num ambiente securizante. (...) Acresce que um desenvolvimento harmonioso tem de passar sempre pelo convívio, sereno e saudável, com o pai e com a mãe, ainda que estes se não possam manter juntos. Não procurem os pais junto de qualquer tribunal a solução mágica para uma problemática que só a sua razoabilidade e bom senso podem resolver. (TRP336/09.5TBVPA-B.P1)

Em outro acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, além de ter sido rejeitada a residência alternada, entendeu-se que um dia de pernoite durante a semana na casa do progenitor não residente também deve ser evitado por criar situação de instabilidade na vida da criança:

Um regime de residência alternada, ora na casa da mãe ora na casa do pai, gera necessariamente uma situação de instabilidade e constantes alterações na vida da criança que, na ausência de motivos excepcionais, deve ser evitada.[...] Concordamos com a perspectiva do Mo juiz a quo de que não favorece a estabilidade e o desenvolvimento de uma criança de tão tenra idade um regime de residência alternada com cada um dos progenitores, como vinha sucedendo (...). Insistimos que, sendo embora um regime de residência alternada menos aconselhável, na medida em que imporia à M... uma situação de constante mudança e alternância que não se afigura solução mais adequada com vista a garantir uma estabilidade na sua vida, a presença da mãe na vida da menor é essencial e deve ocorrer diariamente. (...) Quanto ao pedido de a menor pernoitar em casa da mãe, entendemos que, durante a semana, não seria a melhor solução. Já está fixado no regime estabelecido na sentença recorrida que a mãe terá consigo a menor em fins-de-semana alternados de sexta-feira a domingo, pelo que a M... dormirá dois dias em casa da mãe nesses períodos. Não faz sentido obrigar a menor, durante a semana, a mudar de cama, de quarto, constantemente. Trata-se de uma situação que seria incómoda, mesmo para um adulto, não sendo desejável que a M... cresça numa atmosfera que lhe não permite a estabilidade do seu espaço próprio. (TRL82-14.8TBSRQ-A.L1-8)

Estudos realizados com filhos de pais não conviventes demonstraram que a fixação de visitas ocasiona uma mudança evidente na rotina das crianças, as quais antes do divórcio conviviam diariamente com ambos os progenitores e um afastamento gradual da relação de afeto entre o filho e o progenitor residente (Souza, 2000, citado por Brito & Gonsalves, 2013; Wallerstein & Kelly, 1998).

Desse modo, entre a rotina de encontrar um dos progenitores esporadicamente ou a rotina do convívio na casa de ambos os progenitores, qual das situações importaria como fator de proteção à estabilidade e saúde mental da criança? A referência a ser mantida pela criança deverá ser a sua família, pai e mãe, e não a casa de cada um deles. Os mais recentes estudos realizados em diversos países revelam que a vinculação da criança deve ser com ambos os progenitores, e não com a casa do pai ou da mãe, ainda que seja necessário ser estabelecido duas residências (Brito & Gonçalves, 2013). A adoção de uma residência única para a criança em nome de proteção à sua estabilidade, excluindo-a da possibilidade

de convívio igualitário entre ambos os progenitores, é um entendimento desprovido de qualquer base científica, conforme leciona o professor Vezzetti (2012):

“A principal crítica contra um modelo duo-parental completo e autêntico, como o proposto neste projeto de lei, é a divisão inevitável dos interesses das crianças entre duas referências parentais igualmente importantes, com a consequência da criança flutuar entre 2 casas diferentes. A terminologia usada para expressar este desacordo usa uma linguagem fortemente negativa tal como “bola de jogo”, “encomenda postal”, “criança cortada como uma laranja”, “nómada” e “criança-mala”. É uma crítica que pode soar apelativa e pode parecer convincente mas apenas aos mal informados. Crítica que não tem em conta estudos científicos e não é informada pelo progresso científico. É o mesmo que negar antibióticos às pessoas com pneumonia para evitar os inevitáveis efeitos secundários gastrointestinais. Estas análises de estudos longitudinais demonstram que nenhum efeito negativo resulta da guarda partilhada entre duas casas ou de modelos educacionais distintos inconsistentes. Tal como acima referido, os resultados indicam contrário.”

3.7. Existência de irmãos

A existência de irmãos também foi considerado um fator relevante para a escolha do progenitor com quem o menor deveria residir em 3 casos no Tribunal de Relação do Porto e em 1 caso do Tribunal de Relação de Coimbra. Daqui resultaram 2 residências maternas e 2 paternas, tendo sido em todos os casos determinado o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de maior importância.

Embora não constitua rigorosamente um critério para a atribuição da guarda dos menores, a não separação dos irmãos é um princípio ao qual deve ser dada particular relevância a fim de evitar a tentação de separar os filhos para equilibrar os direitos dos pais, no sentido de ambos satisfazerem o desejo de os ter consigo. (TRG 234/11.2TBAVV-A.G1)

Ponderando a relação do menor com os irmãos, considera-se que este critério encontra plena aplicação, na medida em que uma decisão que colocasse o menor B... a residir com o progenitor, implicaria um corte (ainda que temperado pelas visitas à progenitora) com a estabilidade das condições de vida do menor que ficaria, de um momento para o outro e na sua idade, sem a presença diária e física dos seus irmãos, com quem se relaciona de uma forma intensa (partilhando diariamente as refeições, as noites, as brincadeiras, o afecto próximo dos irmãos), bem como da avó materna (presença diária na residência), e dos primos (de quem a avó também cuida) para além da progenitora. Extraí daqui que se pode avançar no sentido de que, do ponto de vista dos interesses do menor, a residência do mesmo deve ser fixada junto da progenitora que possui todas as condições para exercer as

responsabilidades parentais – tal como até ao momento tem demonstrado, seja quanto ao B..., seja quanto aos seus irmãos. (TRP10799/12.6TBVNG.P1)

A preservação das relações afectivas entre irmãos é entendida como direito estruturante da criança, previsto no artigo 1887.º A do Código Civil, cuja separação deverá ser evitada, sob pena de poderem ser causados prejuízos sérios na estabilidade afectiva e no equilíbrio emocional das crianças. Entretanto, não deveria esse princípio ser utilizado como indicador de uma residência única, uma vez que a partilha de residências favorece a preservação do vínculo afectivo entre os irmãos devido ao amplo contacto que se estabelece com ambos os progenitores.

3.8. Acordo entre os progenitores

Algumas decisões mencionaram a necessidade dos progenitores estarem de acordo para a aplicação da residência alternada:

Na falta de acordo, e como princípio geral, não é legalmente admissível a guarda conjunta ou partilhada, como parece resultar do art.1906 no7 do CC. (TRC1009/11.4TBFIG-A.C1)

Também se dirá do que resulta da prova exibida, no que concerne ao interesse da menor quanto à implementação do regime de residências alternadas, que contrariamente ao que tinha sido alegado pelo progenitor, não se provou essa sua manifestação de vontade, sendo ainda de valorar a inexistência de acordo por banda da progenitora a que ele se concretize. (TRL1869/11.9TMLS.L1-2)

Em suma, é imprescindível que haja acordo dos progenitores quanto à fixação de duas residências ao menor. Manifestamente não é esse o caso dos autos, onde, tal como se afirmou na sentença recorrida, existe um quadro de animosidade entre os progenitores que o desaconselha e que claramente transparece das alíneas l), n) e o) da matéria fáctica dada como assente. (TRP5253/12.9TBVFR-A.P1)

Ao interpretar o art. 1906.º no 3 e 5 do Código Civil, o Tribunal de Relação de Lisboa entendeu que houve uma preferência do legislador pela residência única e que, no caso analisado, por serem os progenitores tripulantes de avião e estarem de acordo, poderia excepcionalmente ser fixada a residência alternada:

É de admitir o acordo de ambos os progenitores, divorciados, visando, no âmbito da regulação do poder paternal, que a filha menor, agora com dez anos de idade, passe

a viver alternadamente em casa de cada um deles. (...) Estamos aqui perante uma medida excepcional, face ao critério geral mais recomendável de os menores viverem à guarda e com um dos progenitores, beneficiando o outro do regime de visitas, e que se justifica porque no caso em apreço ambos os progenitores são tripulantes de aviões e a sua profissão obriga-os a estarem ausentes no estrangeiro duas semanas intercaladas em cada mês. (...) Parece manifesto que estas disposições mostram a vontade do legislador em que o menor fique a residir com um dos pais, beneficiando o outro de regimes de visitas. Isto em nome da aludida estabilidade de vida do menor. (TRL01297/12.9TBBRR.L1-8)

Nas decisões estudadas notou-se ainda que em muitos processos de alteração das responsabilidades parentais foram indeferidos os pedidos de alteração para a residência alternada por falta de consenso, mesmo havendo prova da completa capacidade parental de ambos os progenitores, contradizendo a lei com argumentos subjetivos. Na maior parte desses casos, o progenitor não estava requerendo a residência exclusiva do menor para si, mas sim a alteração da residência materna para o regime da residência alternada, situação que demanda outros parâmetros de análise. A vontade dos pais, ou de um deles (aquele que convive mais com os filhos), aliada à preocupação de se garantir o direito da criança à convivência familiar, constituiriam motivos para a alteração de guarda (Brito & Gonsalves, 2013).

3.9. Distância entre as moradas

Outro argumento observado foi o de que a distância entre as moradas dos progenitores inviabilizava a aplicação da residência alternada:

A fixação da guarda conjunta (de exercício das responsabilidades parentais) com residências alternadas é admissível, desde que se faça um juízo de prógnose favorável quanto ao que será a vida do menor, suportada em elementos de facto evidenciados no processo afigurando-se-nos que, em regra, a fixação desse regime só é compatível com uma situação em que se verifica uma particular interacção entre os progenitores, um relacionamento amistoso entre ambos, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os progenitores habitam. (TRL4089/10.6TBBRR.L1-1)

Tem sido entendimento da doutrina que para que uma guarda alternada possa vingar com sucesso é mister que ambos os progenitores residam relativamente próximos do outro, (...) (...) (TRL6001/11.6TBCSC.L1-6)

Em outra decisão, a sentença monocrática que entendeu que a distância de 11 quilómetros entre Queluz e Parede, as residências dos progenitores, inviabilizava a alternância de residência, foi confirmada pelo Tribunal de Relação de Lisboa:

Provando-se que a menor sempre residiu com a mãe, que se encontra estável e feliz, que se verifica uma boa evolução na adaptação à escola, a qual se situa perto da residência da mãe, deve-se manter a situação, sendo certo que, no regime fixado na sentença recorrida, está salvaguardado o regime de convívio com o pai, nomeadamente ao fixar-se dois fins-de-semana seguidos na sua companhia, alternando-se com apenas um fim-de-semana na companhia da mãe. (TRL4547/11.5TBCSC-A.L1-6)

Observou-se, ainda, que em todos os casos de deferimento da residência alternada havia uma proximidade de residências entre os progenitores, tendo esse requisito sido expressamente invocado nas decisões:

Não se vislumbram obstáculos de natureza fáctica e jurídica que obstem a que o Tribunal homologue um acordo desta natureza, assegurados como estão os interesses da criança, com a existência dessa relação de proximidade entre os progenitores – e que se estende à relação de proximidade residencial – e em face do comum acordo dos pais. (TRL33/12.4TBBRR.L1-8)

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. (TRL6001/11.6TBCSC.L1-6)

No caso dos autos, não se mostra que o facto de o menor residir alternadamente com cada um dos progenitores prejudique a sua vida escolar ou social, tanto mais que a mãe, que residia em (...) Sesimbra, se propõe passar a viver em Alcochete, onde o pai da menor igualmente mora. (TRL01297/12.9TBBRR.L1-8)

A legislação portuguesa, assim como a de diversos países, não estabelece um limite de distância geográfica entre as residências dos progenitores, não havendo suporte legal para que essa variável seja impeditiva para a aplicação da residência alternada.

4. Visitas

O direito de visita àquele que não detém a guarda física do menor deve ser regulado com o propósito de possibilitar o convívio deste progenitor com o menor, tal como existia

antes da dissolução da união dos progenitores (Brito & Gonsalves, 2013). Entretanto, apesar de ter se verificado uma ampliação do direito de visita em relação ao modelo tradicional da visita quinzenal, que só foi observada em 2 acórdãos, notou-se que na grande maioria dos casos a visita ainda corresponde a menos de 30% do tempo em companhia do progenitor não residente.

De facto, verificou-se que em todos os Tribunais procurou-se garantir ao progenitor não residente um contacto maior que o tradicional fins-de-semanas alternados. Na análise de 38 processos em que foram reguladas as visitas, observou-se que em 9 casos foram estipuladas visitas quinzenais aos fins-de-semana, acrescido de mais um dia por semana, com ou sem pernoite. As visitas foram ampliadas em 12 casos, sendo 6 deles relativos a crianças maiores de 7 anos, e estipuladas livres em 10 casos. Em apenas 5 casos foi verificada a restrição das visitas.

4.1. Restrição das visitas

O Tribunal de Relação de Évora foi o que mais restringiu as visitas, em 3 casos, correspondente à metade dos casos analisados neste Tribunal, sendo 2 deles relativos a crianças com 3 anos de idade.

É interessante notar que, nos 3 únicos casos estudados cujos progenitores nunca conviveram, em 2 deles foi determinado um período de transição com visita restrita:

No caso de uma criança de 3 anos, que sempre viveu só com a mãe, cujos progenitores nunca foram casados entre si nem viveram juntos, em que os contactos com o pai têm sido com a regularidade de duas vezes por semana, durante uma ou duas horas e sempre na presença da mãe, deve prever-se um período transitório no regime de visitas, por forma a conceder à criança a percepção da existência do pai e o tempo de adaptação a essa nova realidade. (TRE 390/10.7TMSTB.E1)

A tenra idade também foi um factor considerado para restringir as visitas e impor um regime transitório:

Tratando-se duma criança com três anos que recentemente se viu privada da companhia habitual do pai e com quem tem tido pouco contacto, passar um fim de semana completo com o pai, de quinze em quinze dias, num ambiente em que ela não está habituada poderá ser desaconselhável e não permite atingir o objectivo que se pretende que é de reforçar os laços afectivos entre o pai e a filha. Para este

efeito e considerando a idade da criança, importa que esses períodos de contacto entre ambos sejam mais regulares, mais próximos, se repitam mais vezes, embora menos tempo de cada vez. Assim, na linha do que vem sendo exposto e nunca perdendo de vista as características psicológicas de uma criança de três anos, entendemos por adequado que a criança esteja todas as semanas com o pai durante um dia, no fim de semana, podendo alternar entre o domingo e o sábado. Seria desejável também que esse contacto se repetisse durante outro dia da semana o que significaria o pai jantar com a criança nesse dia, de forma a poder compatibilizar esse encontro com a sua actividade profissional e as actividades da criança no infantário que frequenta. (TRL 7598/12.9TBCSC-A.L1-6)

Tendo a menor, actualmente, menos de três anos de idade (nasceu em Julho de 2009), deve-se definir um regime de visitas transitório até que ela seja mais crescida e mais autónoma. (TRE 678/09.0TMSTB)

Limitar o tempo do progenitor não guardião a fins-de-semana alternados reduz as possibilidades de construir fortes vínculos afetivos e promover a autoridade parental nesses curtos lapsos de tempo, que corresponde a apenas 15% do tempo da criança em um mês. A qualidade do tempo que as crianças passam com os seus progenitores está relacionada com a quantidade de tempo não programado, ou seja, para manter um relacionamento de qualidade os pais precisam de mais tempo regular com seus filhos (Lamb, Sternberg, & Thompson, 1997).

Por outro lado, a qualidade do vínculo afetivo entre pai e filho está relacionada com a quantidade de tempo que passam juntos imediatamente após a separação dos progenitores, de modo que as crianças que têm essa oportunidade revelaram-se mais próximas e com vínculos mais estreitos com os seus pais mesmo após passados 20 anos da separação do que aquelas que tinham contactos ocasionais (Ahrons, 2007; Hetherington & Kelly, 2002). Pesquisa realizada com jovens adultos revelou que esta quantidade de tempo passada com os progenitores após a separação é o mais forte preditor da proximidade entre eles quando jovens adultos (Aquilino, 2006).

Por último, num caso reconhecido como Síndrome da Alienação Parental, o Tribunal de Relação de Évora alterou a residência a favor do pai e restringiu as visitas maternas nas instalações da Segurança Social:

Por isso também se concorda com o decidido de que numa primeira fase as visitas da mãe à criança deverão ocorrer uma vez por semana, nas instalações da Segurança Social, de forma a serem observadas por técnico da área da psicologia, a indicar pela Segurança Social Sendo positivo o resultado de tais visitas, poderá a

progenitora passar com a criança fins de semana alternados e uma tarde por semana, salvaguardados os horários escolares e de descanso da criança.(TRE 612/09.7TMFAR.E1)

4.2. Ampliação de visitas no lugar da residência alternada

Um interessante dado recolhido no presente estudo é que os factos considerados impeditivos para a aplicação da residência alternada - como o conflito, tenra idade, preservação da estabilidade da criança - não impediram que fosse fixada a visitação livre ou que fosse determinada uma visitação ampliada para o progenitor não residente, a fim de ampliar o convívio com este.

Notou-se que alguns Magistrados, como forma de compensar o distanciamento causado pela aplicação da residência única, ampliaram as visitas do progenitor não residente ou fixaram-nas de forma livre, ao invés de deferirem a residência alternada, como sucedâneo do convívio diário impossibilitado pela separação dos pais:

O regime de visitas estabelecido, embora procure alcançar um certo equilíbrio, parece-nos contudo limitar desnecessariamente a presença da mãe na vida quotidiana da menor. O Mo juiz a quo fixou um regime de 3 dias por semana em que a mãe irá buscar a menor à escola, devendo entregá-la ao pai até às 19.30h. Pensamos ser mais adequado um regime que assegure a possibilidade de a mãe estar diariamente com a menor, de segundo a sexta feira durante esse período. Insistimos que, sendo embora um regime de residência alternada menos aconselhável, na medida em que importaria à M... uma situação de constante mudança e alternância que não se afigura solução mais adequada com vista a garantir uma estabilidade na sua vida, a presença da mãe na vida da menor é essencial e deve ocorrer diariamente.” (TRL82-14.8TBSRQ-A.L1-8)

Tanto mais que foi complementada pelo regime de visitas acima transcrito, que se mostra equilibrado e pormenorizado e que permitirá um contacto muito frequente entre o menor e o seu pai, de forma a manter uma relação de proximidade entre ambos e a salvaguardar os correspondentes laços afectivos, de grande importância para o seu desenvolvimento psíquico e emocional do menor. Não se crê, assim, que tal regime de visitas, ao invés do que é sustentado pelo recorrente, possa pôr em perigo a manutenção da estabilidade psíquica e emocional deste. (TRP5253/12.9TBVFR-A.P1)

Curiosamente, o Tribunal de Relação do Porto, que rejeitou todos os casos de residência alternada, nos 13 casos estudados, ampliou a visitação do progenitor não residente em mais da metade (7 casos) e concedeu 1 visita livre. Os Tribunais de Relação

de Coimbra, Évora e Guimarães, que também não aplicaram a alternância de residência, concederam, respectivamente, 2, 1 e 2 visitas livres. Já o Tribunal de Relação de Lisboa, onde encontramos os únicos casos de residência alternada, concedeu a visita livre em 5 casos e ampliou as visitas em outros 4.

A visita ampliada não tem o condão de substituir o regime da residência alternada, que provê a responsabilidade pelos atos da vida corrente da criança. Já a visita livre, ao mesmo tempo que pode proporcionar um contacto mais frequente com o progenitor não residente, pode possibilitar a rejeição por parte dos pais ou dos filhos. Nesse último caso, proporcionar ao filho a faculdade de ir visitar ou não apenas contribui para reforçar a aliança deste com o progenitor residente (Brito & Gonsalves, 2013).

Chamou atenção, em algumas decisões, o entendimento de que a visita realizada aos fins-de-semana também possibilita um convívio adequado com o progenitor não guardião por ter uma qualidade de convívio no tempo superior aos tempos dos afazeres quotidianos durante a semana, fundamentando na obra de Françoise Dolto (1989):

É nos fins-de-semana ou nas férias que se faz a melhor educação, mais da ordem da cultura e da profundidade, menos da ordem da trivialidade diária ou do trabalho – não é assim exacto que o progenitor que tem a guarda seja o favorecido, pois que ambas as situações possuem potencialidades que cabe aos pais explorar, no contacto com seus filhos. (...) É necessário lembrar ao progenitor sem a guarda que é nos fins-de-semana ou nas férias que se faz a melhor educação, mais da ordem da cultura e da profundidade, menos da ordem da trivialidade diária ou do trabalho (cf. Françoise Dolto, op. cit., pg. 37) – não é assim exacto que o progenitor que tem a guarda seja o favorecido, pois que ambas as situações possuem potencialidades que cabe aos pais explorar, no contacto com seus filhos.(TRP1530/14.2TMPRT-E.P1)

Por outro lado, o menor D... manifestou preferência no convívio com o pai (com quem declarou que gostaria de poder estar mais tempo ou até residir), e mais declarou que não gostaria de se separar da irmã. Esta sua irmã, a menor E..., é uma pré-adolescente de 11 anos (em 22/4 p.p.), certamente ainda afectivamente ligada ao irmão, mas também a ambos os pais, dos quais deve continuar a manter uma imagem valorizada e positiva. Para além disso, não devemos esquecer que o período de fim-de-semana é mais recompensador que o período semanal, proporcionando ao menor e ao progenitor uma maior influência educativa, mais profunda, mais da ordem da cultura (cf. Françoise Dolto, Quando os Pais se Separam – A Função Positiva dos Deveres, Ed. Notícias, 1990, pg. 37). (TRP26/12.1.TMMTS-A.P1)

Todavia, esses guardiões jamais deixarão de se sentir e de serem considerados visitantes de fim-de-semana, como destacado no voto da Ministra Nancy Andrighi, no já citado Recurso Especial nº 1.251.000 - MG (2011/0084897-5):

“Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo. Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio visita demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda.”

5. Desigualdade de gênero

A imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais visou combater o afastamento dos pais homens e a fragilização da sua relação afectiva com os filhos, promovendo a igualdade do gênero e garantindo a concretização do direito das crianças à manutenção de laços afectivos com ambos os pais (Sottomayor, 2011). Contudo, os critérios muitas vezes utilizados para avaliar a capacidade dos progenitores para promover o desenvolvimento saudável do(s) filho(s) pode contribuir para reproduzir desigualdades sociais, económicas e de gênero, bem como a ideologia dos Magistrados e a forma como interpretam as leis (Pedroso et al., 2014).

De facto, percebeu-se que algumas decisões, não obstante tenham um discurso de critério neutral, citando expressamente o princípio da igualdade dos progenitores, acabam por dar ênfase ao papel estereotipado da mãe como cuidadora, ao ter reconhecido em 90% dos casos julgados com base nesse critério, ser ela a figura de referência da criança, contribuindo para a manutenção do *status quo*, já que na maioria dos casos, quando há a separação do casal, os filhos permanecem na companhia da mãe, que assume perante a sociedade o papel de cuidadora primária dos filhos, até que seja regulado o exercício das responsabilidades parentais.

Neste contexto, norteados pelo princípio do “melhor interesse da criança” nas relações parentais, ponderando a proximidade física diária entre mãe e filha, os fortes laços afectivos que naturalmente se criaram, entendemos que a situação de facto existente não deve ser alterada. A proposta do recorrente, sem dúvida bem intencionada, de a filha residir alternadamente com cada um dos progenitores iria

criar certamente uma instabilidade na vida da criança e aumentar o conflito parental. Não descurando que ambos os pais são idóneos e que a L... mantém bom relacionamento com eles (...) Ao invés de se atender a critérios de igualdade formal, importa, sim, ter consideração pelo critério da figura primária de referência: a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia. Este critério da pessoa de referência na decisão da guarda dos filhos, é o mais correcto e conforme o interesse da criança, permitindo a continuidade da educação e das relações afectivas com quem está mais ligado física e emocionalmente.[2] (TRC626/09.7TMCBR.C1)

A rejeição da residência alternada com fundamento na proteção da estabilidade da criança, sem existirem provas irrefutáveis de ser prejudicial à criança, também remete para uma cultura tradicional da predominância da guarda materna, revelando uma representação social das funções de pai e mãe dos Magistrados (Pedroso et al., 2014).

Importa destacar a posição manifestada no Relatório Social realizado nos autos do processo n. 1709/09.9TBPF.R.P1 do Tribunal de Relação do Porto, quanto à preferência materna de criança em tenra idade:

Por iniciativa do Tribunal, veio a ser notificada a técnica da Segurança Social que havia sido responsável pela elaboração do relatório constante de fls. 100 a 103 dos autos, a saber, Dr.a E..., com vista a que a mesma, da observação que realizou, pudesse esclarecer qual o regime que, naquela fase, melhor salvaguardaria os interesses do menor B..., se eventualmente aquele que passou a vigorar provisoriamente por acordo ou outro, o que veio a ser respondido nos termos constantes da informação veiculada a fls. 133, onde se exarou o seguinte: “B... conta agora 3 anos e 7 meses de idade pelo que se encontra, ainda, numa fase de desenvolvimento que requer uma relação afectiva e fisiológica com a progenitora de forma intensa e próxima, para que as transmissões de valores e regras sejam solidificadas de forma normativa. Todavia, requer igualmente a figura paterna a complementar tal normatividade no seu crescimento. Assim, revela-se importante que permaneça junto da mãe por um período maior, com convívios regulares com o progenitor nesta fase (...)”, tudo conforme flui do teor de fls. 107 e 133, que aqui se dá por reproduzido para os devidos e legais efeitos.

A pouca idade da criança continua a ser utilizada como fator preponderante para se deferir a residência materna, remetendo para o critério da preferência materna na tenra idade, apesar de ser repudiado nessas decisões, que fundamentam na jurisprudência corrente e doutrina jurídica.

A abstracta igualdade parental afastou definitivamente a regra da primazia da mãe quando se trata de definir a residência do filho.(TRL5358/11.3TBSXL-8)

Ou, por outras palavras: « O critério da preferência maternal não pode ser hoje, por si só, o critério determinante para fixar a residência do menor, nos casos de tenra idade. Este elemento tem que ser conjugado com todos os outros elementos disponíveis a fim de se apurar da capacidade de cada um dos progenitores para ter o filho a viver consigo.» (TRP5253/12.9TBVFR-A.P1)

Na verdade, este critério da preferência maternal encontra-se hoje, tendencialmente, substituído por um critério neutro em relação ao sexo do progenitor, qual seja o da presunção a favor do progenitor que desempenhou o papel de referência afetiva para o menor, do designado, em inglês, «Primary Caretaker». (TRC3079/12.9TBCSC.C1)

A este propósito e sem qualquer cunho discriminatório ou pendor feminista, encontramos acolhida, a nível da jurisprudência das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça, [2] como factor relevante para aferição e determinação, em concreto, desse superior interesse da criança, a regra da figura primária de referência, segundo a qual a criança deve, em princípio, ser confiada, nos primeiros anos de vida, à sua mãe, pessoa com quem a criança de tenra idade mantém um vínculo afectivo e emocional mais profundo. E as razões para tal, sendo de percepção e compreensão natural relativamente a um facto da vida, são-nos dadas não só pela jurisprudência, mas também pela mera experiência e o bom senso comum que apontam para a figura primária de referência. (TRL6098/13.4TBSXL-B.L1-8)

Notou-se em diversos casos um discurso judicial no sentido de que as decisões encontram-se fundamentadas em critérios neutrais de género e baseadas em doutrina jurídica, na jurisprudência, experiência e bom senso. No entanto, em raros casos são mencionados estudos científicos que coincidam com tais posições.

Nos resultados verificou-se que o critério das melhores condições do progenitor foi utilizado para justificar a aplicação da residência única. No entanto, diferentemente de outros estudos jurisprudenciais já realizados (e.g., Brito, 2013), não se verificou que tal critério proporcionasse um maior número de residências maternas, tendo o número de residências paternas superado aquele. Esse critério permitiu o deferimento da residência ao pai, sobretudo em casos de litígio acirrado, demonstrando ser utilizado preferencialmente pelos Tribunais para permitir a residência paterna.

O critério de capacidade para assegurar os contactos com o outro progenitor também foi utilizado de forma mais neutra e objetiva. Em alguns casos de síndrome de alienação parental houve a alteração da guarda e da residência para o pai, por reconhecer essa inaptidão da mãe.

A capacidade parental do pai está preservada e tal como referido na avaliação do mesmo o progenitor é vítima tal como os menores neste processo. Por outro lado, a mãe manipula os menores exercendo assim abuso emocional sobre os mesmos. Neste momento a mãe sofre de perturbação clínica aliada à alienação parental, pelo que a capacidade parental da mãe está comprometida. (...) Conclui-se que perante os factos, que o regime de exercício que melhor respeita aos interesses destes menores, é residir diariamente com o progenitor até à recuperação integral desta progenitora. (TRP1020/12.8TBVRL.P1)

O que mais refletiu a igualdade de direitos e de responsabilidades entre os progenitores foi o grande número de casos estudados em que houve a fixação do exercício conjunto das responsabilidades parentais entre os progenitores, correspondendo à mudança legislativa. No entanto, na prática do dia-a-dia, as questões de maior importância são menos correntes na vida da criança, não trazendo a proximidade idealizada pelo legislador, permanecendo apenas o progenitor residente com a convivência diária. Nesse ponto, apenas uma partilha de convivência e de responsabilidades poderá alcançar a igualdade substancial entre os progenitores (Kruk, 2015).

6. Atuação do Ministério Público

A atuação do Ministério Público, na função de curador de menores, difere nos Tribunais estudados. No Tribunal de Relação de Lisboa notou-se grande resistência à aplicação da guarda alternada e da residência alternada. Inconformado, o Ministério Público, interpôs recurso contra todas as decisões que haviam estipulado a residência alternada, arguindo a sua impossibilidade jurídica:

3 - Esta distinção não é despicienda se atentarmos em que o progenitor não residente “não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes” tal como elas são definidas pelo progenitor residente (n.º3 do art.º 1906.º do Código Civil, na redacção introduzida pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro).

4 - O estabelecido neste preceito legal é difícil de compatibilizar com o regime de residência alternada, uma vez que, neste último caso, e em rigor, os actos da vida corrente do menor deveriam caber a ambos os progenitores, não se vislumbrando então qual o alcance do preceito contido no n.º3 do art.º 1906.º do Código Civil, na redacção introduzida pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro.

(...) 7 - Mesmo que não subsistisse tal contradição sempre seria questionável a bondade deste regime de residência alternada, sendo duvidoso que na maioria dos casos contribua para o bem-estar, conforto e estabilidade do menor, tendo como referência os seus superiores interesses.

8 - A solução da guarda conjunta ou alternada supõe que os desentendimentos entre

os progenitores sejam eliminados ou minimizados, colocando os interesses da criança acima dos seus desígnios pessoais e pressupondo uma convivência estreita entre ambos os progenitores, bem como a possibilidade de tomada de decisões em comum, não devendo ser equacionada caso aquele requisito não se verifique. (...) Face ao exposto, pugnamos pela procedência do recurso interposto, devendo a sentença recorrida ser revogada e substituída por outra que determine a residência do menor apenas com um dos progenitores. (TRL3500/10.0TBRR.L1-6, TRL1869/11.9TMLS.L1-2)

Houve também interposição de recursos pelo Ministério Público contra sentenças que homologaram acordos de residência alternada por entender que não acautelavam o interesse do menor, alegando que o Tribunal *a quo* havia violado o disposto nos artigos 1878o, 1901o, 1906o e 1911o do CC. Em 2 casos os recursos foram indeferidos e noutro o Tribunal determinou o retorno dos autos à 1ª instância para que fosse apurado se os interesses do menor estariam sendo protegidos por esse modelo de convivência:

Da formulação legal respeitante à regulação das responsabilidades parentais a lei mostra que actualmente, como antes, o legislador não quis permitir aquilo que é vulgarmente designado por “guarda alternada”, ou seja, o facto de a criança viver com cada um dos progenitores durante um período de tempo idêntico.

7. Atribuir duas residências ao menor, uma em cada um dos pais, tornaria a aplicação do disposto no no 3 do art. 1906o do CC impraticável.

8. Ao redigir o novo texto do art. 1906o do CC, o legislador da Lei no 61/2008, de 31 de Outubro, não admitiu a possibilidade da referida “guarda alternada”, antes tendo em mente a tradicional “guarda única ou singular”.

9. A actual fórmula legal respeitante à regulação das responsabilidades parentais por parte dos pais que vivem separados ou estão divorciados não admite que a criança seja fixada mais que uma residência. (TRL2526/11.1TBRR.L1-1, TRL33/12.4TBRR.L1-8, TRL01297/12.9TBRR.L1-8)

A importância da menção está, porém, na ideia que lhe subjaz: a de que o acordo dos pais nas questões que envolvem os filhos é, desde logo e só por si, significativo factor de estabilidade e de desenvolvimento psíquico estruturado para o menor. Tal ideia é, da mesma forma, aflorada no no 5 do artigo 1906o do Cód. Civ., quando se prescreve que o tribunal tenha em atenção o acordo dos pais quanto à residência do menor e ao estabelecimento do regime de visitas. É certo que os requerentes alcançaram um dado acordo, que submeteram ao crivo do tribunal, que decidiu homologá-lo “considerando a proximidade da residência dos progenitores (...) e o interesse do menor em manter um relacionamento de grande proximidade com ambos os progenitores”. Não cremos, porém, que a circunstância de os requerentes se mostrarem concordantes não é, ainda, suficiente para concluir que o acordo corresponde ao interesse da C. À data em que o acordo foi apresentado no tribunal, a C tinha cerca de três anos e meio de idade, fase da vida em que mais se fazem sentir necessidades de segurança e estabilidade, tendencialmente comprometidas com situações de residência alternada. (...) Ou seja, os autos não contêm elementos que permitam “apostar” com um mínimo de segurança que viver alternadamente

com cada um dos pais, por períodos de dois ou três dias consecutivos, acautela suficientemente o interesse da C. (TRL 2526/11.ITBBRR.L1-1)

Notou-se, ainda, que nos demais Tribunais de Relação o Ministério Público parece ter um papel menos ativo, já que em todos os processos analisados em que constaram as alegações do Ministério Público (8 do Tribunal de Relação do Porto, 4 do Tribunal de Relação de Coimbra, 6 do Tribunal de Relação de Évora e 2 do Tribunal de Relação de Guimarães) houve a manifestação no sentido da manutenção da sentença recorrida, ressalvado apenas um caso do Tribunal de Relação de Évora em que houve a interposição de recurso requerendo a alteração da fixação da residência do menor para o pai. Desses processos, no Tribunal de Relação do Porto, apenas 1 sentença foi efetivamente reformada para alterar um item da visita paterna, nos Tribunais de Relação de Coimbra e Guimarães todas as sentenças foram confirmadas e no Tribunal de Relação de Évora 4 sentenças foram mantidas, inclusive aquela em que houve recurso do Ministério Público.

7. Vontade do menor

A vontade do menor sobre o modelo de residência de sua preferência foi sinalizada em 8 dos 50 acórdãos analisados. Notou-se que em apenas 1 deles foi atendida a vontade manifestada pelo menor, no caso a residência paterna. Em 3 casos houve a manifestação de vontade dos menores em residir com ambos os progenitores, porém a residência alternada foi negada em todos os casos.

8. Fundamentação das decisões na doutrina jurídica, nos estudos científicos e na jurisprudência.

Como era de se esperar, no estudo jurisprudencial realizado a maioria das decisões estão fundamentadas na doutrina jurídica. A autora predominantemente citada pelos Magistrados, em metade dos casos, foi Maria Clara Sottomayor, sobretudo para justificar o critério utilizado na escolha da residência do menor e os fatores considerados decisivos, especialmente o critério da figura primária de referência:

Ao invés de se atender a critérios de igualdade formal, importa, sim, ter consideração pelo critério da figura primária de referência: a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia. Este critério da pessoa de referência na decisão da guarda dos filhos, é o mais correcto e conforme o interesse da criança, permitindo a continuidade da educação e das relações afectivas com quem está mais ligado física e emocionalmente.[2] (TRP336/09.5TBVPA-B.P1, TRP3850/11.9TBSTS-A.P1, TRC90/08.8TBCNT-D.C1, TRC626/09.7TMCBR.C1)

Como esta autora sintetiza, na sua obra, Exercício do Poder Paternal, a pág. 167: “O objectivo das normas sobre a regulação do poder paternal não é promover a igualdade entre os pais ou a alteração das funções de género mas sim garantir à criança a continuidade da relação afectiva com a pessoa de referência.” (.) Finalizamos seguindo os ensinamentos de Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal ..., a pág. 382: “A questão da mudança de residência deve ser analisada à luz da qualidade das soluções alternativas possíveis para a criança, no caso de se proibir a deslocação, e detecta-se, conforme o exposto, que nenhuma das soluções é a ideal. Portanto, terá que se optar pela menos má, a permanência da criança junto da sua pessoa de referência. (TRG228/11.8TBBCL.G1)

Como já o escrevemos noutra local[5], “[a] ruptura conjugal implica, por si só, uma grande alteração na vida das crianças, causando, por vezes, verdadeiros traumas. A não convivência permanente entre irmãos pode contribuir para aumentar o sofrimento e a instabilidade criadas por aquele fenómeno, mostrando-se essencial assegurar, na medida do possível, a continuidade das relações sociais e afectivas e, por maioria de razão, as relações entre irmãos.” (TRG 234/11.2TBVV-A.G1)

Tem todo o cabimento, em nosso opinião, consignar aqui o pensamento de Maria Clara Sottomayor, apud, “Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio”, 4a ed., Almedina, págs. 39 e segs., quando agrupou as circunstâncias a serem atendidas pelos tribunais, na regulação do poder paternal, em dois factores – os relativos à criança e os relativos aos pais – e que aqui se passa a transcrever: “Os primeiros englobariam as necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais da criança, a sua idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, a continuidade das relações da criança, a adaptação da criança ao ambiente extra-familiar de origem (escola, comunidade, amigos, actividades não escolares), assim como os efeitos de uma eventual mudança de residência causadas por uma ruptura com este ambiente, o seu comportamento social e a preferência por ela manifestada. Os segundos abrangem a capacidade dos pais para satisfazerem as necessidades dos filhos, o tempo disponível para cuidar destes, a saúde física e mental dos pais, o sexo destes (a preferência maternal ou o princípio da atribuição da guarda ao progenitor que tem o mesmo sexo da criança), a continuidade da relação de cada um dos pais com a criança, o afecto que cada um dos pais sente pela criança, o seu estilo de vida e comportamento moral, a sua religião, a sua situação financeira, a sua ocupação profissional, a estabilidade do ambiente que cada um pode facultar aos filhos, a vontade que cada um deles manifesta de manter e incentivar a relação dos filhos com o outro progenitor. Existem, ainda, outros factores, não ligados à pessoa dos pais ou da criança, que contribuem para a decisão final. São eles, por exemplo, condições geográficas, como a proximidade da casa de cada um dos pais da escola dos filhos, condições materiais, como as características físicas de cada casa, a possibilidade de criação de um espaço próprio para a criança, o número de ocupantes da casa e condições familiares, a companhia dos outros irmãos e a assistência prestada a um

dos pais por outros membros da família, por exemplo, os avós.”.
(TRP854/12.8TBCHV.P1)

Aliás, uma solução deste tipo sempre envolve inconvenientes, conforme é referido por Maria Clara Sottomayor (in “Estudos e Monografias – Exercício do Poder Paternal”, Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, 2a ed., págs. 439 a 444), que escreve: “a guarda alternada acarreta para a criança inconvenientes graves pela instabilidade que cria nas suas condições de vida e pelas separações repetidas relativamente a cada um dos seus pais, causadas pela constante mudança de residência.”Escreve ainda esta autora que “a guarda alternada 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” concluindo que “a forma ideal de guarda conjunta é aquela que, para além da partilha de poderes educacionais e decisórios relativamente à pessoa da criança, envolve a residência permanente ou principal da criança junto de um dos pais, mantendo aquela com o outro progenitor contactos prolongados.”[5]Porém, essencial para que se enverede por este caminho “será a capacidade revelada pelos pais de pôr de parte os seus diferendos pessoais para atingir decisões em relação aos seus filhos e de reconhecer a importância da manutenção de (...) uma relação próxima do filho com o outro progenitor para o bem-estar daquele. Têm, ainda, os pais que demonstrar, inequivocamente, terem um respeito e uma confiança recíprocos, bem como um nível razoável de comunicação e de vontade de cooperar.”[6]
(TRP5253/12.9TBVFR-A.P1)

Os menores têm 10 e 8 anos e crianças desta idade, não devem ser sujeitas ao regime de “guarda alternada” quando existam conflitos entre os pais, dados os inconvenientes para a sua estabilidade e para a saúde física e psíquica. (cfr Temas de Direito das Crianças, Clara Sottomayor, Almedina, 2014, pág. 103).
(TRP3850/11.9TBSTS-A.P1)

Em todos os casos destacados, a referência foi feita para fundamentar a não aplicação da residência alternada, já que esta autora defende o preenchimento de uma série de fatores para que este regime não venha a ser prejudicial ao menor. De facto, Sottomayor é uma das autoras portuguesas que tem tratado deste tema das responsabilidades parentais de forma mais sistemática e aprofundada (Ferreira & Vilardo, 2007). Contudo, alguns autores portugueses têm começado a insurgir-se contra algumas posições defendidas pela autora, especialmente por terem constatado que tais posições têm sido adotadas pela jurisprudência portuguesa (Ferreira & Vilardo, 2007; Silva, 2016), sendo que a principal crítica consiste na postura feminista que a autora assume na defesa dos “estereótipos da preferência maternal e pessoa de referência” (Silva, 2016, p.67).

Os estudos científicos raramente foram citados para fundamentar as decisões e na maioria dos casos foram citados quase exclusivamente para justificar o reconhecimento da Síndrome da Alienação Parental, face à ausência de previsão na legislação portuguesa.

Em alguns casos houve ainda a referência a instrumentos internacionais, sem contudo identificá-los, citando-os de forma genérica:

No caso em apreço, se uma guarda a favor da requerente se revelava mais adequada no início doeste processo, principalmente em virtude da tenra idade da C..., sendo que todos os instrumentos internacionais dizem que não se deve afastar uma criança até aos 3 anos da companhia da sua mãe (...) (TRL6001/11.6TBCSC.L1-6)

Ora, no seguimento do já supra expendido, não é demais reiterar que constitui jurisprudência uniforme, na sequência de estudos científicos nesse sentido, que: «Em caso de separação de facto do casal, o interesse dos filhos a que alude o n.º 7 do artigo 1906.º do Código Civil e o n.º 1 do artigo 180.º da Lei Tutelar de Menores, aponta no sentido da decisão judicial sobre a guarda dos filhos coincidir com aquela que promova uma relação que construa, preserve e fortaleça os vínculos afectivos positivos existentes entre ambos os pais e os filhos e afaste uns e outros de um ambiente destrutivo de tais vínculos.» - Ac. da RP de 09.07.2014, p. 1020/12.8TBVRL.P1. - (TRC3079/12.9TBCSC.C1)

Apenas o Tribunal de Relação de Lisboa fez referências a estudos científicos para justificar a possibilidade da residência alternada em dois casos e para indeferi-la noutros dois, sendo interessante ressaltar serem na sua maioria estudos muitos antigos, alguns datando mais de 30 anos:

Mnookin (1973), Mnookin (1975) e depois Mnookin/Kornhauser (1979), seguidos pelo próprio Jon Elster (1989) arguíram que o princípio dos superiores interesses da criança constitui um princípio indeterminado. Ou seja: não há uma razão objetiva que nos faça concluir quais sejam os superiores interesses da criança. Porque os interesses da criança, na prática, não passam dos interesses do pai ou da mãe, disfarçados de interesses da criança. Na realidade, o interesse da criança é que os pais não se guerreiem por causa dela, ou que não estejam em conflito independentemente dela, e esse interesse o tribunal nunca consegue impô-lo aos pais. Assim, ao definir o interesse superior da criança, o juiz acaba sempre por fazer as escolhas da sua preferência... que atribui superiormente à criança. Tal como acontece com os adultos, o interesse da criança é uma ficção jurídica construída em tribunal, que pode não ser a efetiva preferência do interessado. Como em tantos outros casos, o pensamento legislativo constrói aqui uma ficção jurídica que tem uma função retórica na narrativa judiciária. Isto é: que serve para persuadir o auditório a que o juiz se dirige (os advogados, o inspetor judicial, o tribunal superior) do acerto da sua decisão. Esta consideração faz-nos reverter à ideia de custódia conjunta. É do superior interesse da criança manter o contacto protetor de ambos os pais, apesar do risco de conflito, e evitando sempre que possível situações que possam degenerar em conflitos de responsabilidade parental. (TRL1900/05.7TBSXL-E.L1-1)

Ao pai tradicional que tem uma relação distante com os filhos, pouco envolvido na educação destes e menos capaz de exprimir emoções, tende hoje, a suceder, pelo menos nos estratos sociais em que ambos exercem uma actividade profissional, um pai

que quer assumir um papel activo relativamente aos filhos - cfr. Hughes Fulchiron, "Autorité Parental et Parents Désunis", pag.20. (...) "A instabilidade do processo mental das crianças durante o período de desenvolvimento precisa de ser contrabalançada com a estabilidade ininterrupta das situações externas. O crescimento suave rompe-se quando mudanças do mundo externo se juntam às internas" - cfr. Anna Freud/J. Godstein, "Beyond the Best Interest of Children", pag. 31. (TRL1839/10.4TBVFX.L1-7)

Sofia Pappámikail da Costa Marinho em breve referência a estudos (de cariz sociológico) da coparentalidade na residência alternada, refere: "A existência de modos de cooperação parental diversificados, que incluem os paralelos, viria a ser confirmada por autores como Smyth, Caruana e Ferro (2003), Brunet, Kertudo e Malsan (2008). As primeiras fizeram uma pesquisa qualitativa que visou captar os motivos e as reflexões sobre o relacionamento com a criança e a colaboração coparental de 27 mães e 29 pais, que partilhavam equitativamente os tempos de residência com a criança. Neste estudo encontraram uma «coparentalidade paralela» e outra «cooperativa»: a primeira, pautada pela separação da relação educativa de cada progenitor com a criança, interações e comunicação restritas ao necessário, bem como por regras rigorosas de rotatividade da residência com a criança e de divisão dos cuidados, que mantêm o funcionamento da cooperação e das rotinas quotidianas sem percalços nem conflitos; a segunda é desenhada por um relacionamento entre progenitores centrado nas necessidades da criança e numa partilha baseada em interações alargadas, assim como na comunicação frequente. As autoras concluem que a residência alternada tende a ser uma prática restrita, porque o seu funcionamento exige a reunião de um conjunto de factores: proximidade geográfica entre as casas dos progenitores; relacionamento contratual entre estes que mantenha a criança de fora dos eventuais desentendimentos; rotatividade residencial que respeite as várias necessidades da criança; empregos flexíveis, particularmente para o pai, e alguma independência financeira, principalmente das mães. Contudo, estes são pressupostos criticados por Côté (2000b, 140), pois no seu estudo encontrou situações de residência alternada, apesar de aqueles factores não estarem sempre reunidos" [[6]]. A mesma autora dá conta de estudos indicativos de que na «parentalidade cooperativa», a que tem maior expressão na residência alternada, os progenitores conversam sobre os problemas da criança, constroem estratégias educativas conjuntas, que são coordenadas nas duas casas, e apoiam-se mutuamente" [[7]]. (TRL4089/10.6TBBRR.L1-1)

O interesse da criança, vista a separação actual dos pais, mesmo relativamente aos espaços físicos em que habitam (a efectiva separação anterior vem do tempo em que ainda residiam juntos), é o contínuo do seu corpo, da sua afectividade e o seu contínuo social (cf. Françoise Dolto, Quando os Pais se Separam, Ed. Notícias, pg. 16). O espaço em que a criança vivia antes do divórcio/separação, a casa onde o Requerente ainda habita, representa o contínuo do seu corpo e afectividade, relativamente ao período em que os pais se encontravam unidos. (cf. Françoise Dolto, op. cit., pg. (TRP1530/14.2TMPRT-E.P1)

A jurisprudência dos Tribunais de Relação foi frequentemente citada nos acórdãos, revelando a grande influência que possui na aplicação e interpretação da lei.

A este propósito e sem qualquer cunho discriminatório ou pendor feminista, encontramos acolhida, a nível da jurisprudência das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça, [2] como factor relevante para aferição e determinação, em concreto, desse superior interesse da criança, a regra da figura primária de referência, segundo a qual a criança deve, em princípio, ser confiada, nos primeiros anos de vida, à sua mãe, pessoa com quem a criança de tenra idade mantém um vínculo afectivo e emocional mais profundo. (TRL6098/13.4TBSXL-B.L1-8)

Notou-se, ainda, que nos 5 casos em que foi aplicada a residência alternada houve a citação jurisprudencial dos acórdãos que admitiram a possibilidade jurídica da fixação de duas residências:

4] Quanto à possibilidade de tal ocorrer no regime da Lei 61/08, vejam-se os Acórdãos desta Relação de 19 e 29 de Junho de 2012 (reladoras, respectivamente, Graça Araújo e Ana Luísa Geraldes) in www.dgsi.pt proc. 2526/11.ITBBRR.L1-1 e 33/12.4TBBRR.L1- 8. (TRL4547/11.5TBCSC-A.L1-6)

Ora, entendemos que a fixação da guarda conjunta com residências alternadas é admissível [[5]], [5] Neste sentido, cfr. o ac. RL de 19-06-2012, processo: 2526/11.ITBBRR.L1-1 (Relatora: Graça Araújo), acessível in www.dgsi.pt lisboa (TRL4089/10.6TBBRR.L1-1)

Houve também referência à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, tendo todos os casos relativos a um mesmo processo que define o conceito do superior interesse do menor e expõe a preferência pelo critério da figura primária de referência:

Como refere o Acórdão do Venerando Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Fevereiro de 2010, in www.dgsi.pt/jstj. (Processo n.o 1110/05.3TBSCD.C2.S1) "é o superior interesse da criança que norteia toda a regulação do exercício do poder paternal" (...) "Por mais que aceitemos a existência de um "direito subjectivo" dos pais a terem os filhos consigo, é no entanto o denominado "interesse superior da criança" – conceito abstracto a preencher face a cada caso concreto – que deve estar acima de tudo. Se esse "interesse subjectivo" dos pais não coincide com o "interesse superior" do menor, não há outro remédio senão seguir este último interesse . (TRL6098/13.4TBSXL-B.L1-8, TRP54/12.8TBCHV.P1, TRC3079/12.9TBCSC.C1, TRE612/09.7TMFAR.E1, TRG228/11.8TBBCL.G1)

CONCLUSÃO

O estudo sobre o exercício das responsabilidades parentais tem atualmente merecido a atenção de pesquisadores e estudiosos de diversos países. Estes têm procurado investigar o modelo de exercício das responsabilidades parentais que melhor atende ao superior interesse da criança quando os seus progenitores já não vivem juntos, com enfoque nos casos de parentalidade partilhada, por estarem se tornando cada vez mais comum (Kruk, 2016; Nielsen, 2011). Em Portugal, acompanhando a tendência mundial, a legislação foi alterada em 2008 para consagrar como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os progenitores, como expressão do princípio da igualdade de direitos entre os progenitores e do superior interesse da criança (Silva, 2016). Contudo, a lei foi omissa quanto à possibilidade da aplicação da residência alternada, ao mesmo tempo que privilegiou a manutenção do vínculo afetivo do menor com ambos os progenitores.

A prática dos tribunais de família, por ser ancorada em usos e costumes da sociedade, acaba por ser resistente às mudanças legislativas (Rodrigues, 1994, citado por Silva, 2016). Considerando que nem sempre a lei altera a prática judiciária, através do estudo jurisprudencial de 50 acórdãos dos Tribunais de Relação portugueses que abordaram questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais, julgados entre o período de 31 de outubro de 2008 e agosto de 2016, procurou-se investigar o impacto produzido na prática judiciária pela recente alteração legislativa, bem como perceber se os resultados dos recentes estudos científicos da Psicologia e Sociologia sobre o tema passaram a orientar as decisões judiciais destes Tribunais. A pouca quantidade de recursos existentes sobre o tema no período selecionado constituiu uma limitação do presente estudo, especialmente se comparado ao grande número de processos que são julgados anualmente na primeira instância dos Tribunais de Família.

No estudo empreendido, em primeiro lugar observou-se que a regulação do exercício das responsabilidades parentais esteve diretamente relacionada à interpretação que os Magistrados realizaram dos princípios constitucionais do superior interesse da criança e da igualdade dos géneros. Ao procurar um critério que considere ser o mais justo e adequado para julgar o caso concreto, o Magistrado é influenciado por suas crenças e experiências pessoais, culturais e sociais. E nesse sentido, as normas sociais e culturais

dominantes na sociedade revelaram ter um grande peso nas decisões, muitas das vezes traduzidas em argumentos não correspondentes aos resultados dos estudos científicos, distanciando-se assim do verdadeiro interesse das crianças.

A partir dos resultados obtidos foi possível observar que a regra atual do exercício conjunto das responsabilidades parentais entre os progenitores tem sido amplamente adoptada pelos Tribunais de Relação portugueses, o que representa um grande avanço no sentido de proporcionar uma posição de igualdade entre os progenitores no processo da tomada das decisões mais importantes da vida dos filhos. Contudo, ainda persistem decisões que estipularam o exercício exclusivo das responsabilidades parentais por falta de acordo ou em virtude de não existir um bom relacionamento entre os progenitores, o que diverge dos resultados dos mais recentes estudos científicos, no sentido da importância de se dissociar a conjugalidade da parentalidade, como também o próprio espírito da lei, que eliminou o acordo como um pressuposto para o deferimento do regime regra. Nesse ponto, uma reforma legislativa no sentido de impor o exercício conjunto das responsabilidades parentais mesmo quando não houver acordo entre progenitores impediria tais controvérsias, unificando as decisões para alcançar um maior número de casos, exceto quando pelas circunstâncias do caso concreto o interesse do menor não esteja sendo atendido (e.g., nas hipóteses previstas pelo artigo 1906.º-A do Código Civil).

Apesar de ter se verificado um discurso judicial mais igualitário a nível do género, com o reconhecimento de que o homem está mais participativo na vida dos filhos e com a atribuição do exercício conjunto das responsabilidades parentais a ambos os progenitores na maior parte dos casos estudados, ainda persistem percepções estereotipadas de género, considerando a mulher como melhor cuidadora e a principal figura de referência da criança. A falta de coordenadas ou critérios na lei permitiu que a jurisprudência adotasse critérios para decidir assentes em mitos e dogmas sobre os papéis e as identidades feminina e masculina na parentalidade, que muitas das vezes colidiram com as recentes alterações legislativas e com os princípios do superior interesse da criança e da igualdade de géneros, resultando no predomínio da residência materna, sobretudo nos casos de tenra idade da criança. Confirmando os dados estatísticos colacionados à presente dissertação, a sociedade portuguesa ainda se revela desigual em termos de género na área do Direito da Família, sobretudo pelo predomínio da residência materna, contribuindo para a feminização da

pobreza nas famílias monoparentais femininas e para perpetuar o afastamento do progenitor não residente (Aboim, 2007).

A análise das decisões revelou que ainda persiste um ceticismo dos operadores do direito em relação à residência alternada e uma grande resistência da doutrina jurídica em aceitar a sua aplicação quando não estiverem presentes no caso concreto os requisitos exigidos para o seu bom funcionamento. Prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que a residência alternada não tem como funcionar quando os progenitores ainda não superaram os conflitos advindos da separação e a sua aplicação na maior parte dos casos ainda depende do acordo e do bom relacionamento entre os progenitores, o que acabou por criar uma jurisprudência majoritária favorável à residência única, que não privilegia a manutenção da proximidade da criança com o progenitor não residente.

Os critérios mais utilizados para a determinação da residência do menor acabaram por justificar a escolha pela residência única, mesmo quando ambos os progenitores detinham capacidades de partilhar os cuidados diários do menor, o que tem sido apontado pelos estudos científicos como um factor responsável pelo acirramento da disputa e do conflito entre os progenitores (Kruk, 2016). O entendimento de que as repetidas mudanças de residência são prejudiciais para a criança ou causadoras de danos emocionais também predominou nas decisões estudadas, assim como se observou uma forte resistência dos julgadores em alterar a situação da residência única já consolidada com um dos progenitores. Além disso, os argumentos utilizados em diversas decisões sobre o bem estar psíquico das crianças para se negar a residência alternada, muitas das vezes fundamentadas na doutrina jurídica, não correspondem aos resultados dos estudos científicos sobre o tema, que têm mostrado uma correlação positiva entre a residência alternada e a saúde mental das crianças (Bauserman, 2002).

A falta de previsão expressa na legislação portuguesa atual quanto à possibilidade da residência alternada, aliada à falta de conhecimento interdisciplinar da matéria, pareceu contribuir para a residência alternada não ser uma realidade comum em Portugal, dificultando a mudança de paradigma quanto aos mitos e crenças ainda existentes na sociedade portuguesa acerca deste modelo de guarda física e justificando os poucos casos de residência alternada encontrados no estudo.

De facto, o que mais chamou a atenção nos resultados obtidos foi a constatação de que raras foram as vezes em que houve recurso aos estudos científicos para avaliar o

interesse da criança no caso concreto e/ ou fundamentar a decisão proferida. A natureza discricionária do julgamento, aliada à falta de critérios legais para definir o superior interesse da criança, acabou por permitir decisões discriminatórias e a consolidação na jurisprudência de antigas presunções, como a preferência materna na atribuição da residência dos filhos, que não mais se coadunam com o espírito da nova lei e violam o princípio da igualdade entre os progenitores proclamado nos artigos 13º e 36º da Constituição da República Portuguesa.

Estudos científicos demonstraram a importância da concretização do princípio do melhor interesse da criança, já que consubstancia o fundamento jurídico da decisão (Kruk, 2005). Neste sentido, o presente estudo revelou que a jurisprudência consolidada nos Tribunais de Relação portugueses acabou por reforçar o sistema de crenças e valores da sociedade, não conseguindo transformá-la com a aplicação da nova lei e conforme os resultados dos estudos científicos sobre o tema. Foi constatado haver pouco ou quase nenhum conhecimento por parte dos Magistrados dos mais recentes estudos publicados e reconhecidos pela comunidade científica atual sobre a importância da parentalidade partilhada e da residência alternada para o desenvolvimento saudável do menor. Nos últimos 10 anos, renomados cientistas e pesquisadores das áreas da Psicologia, Pediatria e Sociologia realizaram estudos reconhecidos pela comunidade científica internacional que apontaram o exercício conjunto das responsabilidades parentais com a partilha de residências como o regime que promove a manutenção do vínculo afetivo do menor com ambos os progenitores e a igualdade parental, reduz o conflito parental e inibe a prática da alienação parental, concretizando o princípio do superior interesse da criança na maior parte dos casos, exceto quando existe violência doméstica ou abuso (Kruk, 2016). Todavia, nenhum desses autores ou estudos foram citados para fundamentar as decisões analisadas.

Os resultados do presente estudo apontam para a importância da interação entre o Direito, a Psicologia e a Sociologia nas decisões que regulam as responsabilidades parentais, sobretudo para fornecer aos Magistrados suporte científico para a concretização do princípio do superior interesse da criança no caso concreto. É necessário que todos os participantes e envolvidos nos processos de regulação das responsabilidades parentais baseiem as suas convicções, atitudes e práticas no conhecimento científico e na experiência comprovada (Tornstan, 1996).

A inclusão na lei de critérios e factores a serem observados e avaliados pelos tribunais na perseguição e concretização do superior interesse da criança permitirá limitar a discricionariedade judicial bem como a uniformização do conceito jurídico do superior interesse da criança conforme o conhecimento científico interdisciplinar sobre a matéria, afastando valores, crenças e experiências pessoais dos decisores. O profissional do Direito, pouco conhecedor das questões da Psicologia e da Sociologia, poderá recorrer às presunções legais, aos conceitos técnicos e aos resultados dos estudos científicos sobre o tema para fundamentar as suas decisões, evitando assim a tendência observada nesse estudo da jurisprudência recorrer sistematicamente às crenças e mitos que circundam a questão e o uso de argumentos teóricos que contrariam os resultados das pesquisas científicas recentes.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais com a residência alternada tem sido associado a melhores resultados sociais, emocionais e psicológicos para as crianças, bem como a vínculos mais fortes e duradouros entre pais e filhos (Kruk, 2016). Uma presunção legal a favor deste modelo de parentalidade, como sugerido por Fabricius (2006), permitirá ao tribunal determinar que a criança tenha, tanto quanto possível, acesso equivalente a ambos os progenitores, exceto quando houver claras evidências que um dos progenitores não é capaz ou a guarda conjunta não for possível por culpa de um dos progenitores. Seria igualmente favorável se os Tribunais de Família experimentassem desde o início do processo colocar em funcionamento um regime provisório de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, salvo se no caso concreto tal regime se mostrasse contrário aos interesses da criança (e.g., casos de violência doméstica ou abuso da criança). Um avanço legislativo e uma mudança de paradigma ainda são necessários para que seja garantida a igualdade entre os progenitores em relação à sua prole.

Não se pode negar que a regra atual do exercício conjunto das responsabilidades parentais foi um grande passo legislativo para promover a maior participação de ambos os progenitores na vida do menor. Contudo, esse exercício mitigado que limita a participação apenas nas questões de maior importância pode, na prática, contribuir para o afastamento do progenitor não residente. Isso porque, na prática do dia-a-dia, as questões de maior importância são menos correntes na vida da criança, não trazendo a proximidade idealizada pelo legislador, permanecendo apenas o progenitor residente com a convivência diária com

o menor. Nesse ponto, os estudos científicos apontam que apenas uma partilha de convivência e de responsabilidades poderá alcançar a igualdade substancial entre os progenitores e promover a proximidade e a convivência almejada do menor com ambos (Kruk, 2017). Estudos futuros deveriam utilizar um desenho longitudinal, acompanhando casos de famílias portuguesas que adotaram o regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência única e com residência alternada, no sentido de analisar, ao longo do tempo, o grau de proximidade do menor com o outro progenitor, a qualidade dos vínculos afetivos, o grau de conflito parental, entre outras variáveis.

Outra importante conclusão do presente estudo é a de que o conflito ainda aparece como o maior obstáculo para um desfecho positivo do processo de regulação das responsabilidades parentais nos termos da lei. Verificou-se que a cultura do litígio ainda está muito presente na maior partes dos processos, tendo sido surpreendente a não existência nos acórdãos estudados de qualquer menção ao encaminhamento das partes para mediação familiar, como tentativa de promover a solução do conflito parental. Os mais recentes estudos científicos ressaltaram a importância de se dissociar a conjugalidade da parentalidade e demonstraram que o conflito causa sérios prejuízos às crianças, independente do modelo de exercício das responsabilidades parentais adotado, constituindo um mito o entendimento de que a residência única será o melhor regime em razão do conflito existente. Sem a adoção de técnicas e práticas interdisciplinares para trabalhar o conflito parental e para promover o bom entendimento dos pais após a rutura do relacionamento, como a mediação familiar, os efeitos da nova legislação no sentido de promover o exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os progenitores, e assim promover a manutenção do vínculo afectivo entre eles e o menor, permanecerão extremamente limitados.

Espera-se que o presente estudo possa contribuir para uma reflexão sobre a importância de as decisões sobre o exercício das responsabilidades parentais serem tomadas através da interdisciplinariedade do Direito, da Psicologia e da Sociologia, como forma de garantir que seja atendido o superior interesse da criança. Por decidir o futuro de uma criança, a decisão que regulamenta o exercício das responsabilidades parentais deve ter o cuidado de levar em conta o seu carácter multidisciplinar e ser orientada por conhecimentos e critérios apresentados pelos estudos científicos e pela legislação.

É preciso enxergar a nova realidade social sem preconceitos e com uma visão multidisciplinar baseada em conhecimentos científicos, pois “quem olha o mundo através de vidros cor-de-rosa, dificilmente será convencido de que o mundo não é desta cor” (Ribeiro, 2005, p. 139).

Referências Bibliográficas

- Aboim, S. (2006). *Conjugalidades em mudança. Percursos e dinâmicas da vida a dois*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Aboim, S. (2010). Género, família e mudança em Portugal. In K. Wall, S. Aboim, & V. Cunha (Eds.), *A Vida familiar no masculino: Negociando velhas e novas masculinidades* (pp. 39-66). Lisboa: Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.
- Aboim, S. (2014). Dinâmicas regionais de mudança nas famílias (2001-2011). In A. Delgado & K. Wall (Eds.), *Famílias nos censos 2011: Diversidade e mudança* (pp. 65-86). Lisboa, Instituto Nacional de Estatística / Imprensa de Ciências Sociais.
- Ahrons, R. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53-65.
- Albuquerque, F. (2005). As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 7(31), 19-30.
- Albuquerque, C. (2012). O Princípio do interesse superior da criança. In *Jurisdição da família e das crianças. Jurisdição civil, processual civil e comercial. Ações de formação - 2011-2012. Textos dispersos* (pp. 23-50). Acedido janeiro, 2016 em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Jurisdicao_familia_civel.pdf.
- Alexandrino, J. (2008). Os direitos das crianças – Linhas para uma construção unitária. *Revista da Ordem dos Advogados*, 68, 275-309.
- Amato, P., Loomis, L., & Booth, A. (1995). Parental divorce, marital conflict, and offspring well-being during early adulthood. *Social Forces*, 73, 895–915.
- Amato, P., & Dorius, C. (2010). Fathers, Children, and Divorce. In M.E. Lamb (Ed.), *The role of the father in child development* (5ª ed., pp. 177- 200). Hoboken, NJ: Wiley.
- Amorim, R. (2009). O interesse do menor. *Revista do CEJ*, 12, 83-115.
- Aquilino, W. S. (2006). The noncustodial father–child relationship from adolescence into young adulthood. *Journal of Marriage and Family*, 68, 929–946.

- Arendell, T. (1996). *Coparenting: A review of the literature*. Philadelphia: National Center on Fathers and Families.
- Azambuja, M. R. F., Larratúa, R. V., & Filipouski, G. R. (2010). Guarda compartilhada: A justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? *Juris Plenum*, 6(31), 69-99.
- Badinter, E. (1985). *Um amor conquistado: O mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- Bauserman, R. (2002). Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. *Journal of Family Psychology*, 16, 91–102. <https://doi.org/10.1037//0893-3200.16.1.91>
- Bolieiro, H., & Guerra P. (2009). *A criança e a família – Uma questão de direitos. Visão prática dos principais institutos do direito de família e das crianças e jovens*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Bradley, R. H., & Corwyn, R. F. (2002). Socioeconomic status and child development. *Annual Review of Psychology*, 53, 371-399.
- Braver, S., Fabricius, W., & Ellman, I. (2008). The court of public opinion. In *Annual Conference of the Association of Family and Conciliation Courts*. Vancouver: British Columbia.
- Braver, S., Ellman, I., Votruba, A., & Fabricius, W. (2011). Lay judgments about child custody after divorce. *Psychology, Public Policy and Law*, 17, 212–238.
- Bravo, T. (2007). Género e justiça: Que igualdade para o séc. XXI?. *Campus Social - Revista Lusófona de Ciências Sociais*, 1(3-4), 237-247.
- Brito, L. (1999). De competências e convivências: Caminhos da psicologia junto ao direito de família. In L. Brito (Org.), *Temas de psicologia jurídica* (pp. 176-184). Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- Brito, L. (2002a). *Sobre pais e filhos: Contribuições da psicologia jurídica ao direito de família*. In I Congresso Brasileiro de Psicologia, Ciência e Profissão, São Paulo, SP.
- Brito, L. (2002b). Impasses na condição da guarda e da visitação – O palco da discórdia. In Instituto Brasileiro de Direito de Família (Org.), *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família* (pp. 433-448). Belo Horizonte: Del Rey-IBDFAM.

- Brito, L. (2005). Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. In Associação de Pais e Mães Separados (Org.), *Guarda compartilhada: Aspectos psicológicos e jurídicos* (pp. 53-71). Porto Alegre: Equilíbrio.
- Brito, L. (2008). Alianças desfeitas, ninhos refeitos: mudanças na família pós-divórcio. In L. Brito (Org.), *Famílias e separações: Perspectivas da psicologia jurídica* (pp. 17-48). Rio de Janeiro: UERJ.
- Brito, L., Cardoso, A., & Oliveira, J. (2010). Debates entre pais e mães divorciados: Um trabalho com grupos. *Psicologia, Ciência e Profissão*, 30(4), 810-823.
- Brito, L., & Gonsalves, E. (2013). Guarda compartilhada: Alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. *Revista de Direito Getúlio Vargas São Paulo*, 9(1), 299–318.
- Brown, F. (2001). A família pós-divórcio. In B. Carter & M. McGoldrick (Org.), *As mudanças no ciclo de vida familiar: Uma estrutura para a terapia familiar* (pp. 320-343). Porto Alegre: Artmed.
- Bruno, D. (2003). Direito de visita: Direito de convivência. In G. Groeninga & R. Pereira (Orgs.), *Direito de família e psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia* (pp. 311-324). Rio de Janeiro: Imago.
- Clapp, G. (2000). *Divorce and new beginnings: A complete guide to recovery, solo parenting, co-parenting, and stepfamilies*. Nova Iorque: Wiley.
- Braun, V., & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in Psychology. *Qualitative research in Psychology*, 3(2), 77-101.
- Delgado, A., & Wall, K. (2014). *Famílias nos Censos 2011: diversidade e mudança*. Lisboa: Instituto Nacional de Estatística / Imprensa de Ciências Sociais.
- Dias, C. (2007). *Do regime da responsabilidade (pessoal e patrimonial) por dívidas dos cônjuges: Problemas, críticas e sugestões*. Tese de Doutorado, Universidade do Minho, Portugal.
- Dolto, F. (1989). *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Fabricius, W. (2003). Listening to children of divorce: New findings that diverge from Wallerstein, Lewis, and Blakeslee. *Family Relations*, 52(4), 385-396.

- Fabricius, W., & Luecken L. (2007). Post-divorce living arrangements, parent conflict, and long term physical health correlates for children of divorce. *Journal of Family Psychology*, 2, 195-205.
- Fabricius, W., Diaz, P., & Braver, S. L. (2011). Parenting time, parent conflict, parent-child relationships, and children's physical health. In K. Kuehnle & L. Drozd (Org.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the Family Court* (pp. 188-213). Nova Iorque: Oxford University Press.
- Féres-Carneiro, T., Ziviani, C., & Magalhães, A. (2007). Questionário sobre a conjugalidade dos pais como instrumento de avaliação. In T. Féres-Carneiro, *Família e casal: Saúde, trabalho e modos de vinculação* (pp. 251-268). São Paulo: Casa do Psicólogo.
- Ferreira, N., & Vilardo, M. (2007). A guarda conjunta: Notas comparativas sobre as soluções legais em vigor na União Européia e no Brasil. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, 4(7), 75-97.
- Fialho, A., (2012). O papel e a intervenção da escola em situações de conflito parental (2a. ed.). *Verbo Jurídico*. Acedido Junho, 2016, em http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/antoniojosefialho_papelintervencoescola.pdf
- Fialho, A. (2014). Residência alternada: Visões de outras paragens. In *A tutela cível do interesse superior da criança I* (pp. 263–268). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Freitas, C. (2014). Notas soltas sobre a residência alternada. In *A tutela cível do interesse superior da criança I* (pp. 291-312). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Frieman, B. B. (2003). Helping professionals understand the challenges faced by noncustodial parents. *Journal of Divorce & Remarriage*, 39(1/2), 167-173.
- Gama, G. (2001). *Direito de família brasileiro: Introdução, abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira.
- Gomes, A. S. (2009). *Responsabilidades parentais*. Lisboa: Quid Juris.
- Grisard Filho, W. (2002). *Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Guimarães, M. S., & Guimarães, A. C. (2002). Guarda: Um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos. In D. Zimmerman & A. C. M. Coltro (Org.), *Aspectos psicológicos na prática jurídica* (pp. 447-470). Campinas: Millennium.
- Harvey, J., & Fine, M. (2010). *Children of divorce: Stories of loss and growth*. Nova Iorque: Taylor & Francis Group.
- Hetherington, E. M., Bridges, M., & Insabella, G. M. (1998). What matters? What does not? Five perspectives on the association between marital transitions and children's adjustment. *American Psychologist*, *53*, 167–184.
- Hillery, A. (1985). *The case for joint custody*. Virginia: The Council.
- Instituto Nacional de Estatística (2012). Censos 2011 resultados definitivos. *Censos 2011*, *26*, 1–41. Acedido junho 2015 em [https://doi.org/ISBN 978-989-25-0148-2](https://doi.org/ISBN%20978-989-25-0148-2).
- Jaffe, P. G., Ashbourne, D., & Mamo, A. A. (2010). Early identification and prevention of parent-child alienation: A framework for balancing risks and benefits of intervention. *Family Court Review*, *48*(1), 136-152.
- Kaspiew, R., Gray, M., Weston, R., Moloney, L., Hand, K., Qu, L., & the Family Law Evaluation Team. (2009). *Evaluation of the 2006 family law reforms*. Melbourne: Australian Institute of Family Studies.
- Kruk, E. (2005). Shared parental responsibility: A harm reduction-based approach to divorce law reform. *Journal of Divorce & Remarriage*, *43*, 3-4.
- Kruk, E. (2010). Parental and social institutional responsibilities to children's needs after divorce. *Journal of Men's Studies*, *18*, 159–178.
- Kruk, E. (2012). Arguments for an equal parental responsibility presumption in contested child custody. *American Journal of Family Therapy*, *40*(1), 1-22.
- Kruk, E. (2017). Understanding children's best interests in divorce. In *Conclusions of the third International Conference on shared parenting*, acedido julho 2017 em <https://www.psychologytoday.com/blog/co-parenting-after-divorce/201706/understanding-children-s-best-interests-in-divorce>.

- Lamb, M. E., Sternberg, K., & Thompson, R. A. (1997). The effects of divorce and custody arrangements on children's behavior, development, and adjustment. *Expert Evidence*, 5(1), 83-88.
- Lamela, D., Figueiredo, B., & Bastos, A. (2013). Perfis de vinculação, coparentalidade e ajustamento familiar em pais recém divorciados: Diferenças no ajustamento psicológico. *Psicologia, Reflexão e Crítica*, 26(1), 19-28.
- Lauria, F. (2002). *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Lavadera, A. L., Caravelli, L., & Togliatti, M. M. (2012). Child custody in Italian management of divorce. *Journal of Family Issues*, 34(11), 1536-1562.
- Lavinas, L. & Nicoll, M. (2006). Atividade e vulnerabilidade: Quais os arranjos familiares em risco?. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, 49 (1), 67-97.
- Leal, A. (2014). A residência alternada. In *A tutela cível do interesse superior da criança, I* (pp. 365–415). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Leite, E. (2003). *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal* (2ª Ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Lobo, C. (1996). Padrastos no quotidiano: Estratégias de construção social do papel do padrasto. *Sociologia, Problemas e Práticas*, 19, 67-82.
- Machado, M. C. L., & Correa, Y. B. (2000). O casal em disputa pela guarda dos filhos: Um caso de psicopatologia da transicionalidade. In *Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica* (pp. 63-64). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.
- Madaleno, R. (2004). A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In B. Welter & R. Madaleno (Coord.), *Direitos fundamentais do direito de família* (pp. 350-355). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Marinho, S. (2010). Ser pai na residência alternada: Dinâmicas, trajectos e contextos da paternidade. In K. Wall, S. Aboim, & V. Cunha, *A vida familiar no masculino: Negociando velhas e novas masculinidades* (pp. 335-395). Lisboa: Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

- Marinho, S. (2012). *Paternidades de hoje: Significados, práticas e negociações da parentalidade na conjugalidade e na residência alternada*. Tese de doutoramento, Instituto de Ciências Sociais, Portugal.
- Marinho, S. (2014). Famílias monoparentais: Linhas de continuidade e de mudança. In A. Delgado & K. Wall (ed. lit.), *Famílias nos censos 2011: Diversidade e mudança* (pp. 177-195). Lisboa: Instituto Nacional de Estatística / Imprensa de Ciências Sociais.
- Marquardt, E. (2005). *Between two worlds: The inner lives of children of divorce*. Michigan: Crown Publishers.
- Marraccini, E. & Motta M. (1995). Guarda dos filhos: Algumas diretrizes psicanalíticas. *Revista dos Tribunais*, 716, 346-357.
- Marsiglio, W. (1995). Fatherhood scholarship: An overview and agenda for the future. In W. Marsiglio (coord.), *Fatherhood. Contemporary theory, research and social policy* (pp. 1-20). California: Thousand Oaks.
- McIntosh, J., Smyth, B., Kelaher, M., Wells, Y., & Long, C. (2010). *Post separation arrangements and developmental outcomes: Collected reports*. Victoria, AU: Australian Government Attorney-General's Department.
- Melo, H., Raposo, J., Carvalho, L., Bargado, M., Leal, A., & D'Oliveira, F. (2010). *Poder paternal e responsabilidades parentais* (2ª ed.). Lisboa: Quid Iuris.
- Millar, P., & Goldenberg, S. (1998). Explaining child custody determination in Canada. *Canadian Journal of Law & Society*, 13(2), 209-225.
- Minuchin, S., Nichols, M., & Lee, W. (2009). *Famílias e casais: Do sintoma ao sistema*. Porto Alegre: Artmed.
- Morgenbesses, M., & Nehls, N. (1981). *Joint custody: An alternative for divorcing families*. Chicago: Nelson-Hall.
- Nichols, M., & Schwartz, R. (2007). *Terapia Familiar: Conceitos e métodos*. Porto Alegre: Artmed.
- Nielsen, L. (2006). College daughters' relationships with their fathers: A fifteen year study. *College Student Journal*, 54, 16-30.

- Nielsen, L. (2011). Shared parenting after divorce: A review of shared residential parenting research. *Journal of Divorce & Remarriage*, 52, 586–609.
- Nielsen, L. (2013). Shared residential custody: A recent research review. *American Journal of Family Law*, 27, 61–72.
- Nielsen, L. (2014). Shared physical custody: Summary of 40 studies on outcomes for children. *Journal of Divorce & Remarriage*, 55(8), 613–635.
- Nielsen, L. (2015). Shared physical custody: Does it benefit most children? *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 28, 79-138.
- Núncio, M. (2008). *Mulheres em dupla jornada: A conciliação entre o trabalho e a família*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- Oliveira, G. (2010). A nova lei do divórcio. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família* Ano 7, 13(32), 5-31.
- Oliveira, G. (2011). Ascensão e queda da doutrina do "cuidador principal". *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família* Ano 8, 16(32), 5-6.
- Parish, T. S. (1987). Children's self concepts: Are they affected by parental divorce and remarriage?. *Journal of Social Behavior and Personality*, 2(4), 559-562 .
- Parkinson, P. (2007). Family relationship centres: A new approach to resolving conflicts about parenting in Australia. In L, Wardle & C, Williams (Eds.), *Family law: Balancing interests and pursuing priorities* (pp. 611-620). Nova Iorque: William S. Hein & Company, Inc.
- Pedroso, J., Casaleiro, P., & Branco, P. (2014). A (des)igualdade de género nos tribunais de família e menores: Um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais em Portugal. *Estudos de Sociologia*, 19(36), 81–100.
- Pereira, R. (2003). Pai, por que me abandonaste?. In G. Groeninga & R. S. Pereira (Orgs.), *Direito de família e psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia* (pp. 219-228). Rio de Janeiro: Imago.
- Perista, H. (2002). Género e trabalho não pago: Os tempos das mulheres e os tempos dos homens. *Análise Social*, 37(163), 447-474.

- Peters, B., & Ehrenberg, M. F. (2008). The influence of parental separation and divorce on father-child relationships. *Journal of Divorce and Remarriage*, 49, 78-109.
- Pinheiro, J. (2011). Ideologias e ilusões no regime do divórcio e das responsabilidades parentais. In R. Duarte, J. Freitas, A. Cristas, & M. Almeida (Orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, (vol. 3, pp. 475-488). Coimbra: Almedina.
- Poussin, G. & Lamy, A. (2005). *Custodia compartida*. Espanha: Espasa.
- Reifman, A., Villa L., Amans, J., Rethinam, V., & Telesca, T. (2001). Children of divorce in the 1990s: A meta-analysis. *Journal of Divorce & Remarriage*, 36(1-2), 27-36.
- Ribeiro, C. (2014). Residência alternada. Uma perspectiva psicológica e desenvolvimental. In *A tutela cível do interesse superior da criança, I* (pp. 452-460). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Ribeiro, M. (1999). A psicologia Judiciária nos juízos que tratam do Direito de Família no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. In L. Brito (Org.), *Temas de psicologia jurídica* (pp. 161-170). Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- Rizzardo, A. (1994). *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide.
- Rodrigues, H. (2010). *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Schoppe, S., Mangelsdorf, S., & Frosch, C. (2001). Coparenting, family process and family structure: Implications for pre-schoolers' externalizing behavior problems. *Journal of Family Psychology*, 15, 526-545.
- Silva, E. (2005). Guarda de filhos: Aspectos psicológicos. In Organização Associação de Pais e Mães Separados - APASE (Org.), *Guarda compartilhada: Aspectos psicológicos e jurídicos* (pp. 53-71). Porto Alegre: Equilíbrio.
- Silva, J. M. (2014). Da residência única à alternada – Um percurso jurisprudencial. In *A tutela cível do interesse superior da criança, I* (pp. 197-233). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Silva, J. M. (2016). *A família das crianças na separação dos pais*. Lisboa: Petrony.

- Silva, L. (2014). *Adaptação à separação parental: Um estudo exploratório comparativo das perspectivas de jovens adultos com pais separados e de magistrados do tribunal de família e menores*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Portugal.
- Silva, M. R., & Piccinini, C. A. (2007). Sentimentos sobre a paternidade e o envolvimento paterno: Um estudo qualitativo. *Estudos de Psicologia*, 24(4), 561-573.
- Singly, F. (2007). *Sociologia da família contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV.
- Smyth, B., & Weston, R. (2004). The attitudes of separated mothers and fathers to 50/50 shared care. *Family Matters*, 67, 8-15, acessado janeiro 2017 em <<http://search.informit.com.au/documentSummary;dn=824234576544115;res=IELAPA>> ISSN: 1030-2646.
- Sottomayor, M. C. (2011). *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. Coimbra: Almedina.
- Sottomayor, M. C. (2014). *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina.
- Souza, R. M., & Ramires, V. R. R. (2006). *Amor, casamento, família, divórcio... e depois, segundo as crianças*. São Paulo: Summus.
- Spruijt, D. (2010). Joint physical custody in the Netherlands and the well-being of children. *Journal of Divorce and Remarriage*, 51(1), 65–82.
- Tornstam, L. (1996). Dwelling choices for divorce children. *Nordisk Socialt Arbeid*, 3, 193-203.
- Torres, A. M. C., Cabrita, M., Silva F. V., & Monteiro, T. L. (2004). *Homens e mulheres entre família e trabalho* (2ª ed). Lisboa: CITE - Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.
- Vasconcelos A. (2014). Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada. In *A tutela cível do interesse superior da criança, I* (pp. 497-508). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Wall, K. (2003). Famílias monoparentais. *Sociologia, Problemas e Práticas*, 43, 51–66.

- Wall, K., Aboim, S., & Cunha, V. (2010). *A vida familiar no masculino: Negociando velhas e novas masculinidades*. Lisboa: Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.
- Wallace, S., & Koerner, S. (2003). Influence of family factors on judicial decisions in contested custody cases. *Family Relations*, 52, 180–188.
- Wallerstein, J., & Kelly, J. (1998). *Sobrevivendo à separação: Como pais e filhos lidam com o divórcio*. Porto Alegre: ArtMed.
- Warren, J. A., & Johnson, E. J. (1995). The impact of workplace support on work-family role strain. *Family Relations*, 44, 163-169.
- Whiteside, M., & Becker, B. (2000). Parental factors and the young child's post-divorce adjustment: A meta-analysis with implications for parenting arrangements. *Journal of Family Psychology*, 14, 5-26.
- Whiteside, M., Bradley, R., & Mckelvey, L. (2009). Parenting and preschool child development: Examination of three low-income US cultural groups. *Journal of Child and Family Studies*, 18(1), 48-60.
- Xavier, R. (2008). Responsabilidades parentais no século XXI. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. Ano 5, 10, 17-23.
- Zamagni, S. & Zamagni, V. (2014). *Família e trabalho, oposição ou harmonia?* Cascais: Príncípa.

APÊNDICE A - ACÓRDÃOS ESTUDADOS

- Processo 944/09.4TMLSb-A.L1-7 - Tribunal de Relação de Lisboa - 12 de dezembro de 2010
- Processo 1900/05.7TBSXL-E.L1-1 - Tribunal de Relação de Lisboa - 22 de maio de 2012
- Processo 2304/05.7TBCLD-E.L1-7 - Tribunal de Relação de Lisboa - 23 de outubro de 2012
- Processo 346/07.7TBCLD.L1-7 - Tribunal de Relação de Lisboa - 23 de setembro de 2014
- Processo 1839/10.4TBVFX.L1-7 - Tribunal de Relação de Lisboa - 26 de fevereiro de 2012
- Processo 3500/10.0TBBRR.L1-6 - Tribunal de Relação de Lisboa - 18 de março de 2013
- Processo 4089/10.6TBBRR.L1-1 - Tribunal de Relação de Lisboa - 24 de junho de 2014
- Processo 675/11.5TBTVD.L1-2 - Tribunal de Relação de Lisboa - 15 de maio de 2014
- Processo 1869/11.9TMLSb.L1-2 - Tribunal de Relação de Lisboa - 11 de setembro de 2014
- Processo 2526/11.1TBBRR.L1-1 - Tribunal de Relação de Lisboa - 19 de junho de 2012
- Processo 4547/11.5TBCSC-A.L1-6 - Tribunal de Relação de Lisboa - 25 de outubro de 2012
- Processo 4547/11.5TBCSC-A.L1-6 - Tribunal de Relação de Lisboa - 22 de janeiro de 2015

- Processo 5358/11.3TBSXL-8 - Tribunal de Relação de Lisboa - 24 de outubro de 2013
- Processo 6001/11.6TBCSC.L1-6 - Tribunal de Relação de Lisboa - 17 de dezembro de 2015
- Processo 7757/11.1TBCSC.L1-2 - Tribunal de Relação de Lisboa - 5 de outubro de 2015
- Processo 33/12.4TBBRR.L1-8 - Tribunal de Relação de Lisboa - 28 de junho de 2012
- Processo 01297/12.9TBBRR.L1-8 - Tribunal de Relação de Lisboa - 9 de maio de 2013
- Processo 7598/12.9TBCSC-A.L1-6 - Tribunal de Relação de Lisboa - 7 de novembro de 2013
- Processo 6098/13.4TBSXL-B.L1-8 - Tribunal de Relação de Lisboa - 30 de janeiro de 2014
- Processo 82-14.8TBSRQ-A.L1-8 - Tribunal de Relação de Lisboa - 12 de novembro de 2015
- Processo 1463/14.2TBCSC.L1-8 - Tribunal de Relação de Lisboa - 14 de fevereiro de 2015
- Processo 9436/04.7TBVNG-E.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 6 de maio de 2014
- Processo 57/05.8TMMTS-A.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 31 de janeiro de 2012
- Processo 336/09.5TBVPA-B.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 10 de janeiro de 2012
- Processo 1709/09.9TBPFR.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 6 de dezembro de 2011
- Processo 1814/09.1TJVNF-A.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 28 de junho de 2011
- Processo 2182/10.4TBVFR.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 12 de março de 2012
- Processo 3850/11.9TBSTS-A.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 28 de junho de 2016
- Processo 26/12.1.TMMTS-A.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 29 de abril de 2014

- Processo 854/12.8TBCHV.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 21 de março de 2013
- Processo 1020/12.8TBVRL.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 9 de julho de 2014
- Processo 5253/12.9TBVFR-A.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 13 de maio de 2014
- Processo 10799/12.6TBVNG.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 23 de fevereiro de 2015
- Processo 1530/14.2TMPRT-E.P1 - Tribunal de Relação do Porto - 28 de abr de 2015
- Processo 612/09.7TMFAR.E1 - Tribunal de Relação de Évora - 11 de abril de 2012
- Processo 678/09.0TMSTB - Tribunal de Relação de Évora - 22 de março de 2012
- Processo 1051/09.5TMFAR - Tribunal de Relação de Évora - 19 de janeiro de 2012
- Processo 303/10.6TMSTB-B.E2 - Tribunal de Relação de Évora - 7 de abril de 2016
- Processo 390/10.7TMSTB.E1 - Tribunal de Relação de Évora - 21 de março de 2013
- Processo 960/11.6TMFAR.E1 - Tribunal de Relação de Évora - 25 de junho de 2008
- Processo 153/14.0TMFAR-E1 - Tribunal de Relação de Évora - 7 de abril de 2016
- Processo 90/08.8TBCNT-D.C1 - Tribunal de Relação de Coimbra - 1 de fevereiro de 2011
- Processo 1796/08.7TBCTB-A.C1 - Tribunal de Relação de Coimbra - 11 de julho de 2012
- Processo 626/09.7TMCBR.C1 - Tribunal de Relação de Coimbra -18 de outubro de 2011
- Processo 1009/11.4TBFIG-A.C1 - Tribunal de Relação de Coimbra - 6 de outubro de 2015
- Processo 3079/12.9TBCSC.C1 - Tribunal de Relação de Coimbra - 6 de outubro de 2015

- Processo 910/10.7TBGMR-C.G1 - Tribunal de Relação de Guimarães - 25 de novembro de 2013
- Processo 1442/10.9TBFLG-B.G1 Tribunal de Relação de Guimarães - 16 de janeiro de 2014
- Processo 234/11.2TBAVV-A.G1 - Tribunal de Relação de Guimarães - 29 de novembro de 2011
- Processo 228/11.8TBBCL.G1 - Tribunal de Relação de Guimarães - 4 de março de 2013

APÊNDICE B - ÁRVORE DE CATEGORIAS

Categorias	Número de Acórdãos	Número de Referências
1. Superior interesse da criança		
1.1 características concretas de ambos os progenitores	7	8
1.10. relacionamento entre a criança e os outros membros da família	3	3
1.2. circunstâncias que envolvem a vivência, o meio em que a criança está inserida	3	3
1.3. disponibilidade de tempo que cada progenitor tem para estar com a criança	3	3
1.4. existência de irmãos	8	12
1.5. figura primária de referência	10	17
1.6. idade da crianças	11	12
1.7. manutenção de uma relação de grande proximidade entre o menor e os seus progenitores	8	9
1.8. relacionamento e capacidade de diálogo mantidos entre os progenitores	2	2
1.9. relacionamento entre a criança e cada progenitor	3	3
2. Escolha do regime		
2.1. capacidade de diálogo	2	2
2.2 características da criança e dos pais	4	4
2.3. figura primária de referência	6	8
2.4. idade da criança	8	9
2.5. manutenção do regime anterior	7	7
2.6. relacionamento entre os progenitores e entre o menor e os progenitores	3	4
3. Escolha do progenitor		
3.1. capacidade de proporcionar o desenvolvimento estruturado da criança	8	9

3.2. disponibilidade de para manter contacto com o outro progenitor	2	2
3.3. existência de irmãos	3	5
3.4. figura primária de referência	13	17
3.5. idade da criança	9	11
3.6. inexistência de fato que desabone a conduta do progenitor	1	1
3.7. intensidade das relações afetivas com cada genitor	7	7
3.8. manutenção do <i>status quo</i>	10	14
3.9. presunção de guarda de filho de pais não casados	1	1
3.10. situação familiar e profissional do progenitor	1	3
4. Exercício conjunto das responsabilidades parentais		
4.1 conceito	16	25
4.2 requisitos		
4.2.1. bom relacionamento entre os progenitores	5	8
4.2.2. vinculação afetiva da criança com ambos progenitores	2	3
4.2.3. vontade, empenho e disponibilidade de ambos progenitores	3	4
4.2.4. acordo entre os progenitores	2	2
4.3 decisões favoráveis		
4.3.1. elimina ou reduz os conflitos	0	0
4.3.2. inexistência de fundamento para determinar a guarda única	2	2
4.3.3. manutenção do convívio com ambos os progenitores	1	1
4.3.4. reforça os laços afetivos com os progenitores	1	1
4.4 decisões desfavoráveis		
4.4.1. desinteresse do progenitor não residente	2	4
4.4.2. elevada conflitualidade	8	12
4.4.3. falta de laços afetivos entre o progenitor e a criança	2	2

4.4.4. incapacidade de cooperação e de comunicação entre os progenitores	1	1
4.4.5. indícios de maus tratos e abuso sexual em relação à criança	1	1
4.4.6. tenra idade da criança	1	1
4.5 vantagens do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada		
4.5.1. assegura desenvolvimento equilibrado e saudável da criança	1	1
4.5.2. elimina ou reduz os conflitos	1	2
4.5.3. fortalece os laços afetivos entre pais e filhos	1	2
4.5.4. previne e inibe a Síndrome da Alienação Parental	0	0
4.5.5. reduz o impacto da separação nas crianças	1	1
4.5.6. reforça o papel parental	1	2
4.5.7. salvaguarda o direito de convivência	2	3
5. Residência		
5.1 critérios para fixação da residência		
5.1.1. acordo dos progenitores	4	7
5.1.2. ausência de conflito - relacionamento civilizado entre os progenitores	8	13
5.1.3. capacidade dos pais para atender as necessidades da criança	3	4
5.1.4. disponibilidade para promoverem relações habituais do filho com o outro genitor	5	5
5.1.5. idade da criança (adolescente ou jovem com autonomia)	11	13
5.1.6. juízo de prógnose favorável	4	4
5.1.7. preservação da estabilidade existente (<i>status quo</i>)	9	15
5.1.8. progenitores com estatuto sócio económico relativamente elevado	1	1
5.1.9. proximidade geográfica entre a residência dos genitores	3	4

5.1.10. qualidade do relacionamento afetivo com os progenitores	4	5
5.2 decisões favoráveis		
5.2.1. assegura desenvolvimento equilibrado e saudável da criança	0	0
5.2.2. elimina ou reduz os conflitos	0	0
5.2.3. fortalece os laços afetivos entre pais e filhos	0	0
5.2.4. garante um contato equivalente com cada progenitor	0	0
5.2.5. manutenção do convívio com ambos os progenitores contribui para manutenção do bem estar da criança no ajustamento ao pós divórcio	1	1
5.2.6. reduz o impacto da separação nas crianças	0	0
5.2.7. reforça o papel parental	1	1
5.2.8. salvaguarda o direito de convivência com ambos os genitores	2	2
5.3 decisões desfavoráveis		
5.3.1. ampliação de visitas ou visita livre no lugar da residência alternada	13	19
5.3.2. ausência da figura primária de referência	1	1
5.3.3. conflitos no exercício da guarda conjunta	3	3
5.3.4. existência de relação litigiosa entre os progenitores	8	8
5.3.6. inexistência de acordo	3	4
5.3.7. logística implicada no mudar de uma casa para outra	2	2
5.3.8. manutenção do <i>status quo</i>	7	8
5.3.9. preferência materna tenra idade	6	8
5.3.10. propicia o aumento do conflito entre os progenitores	6	7
5.3.11. proteção da estabilidade da criança	18	26
5.3.12. tenra idade	11	13

6. Guarda alternada		
6.1 conceito	19	25
6.2 factores que impossibilitam a aplicação da guarda alternada	0	0
6.2.1. dificuldade de relacionamento	5	8
6.2.2. distância geográfica	1	2
6.2.3. falta de acordo	6	7
6.2.4. falta de previsão legal - impossibilidade jurídica	3	3
6.2.5. situação de conflito entre os progenitores	3	5
6.2.6. tenra idade da criança	6	7
7. Alteração das responsabilidades parentais	8	9
8. (Des)igualdade de géneros		
8.1. capacidade de assegurar os contactos com o progenitor não residente	0	0
8.2. carácter insubstituível das compensações afetivas maternas	0	0
8.3. critério da preferéncia maternal	6	7
8.4. critérios utilizados para avaliar a capacidade de cuidar da criança	4	4
8.5. figura primária de referência	6	8
8.6. princípio da igualdade de géneros	9	13
9. Doutrina	32	56
10. Legislação	10	11
11. Estudos científicos	14	19
12. Síndrome da Alienação Parental	11	32
13. Jurisprudência	17	25
14. Visitação ampliada	15	20
15. Visitas restrição	7	12
16. Critérios para a tomada de decisão		
16.1. existência de irmãos	5	6

16.2. figura primária de referência	13	18
16.3. manutenção do <i>status quo</i>	18	24
16.4. melhores condições do progenitor	14	14
16.5. presunção materna tenra idade	4	6
16.6. tenra idade da criança	9	9
17. Ministério Público	11	11