

# EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS: ALGUNS ELEMENTOS PROCESSUAIS E SUBSTANTIVOS

*Miguel Dinis Pestana Serra*<sup>1</sup>

## Resumo

Este texto que aqui se publica (apenas com algumas atualizações e complementos) serviu de apoio à exposição por nós realizada, no dia 15 de maio de 2018, que teve lugar na Escola Superior de Gestão de Idanha-a-Nova, no âmbito de um seminário realizado sobre direito da família, onde se abordam algumas questões substantivas e processuais atinentes à prestação de alimentos, a guarda do menor e ao regime de visitas. Em particular, analisa-se a residência exclusiva e alternada, as vantagens desta última que a ciência vem apresentando e a sua aplicação no regime português.

## 1. INTRODUÇÃO

O exercício das responsabilidades parentais tem na sua razão de existir, duas vertentes: por um lado, vem suprir a incapacidade de exercício de direitos dos menores (não emancipados), conforme art.º 123º do CC. Na verdade, os menores enquanto sujeitos de direitos e de obrigações são representados pelos pais, dado que estes são, em princípio, titulares do poder paternal (artigos 124º, 1878º e 1881º do CC) e subsidiariamente pelo tutor<sup>2</sup>; por outro lado, as responsabilidades parentais não se resumem ao poder de representação incluindo também a guarda, vigilância, sustento e educação do menor<sup>3</sup>.

Antes da Lei 61/2008 utilizava-se a denominação poder paternal, sendo que hoje o código civil substituiu tais palavras por responsabilidades parentais (v.g. artigos 1901º, 1904º-A e 1906º do CC). O legislador entendeu deixar de utilizar as palavras “poder paternal” por as mesmas não exprimirem a realidade atual<sup>4</sup>, pelo que assistimos a uma evolução da denominação poder paternal, para regulação das responsabilidades parentais. Não deixa de ser verdade que estamos perante um poder-dever, mas a designação poder paternal, está ligada a uma ideia de posse da criança (art.º 1878º, n.º 1 do CC). Ora, atualmente entende-se que a criança é a pessoa que beneficia do exercício das responsabilidades parentais, sendo este exercício praticado no seu exclusivo interesse. Veja-se que hoje as crianças são os entes centrais da família, contrastando com o que sucedia no passado. No fundo, estamos perante um poder-dever que deve ser exercido tendo unicamente como objetivo a proteção e promoção dos interesses e necessidade do filho, tendo em vista o seu

<sup>1</sup> Docente na Escola Superior de Gestão de Idanha-a-Nova do Instituto Politécnico de Castelo Branco e no Instituto Superior de Contabilidade de Administração do Instituto Politécnico de Coimbra.

<sup>2</sup> De referir que quando a filiação se encontre estabelecida, apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais poderão ser atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, exercendo-o, neste caso, em conjunto com o progenitor tal como consta do número 1 do art.º 1904º - A do CC. Também existem casos em que confiança do menor é atribuída a terceiro, conforme art.º 1907º do CC e também a situação da sobrevivência do progenitor a quem o filho não foi confiado – art.º 1908º do CC e ainda a existência de perigo para a segurança, a saúde, formação moral e educação do filho onde se poderá confiar o menor a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação e assistência

<sup>3</sup> Pinheiro, Jorge Duarte (2013), O Direito da Família Contemporâneo – Lições, Lisboa 4ª ed., AAFDL, p. 311.

<sup>4</sup> Veja-se sobre esta temática, Sottomayor, Clara, (2016) Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Coimbra, Almedina, 6ª edição revista, aumentada e atualizada, pág. 280.

desenvolvimento harmonioso, equilibrado, saudável e integral. Neste sentido, deverá ser assegurada a segurança, assistência, saúde, educação, assim como a administração dos bens do menor<sup>5</sup>.

## 2. As responsabilidades parentais no casamento

Os pais não são livres de exercer ou não exercer as responsabilidades parentais. Na verdade, encontram-se impedidos de renunciar às responsabilidades parentais, pelo que se culposamente tais responsabilidades não forem exercidas, poderá ser decretada a sua inibição (art.º 1915º do CC).

Na constância do casamento, o exercício das responsabilidades parentais compete a ambos os pais, devendo ambos participar, em situação de igualdade. No entanto, se ocorrerem divergências entre os pais quanto às questões de particular importância, qualquer deles poderá recorrer ao tribunal que tentará a conciliação (art.º 1901º do CC). Se o entendimento não for possível, terá o tribunal que decidir, após a audição do filho, a não ser que estejam presentes circunstâncias ponderosas que o desaconselhem.

## 3. As responsabilidades parentais dos progenitores que se encontrarem separados de facto, em separação de pessoas e bens ou fora do casamento

Se os pais se encontrarem separados de facto, nunca tenham vivido juntos ou tenha sido decretado o divórcio ou separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento terá que ter lugar a regulação do exercício das responsabilidades parentais. Neste processo existem questões essenciais fundamentais que terão que ser alvo de regulação, nomeadamente a fixação do montante da pensão de alimentos, a guarda do menor e o regime de visitas.

### 3.1 A prestação de alimentos

Como já se referiu, compete aos pais o sustento dos filhos. Nesse sentido, consigna expressamente o art.º 1878º do CC, que dentro do conteúdo das responsabilidades parentais, está incluído, prover ao sustento dos filhos<sup>6</sup>. Esta obrigação que impende sobre os pais é diferente da obrigação de alimentos comum do art.º 2009º do CC, pois esta engloba as necessidades relativas à habitação, vestuário e alimentação, e a obrigação de alimentos a filhos abrange ainda a educação e segurança.

É pacífico que ambos os pais, num regime de igualdade estão incumbidos do sustento dos filhos. Mas quando se refere que ambos os progenitores devem contribuir no âmbito de um princípio de igualdade de deveres consagrado constitucionalmente (art.º 36º, n.º 3 da Constituição), tal não significa necessariamente que devam contribuir com iguais montantes. Isto porque, os alimentos deverão ser fixados em função das necessidades do alimentado e das possibilidades do obrigado a alimentos. Por tal motivo, o art.º 2004º do CC estabelece que os alimentos serão proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los<sup>7</sup>.

Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, pág. 8, acessível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334c7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624455774f5331594c6d527659773d3d&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>. Vejam-se a este propósito os artigos 2003º do CC, 1880º e 1905º, n.º 2 do CC.

Veja-se Ac. da Relação do Porto de 13/02/ 2014, referente ao Proc. 287/08.0TMMTS-B.P1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): "(...) O art.º 36º, n.º 3, da C.R.P., estabelece o princípio de igualdade de deveres de ambos os progenitores na manutenção dos filhos. Com este princípio não pretende a lei que cada progenitor contribua com metade do necessário à manutenção dos filhos, antes se visa que sobre cada um deles impenda a responsabilidade de assegurar, na medida das suas possibilidades, o que for necessário ao sustento, habitação e vestuário (alimentos naturais), bem como à instrução e educação do menor (alimentos civis)."

Na determinação dos alimentos terão que ser consideradas as necessidades atuais do menor. Neste sentido, terão que ser tomadas em consideração as necessidades relacionadas com a sua idade, a sua frequência escolar, o seu estado de saúde, sem esquecer que tais necessidades serão aferidas no âmbito do nível socioeconómico dos progenitores.

Dado que se referiu o nível sócio económico dos progenitores, importa ponderar se o progenitor estará dispensado de contribuir com alimentos, se não tiver rendimentos que lhe permita prestá-los. Sucede que dentro das responsabilidades parentais, se encontra um dever irrenunciável que é assegurar as necessidades alimentares do filho. Por tal motivo, o progenitor nunca poderá ser dispensado de os prestar, incumbindo-lhe gerir a sua vida e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a subsistência do seu filho. Resulta, pois, que o legislador obriga o progenitor a assegurar o sustento do filho, habitação, vestuário e alimentação, a educação e segurança, que serão devidos, mesmo em caso de carência económica<sup>8</sup>. Naturalmente que nesta situação terá também que ser tomado em consideração o princípio da proporcionalidade, plasmado no art.º 2004º do CC.

Do ponto de vista processual, os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar poderão ser regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação, sendo que esta será recusada, se o acordo não corresponder ao interesse do menor (art.º 1905º do CC)<sup>9</sup>.

Se o divórcio por mútuo consentimento correr seus termos na Conservatória do Registo Civil será obrigatório a apresentação do acordo que versa sobre as responsabilidades parentais. Tal acordo será depois sujeito a homologação pelo tribunal, através do Ministério Público – art.º 1775º, n.º 1 al. b) e 1776º-A, ambos do CC.

Se o divórcio por mútuo consentimento correr seus termos no tribunal competirá a este fixar as consequências do divórcio regulando o exercício das responsabilidades parentais, incluindo os alimentos devidos a menor (art.º 1778º – A do CC).

Em face das alterações implementadas pela Lei 5/2017 de 2 de março, os pais, em caso de separação de facto e de dissolução da união de facto, bem como os pais que nunca viveram em união de facto, poderão regular o exercício das responsabilidades parentais por acordo, nas Conservatórias do Registo Civil - artigos 1909º, 1911º e 1912º do CC.

Caso não exista acordo entre os progenitores quanto a alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar, ou quando o Tribunal entenda que o montante acordado não supre as necessidades do menor, deverá o Tribunal fixá-los.

Se os progenitores não lograrem chegar a acordo poderá ser requerido ao Tribunal a instauração de um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Trata-se de um processo especial, regulado nos artigos 34º e ss. do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei 141/2015 de 8 de setembro.

Na eventualidade de a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos, não satisfazer o pagamento das quantias devidas poderão ser utilizados os meios para tornar efetiva a prestação de alimentos elencados no art.º 48º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível que passarão por dedução das quantias do vencimento, ordenado ou salário do obrigado judicialmente a alimentos, e a entrega diretamente ao alimentando. Se estivermos perante outros rendimentos, nomeadamente rendas, pensões, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, ou rendimentos semelhantes dedução é feita nestas prestações quando tiverem de ser pagas ou creditadas ficando os notifi-

<sup>8</sup> Veja-se a este propósito o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 15/05/2012, referente ao Proc. 2792/08.0TBAMD. LL.S1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “O abandono, puro e simples, com desprezo pelos direitos e deveres que a condição de progenitor encerra, não pode, sem mais, fazer-se equivaler ou justificar, do ponto de vista da tutela dos interesses em jogo, o reconhecimento da incapacidade de acudir às necessidades alimentares do filho, sob pena de se deixar vazio de conteúdo o aludido direito-dever fundamental de educação e manutenção dos filhos, não separados dos pais. Como, a este propósito escreve REMÉDIO MARQUES (“*Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos A Menores)*...”), 2000, pg. 69/70), os “direitos-deveres para com os menores são sempre devidos, independentemente dos seus recursos económicos e do estado de carência económica dos filhos, posto que se trata de direitos cujo exercício é obrigatório e prioritário em atenção à pessoa e aos interesses do menor”. E, efectivamente, o art. 2004º, preceito que, como dito, se prende apenas com o critério de determinação da medida dos alimentos, tem como pressuposto nuclear a situação de necessidade do alimentado, que é, afinal, o interesse juridicamente protegido que confere o direito à obtenção da prestação, correspondendo a regra da proporcionalidade aí acolhida à indicação do método de cálculo a adoptar pelo julgador.”

<sup>9</sup> Veja-se também o art.º 34º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei 141/2015 de 8 de setembro.

cados fiéis depositários, que as entregarão posteriormente a quem deve recebê-las.

Mas em caso incumprimento da prestação de alimentos, poderá ser acionado o Fundo de Garantia de Alimentos a Menores, conforme se encontra estabelecido na Lei 75/98 de 19 de setembro, desde que estejam presentes os requisitos legalmente estabelecidos. Para que o fundo possa ser acionado, terão que estar presentes os seguintes requisitos cumulativamente:

- Não seja cumprido o pagamento das quantias judicialmente fixadas a título de alimentos, nem seja possível obter o seu cumprimento através de meios executivos<sup>10</sup>;
- O alimentado não tenha rendimento líquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS) nem beneficie nessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, isto é, quando por cabeça, o rendimento do agregado familiar não seja superior a 428,90€<sup>11</sup>.
- O menor resida em território nacional;
- Estejamos perante menor de 18 anos de idade.

No entanto, com a alteração efetuada pela Lei 122/2015 de 1 de setembro, ao número 2 do art.º 1º da Lei 75/98 de 19 de setembro, o Fundo poderá manter o pagamento após a maioridade, e até aos 25 anos. Deste modo, não obstante o pagamento das prestações a que o Fundo se encontra obrigado cessar com a maioridade, a verdade é que nos casos e nas circunstâncias previstas no n.º 2 do art.º 1905º do CC, o fundo manterá o pagamento até aos 25 anos de idade, caso o processo de educação e formação profissional não esteja ainda concluído e não tenha sido livremente interrompido.

Isto significa que, de acordo com a redação do art.º 1905º, n.º 2 do CC que lhe foi dada pela Lei 122/2015 de 1 de setembro e que entrou em vigor em 1 de outubro de 2015, a obrigação de alimentos devidos a filho mantém-se depois da maioridade e até aos 25 anos de idade, nas circunstâncias aí mencionadas e já descritas no parágrafo anterior. Não obstante, a obrigação de pagamento de alimentos terminará se o obrigado à prestação fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência. Incumbe ao progenitor o ónus de alegar e provar que o processo de educação e formação profissional se encontra concluído antes de o filho perfazer os 25 anos ou de que este processo foi interrompido de forma voluntária, ou da irrazoabilidade da exigência da manutenção da pensão fixada na menoridade<sup>12</sup>.

### 3.2 A fixação da guarda do menor

O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do menor cabe ao progenitor que com ele viva habitualmente ou ao progenitor que com ele se encontre temporariamente (art.º 1906º, n.º 3 do CC). Por outro lado, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para o filho são exercidas em comum, por ambos os progenitores, sendo este o regime que será aplicado em regra (art.º 1906º, n.º 1 do CC). Este regime só não será aplicado, se for contrário aos interesses do menor, tendo o tribunal neste caso de proferir decisão devidamente fundamentada, determinando que tais responsabilidades serão exercidas apenas por um progenitor (art.º 1906º, n.º 2 do CC). Consideram-se questões de particular importância, a escolha da orientação religiosa<sup>13</sup>, a realização de intervenção cirúrgica da qual possam resultar

<sup>10</sup> Veja-se art.º 3º, n.º 1 al a) do DL 164/99, art.º 1º da Lei 75/98 e art.º 48º do Regime Geral do Processo Tutelar Civil face à revogação da OTM. O fundo pagará se não for possível a cobrança coerciva dos alimentos, por exemplo se o progenitor estiver desempregado, preso, sem paradeiro conhecido e sem património penhorável.

<sup>11</sup> Portaria 21/2018 de 18 de janeiro.

<sup>12</sup> Sobre a questão da irrazoabilidade da sua exigência, veja-se Ac. da Relação de Coimbra de 19/12/2017, referente ao Proc. 1156/15.3T8CTB.C2

<sup>13</sup> No sentido da escolha da orientação religiosa como questão de particular importância veja-se Ramião, Tomé,d'Almeida (2011), O Divórcio e as Questões Conexas, Lisboa, Quid Juris, 3.ª edição, pág. 159; Pires de Lima e Antunes Varela (1995), Código Civil Anotado, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 353; Martins, Rosa (2008), Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental, Centro de Direito da Família 13, Coimbra, Coimbra Editora, págs.. 211-212'.

riscos para a saúde do menor, a prática de atividades físicas de risco como sejam desportos radicais, a saída do menor para o estrangeiro, a mudança de estabelecimento de ensino, ou a mudança de residência do menor para local diferente da do progenitor a quem o mesmo foi confiado<sup>14</sup>.

### 3.2.1 A residência exclusiva e a residência alternada

Relativamente à residência do menor existem duas modalidades: a residência exclusiva em que o menor vive junto de um dos pais e a residência alternada.

Dentro da residência exclusiva poderá ter lugar a guarda exclusiva ou única, isto é, as responsabilidades parentais serem atribuídas em exclusivo ao progenitor residente com o menor<sup>15</sup> e a denominada guarda conjunta onde existe um exercício em comum das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância. As responsabilidades parentais podem ser atribuídas em exclusivo ao progenitor que vive com o menor, por exemplo, quando o outro progenitor se encontra em parte incerta, ou longe do menor sem contactos regulares, 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 - 1906º-A, al. b) do CC.

Na residência alternada, o menor reside alternadamente com cada um dos pais, por certos períodos, por exemplo, uma semana de residência, ou quinze dias e ou um mês, com cada um, tendo assim duas residências. Na residência alternada, também existem duas modalidades: a guarda partilhada e a guarda alternada. Na guarda partilhada ou também denominada guarda compartilhada é aplicado exercício em comum das responsabilidades parentais quanto aos atos de particular importância. Estaremos perante a guarda alternada quando é aplicado o regime exclusivo das responsabilidades parentais no período de residência que caberá a cada progenitor<sup>16</sup>.

Coloca-se a questão de saber, se a residência alternada é ou não possível face ao estatuído na lei. Ora, o art.º 1906º, n.º 5 do CC estabelece que *o tribunal determinará a residência do filho*, não estabelecendo de forma explícita a possibilidade de serem fixadas duas residências. Mas a verdade é que também não as proíbe e inclusive a redação que resulta da lei 61/2008 de 31 de outubro (art.º 1906º n.º 1 e 7 do CC) veio estabelecer que deverão existir responsabilidades parentais igualitárias entre os progenitores, devendo o tribunal decidir no sentido *da manutenção de uma relação de grande proximidade com os progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos*, o que em nosso entender, permite concluir no sentido favorável. De referir ainda que o art.º 82º, n.º 1 do CC que regula o domicílio voluntário geral estabelece que se uma pessoa residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliado em qualquer deles, pelo que está legalmente consagrada a sua possibilidade em geral.

Maria Clara Sottomayor em *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos Casos de Divórcio*, vem invocar a existência de diversos estudos que desaconselham a residência alternada. Refere ainda inconvenientes práticos e legais do seu exercício, como seja o aumento do conflito e a colocação da criança no centro do mesmo, ou a necessidade de determinação da residência

<sup>14</sup> Veja-se neste sentido Ac. da Relação de Lisboa de 02/05/2016, relativo ao processo 897/12.1T2AMD-FL1-1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): "(...) V- Devem considerar-se "questões de particular importância", entre outras : as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de atividades desportivas radicais ; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo ; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado ; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado. VI- Devem considerar-se "actos da vida corrente", entre outros : as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, actividades e ocupação de tempos livres ; as decisões quanto aos contactos sociais ; o acto de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares ; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado ; a imposição de regras ; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espectáculos ou saídas à noite ; as consultas médicas de rotina."

Veja-se também neste sentido Sottomayor, Clara (2016), *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, pág. 313.

<sup>15</sup> As responsabilidades parentais podem ser atribuídas em exclusivo ao progenitor, por exemplo, 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, conforme resulta do artigo 1906º-A, al. b) do CC.

<sup>16</sup> Classificação adotada por Silva, Joaquim Manuel da (2016), *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, Lisboa, Petrony, págs. 44 e 45.

habitual para a definição do tribunal competente para efeitos fiscais e prestações sociais<sup>17</sup>, ainda apontado a falta de estabilidade e rotinas, que seriam criadas com a residência alternada, prejudiciais para o menor.

Joaquim Manuel da Silva tem um entendimento diverso defendendo que a residência alternada é uma fonte de diminuição de conflitos entre os progenitores, permitindo a vinculação dos menores aos adultos seus progenitores e em consequência, um desenvolvimento mais harmonioso do que o proporcionado pela residência fixa e com menos doenças do foro psiquiátrico sofridas pelas crianças<sup>18</sup>.

Ainda hoje existem magistrados que rejeitam a residência alternada, mesmo quando os pais estão de acordo com ela, com o argumento de que não defende os superiores interesses da criança. Argumentam que a criança seria sujeita a mudanças constantes de habitação, facto gerador de instabilidade sendo que esta necessita de rotinas, e que, quando os pais se encontram em conflito, tal realidade seria exposta à criança prejudicando-a, defendendo que em tal ambiente a residência exclusiva seria mais protetora da criança.

Por outro lado, ainda no âmbito judicial verificamos que existem decisões que aceitam a residência alternada, mas apenas quando não existe conflitualidade entre os pais<sup>19</sup> e quando a criança não é ainda de tenra idade. Veja-se por exemplo o Ac. da Relação de Lisboa de 18/03/2013<sup>20</sup> onde se rejeitou a residência alternada, devido à tenra idade da criança e à existência de conflitualidade entre os pais. Por sua vez, o Ac. da Relação de Lisboa de 14/12/2015, decidiu que não existindo acordo entre os pais, não poderia ser aplicada a guarda conjunta nem alternada das responsabilidades parentais<sup>21</sup>.

Existem, no entanto diversos acórdãos contrários a esta orientação, nos quais, não se faz depender a aplicação da residência alternada da inexistência de conflito entre os pais, como sejam o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/12/2015, referente ao proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, relator: Desembargadora Anabela Calafate; o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/01/2017, referente ao Proc. 954-15.2T8AMD-A.L1-7, relatora: Desembargadora Rosa Ribeiro Coelho; Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 27.04.2017, relator: Desembargadora Maria João Areias; Ac. da relação de Coimbra de 07/08/2017 referente ao Proc. 835/17.5T8SXL-A-2, do desembargador Pedro Martins, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Podemos, pois, concluir, que no âmbito jurisprudencial existem posições conflituantes e contraditórias.

<sup>17</sup> Clara Sottomayor (2016), Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, págs. 262-280; 307-308

<sup>18</sup> Veja-se Silva, Joaquim Manuel da (2016), A Família das Crianças na Separação dos Pais.

Veja-se Ac. da Relação de Lisboa de 14/02/2015, referente ao Proc. 1463/14.2TBCSC.L1-8, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) “Não havendo acordo dos pais, não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais”; Ac. da Relação do Porto de 13/05/2014, de 13/05/2014 acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt):

“I - 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.

II - 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.

III - A solução da “guarda alternada” (o filho ficará a residir alternadamente com cada um dos progenitores por períodos idênticos – 1 semana; 2 semanas; 1 mês) apresenta inconvenientes relacionados com a instabilidade que cria nas condições de vida do menor, motivadas pelas constantes mudanças de residência.

IV - 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.

V - 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 ;

Veja-se também Ac. da Relação de Coimbra de 11/07/2012, referente ao Proc. 1796/08.7TBCTB-A.C1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) : “Resta dizer que, atendendo à idade do menor, ao seu desenvolvimento físico-psíquico, à ligação de maior proximidade que vem mantendo com a requerida e ao demais apurado, nada justifica a implementação de um regime de “guarda alternada” Numa perspectiva crítica sobre a problemática da “guarda partilhada” e salientando os seus possíveis “malefícios”, cf. o acórdão da RP de 10.01.2012-processo 336/09.5TBVPA-B.P1, publicado no “site” da dgsi., tendo-se por correcto o entendimento perfilhado na decisão sob censura para a atribuição da guarda à requerida: “(...) É de particular importância conhecer e valorar a capacidade de adaptação do menor às novas circunstâncias estabelecidas por cada um dos progenitores e a respectiva disponibilidade afectiva, por forma a promover, em condições de estabilidade necessárias, o equilíbrio e desenvolvimento do menor. Para além disso, é necessário ter em conta a idade do menor, na medida em que constitui um referencial concreto da avaliação das suas necessidades e indicador do grau de autonomia que lhe deve ser reconhecida na organização da própria vida”

<sup>20</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>21</sup> Proc. n.º 1463/14.2TBCSC.L1-8, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Parece que ao invés de partirmos de convicções pessoais, assentes muitas vezes, na ideia de que a mãe tem mais aptidão para cuidar dos filhos, e que o menor deve permanecer junto do progenitor de referência, sobretudo em tenra idade, e de que as rotinas e a estabilidade são imperativas, devemos, por um lado, estar cientes de que a reforma de 2008, assenta numa ideia de igualdade entre os progenitores e que por outro lado, deveremos examinar os estudos científicos que existem na área psicologia no quadro das vantagens e inconvenientes da residência alternada.

A propósito, Richard Warshak, professor e investigador em psiquiatria nos Estados Unidos publicou um trabalho em 2014, denominado *Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report*, onde defende que existe um grande consenso nos investigadores, no sentido de que a residência alternada, em circunstâncias normais é apropriada para crianças com menos de quatro anos de idade. Richard Warshak conclui mesmo, que a residência alternada é apropriada em qualquer idade da criança<sup>22</sup>.

Veja-se o estudo de Nielsen, Professora de Adolescent and Educational Psychology, da Wake Forest University, que defende em primeiro lugar, que a residência alternada se encontra relacionada com melhores resultados nas crianças de todas as idades, do ponto de vista emocional, comportamental e de saúde física. Em segundo lugar, as regulares e frequentes dormidas partilhadas nas residências dos pais com menos de cinco anos não produz resultados negativos nem sequer perda de ligação próxima com a mãe. Em terceiro lugar, Nielsen conclui que mesmo quando os pais vivem uma situação de elevado conflito, a maior parte das crianças beneficiam da residência alternada se tiveram uma relação de afeto com os seus pais. Em quarto lugar, refere que, mesmo o facto de a guarda alternada ter lugar nos casos em que os pais têm maior rendimentos e menos conflitualidade, estes dois fatores não explicam os melhores resultados atribuídos à residência alternada. Por último, refere que mesmo que algumas crianças tenham a noção de que viver em duas casas por vezes se apresenta como um inconveniente, elas têm a convicção que as vantagens superam os inconvenientes. Uma das principais vantagens da residência alternada é a manutenção do relacionamento, com amor, qualidade e significado, com ambos os pais. Pelo contrário, a residência exclusiva, muito provavelmente irá provocar quebra de laços que perdurarão o resto da vida<sup>23</sup>.

Também Malin BERGSTRÖM, investigadora no Karolinska Institutet, Estocolmo, Suécia, concluiu em 2014 que quanto a problemas psicossomáticos e doenças das crianças, as residências únicas apresentam piores resultados<sup>24</sup>.

Mais recentemente, no artigo *Children with two homes: Psychological problems in relation to living arrangements in Nordic 2- to 9-year-olds*, de 2018, Bergström M, Fransson E, Wells MB, Köhler L, Hjern A. concluíram que as crianças de tenra idade que não coabitam com ambos os pais sofrem mais danos psicológicos dos que vivem com a família unida. Por sua vez, concluíram também que em pais separados, quando existe residência única do menor, existem mais sintomas de problemas psicológicos do que quando existe residência alternada<sup>25</sup>.

O que parece resultar dos estudos científicos é que o menor beneficia muito do convívio com ambos os pais. Os benefícios que advêm do convívio com ambos os pais, através da residência alternada, em geral superam largamente os inconvenientes que resultam da aplicação deste regime.

<sup>22</sup> Warshak, R. A. (2014), *Social science and parenting plans for young children: A consensus report*. Washington, Psychology, Public Policy, and Law, 20(1), 46-67.

<sup>23</sup> Nielsen, L., (2015) *Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?*, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 28, pp. 136-137. Acessível em [http://aaml.org/sites/default/files/MAT111\\_1.pdf](http://aaml.org/sites/default/files/MAT111_1.pdf): "(...) shared parenting is linked to better outcomes for children of all ages across a wide range of emotional, behavioral and physical health measures. (...) even if the parents are in high conflict, most children still benefit from shared parenting if they have loving, meaningful relationship with their parents (...)."

<sup>24</sup> Bergström, Malin, (2014) *Mental health and wellbeing in children in shared parenting and other living arrangements clinical psychologist*. Acedido em 26 de outubro de 2018. [http://www.divorcecorp.com/wp-content/uploads/2014/11/Mental-Health-Wellbeing-in-Different-Living-Arrangements\\_Malin-Bergstrom.pdf](http://www.divorcecorp.com/wp-content/uploads/2014/11/Mental-Health-Wellbeing-in-Different-Living-Arrangements_Malin-Bergstrom.pdf)

<sup>25</sup> Bergström, Malin, Fransson E, Wells MB, Köhler L, (2018) *Children with two homes: Psychological problems in relation to living arrangements in Nordic 2- to 9-year-olds* Hjern, Acedido em 26 de outubro de 2018 em [A.http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1403494818769173](http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1403494818769173)

### 3.3 O regime de visitas

A visita permite ao progenitor a quem não foi atribuída a residência do menor relacionar-se e conviver com o seu filho, permitindo manter contactos regulares entre ambos. No âmbito do regime de visitas, o menor será acolhido durante alguns dias na residência do seu progenitor, durante o fim de semana ou épocas festivas e algumas semanas durante as férias de verão.

Mas a visita não se limita às situações em que existe uma pernoita, incluindo também contactos breves, como seja, almoçar ou jantar com o menor no meio da semana, caso tal seja exequível e tenha sido estipulado.

Caso exista um bom relacionamento entre os pais, o tribunal poderá fixar um regime de visitas, sem grandes especificações, sem estabelecer dias ou horários rígidos. Pelo contrário, em caso de conflito entre os pais, o tribunal terá que estabelecer de forma exaustiva os dias, as horas, lugar de entrega, meios de transporte e tudo o que for necessário no sentido de evitar o surgimento de mais desentendimentos.

Os estudos científicos demonstram inequivocamente que o menor necessita de conviver com ambos os pais, para ter um desenvolvimento equilibrado e harmonioso. Por tal motivo, o direito de visita também se afigura como um dever devendo ser estimulado a existência de convívio entre o menor e o progenitor que não tem o menor a residir consigo<sup>26</sup> (art.º 1906º do CC). Digam-se, que só em casos excepcionais, não deverão existir visitas<sup>27</sup>. Assim o será, quando o progenitor desenvolva um comportamento violento para com os filhos e cônjuge, ou só para com a criança, ou até a recusa fundada da própria criança. Um dos princípios orientadores do Regime Geral do Processo Tutelar Cível é o princípio da audição e participação da criança, conforme art.º 4º, n.º 1, al. c)<sup>28</sup>, estabelecendo o art.º 5º o direito da criança a ser ouvida, pelo que a sua opinião será tida em consideração na determinação do seu superior interesse. Também o art.º 24º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consigna que as crianças podem exprimir livremente a sua opinião que deverá ser tomada em consideração em função da sua idade e maturidade. Consta do art.º 12º da Convenção dos Direitos que os Estados Partes têm de garantir à criança que possua capacidade de discernimento, o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, sendo assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais. Similarmente, a Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças consagra no art.º 3º, que a criança tem o direito a ser informada e a exprimir a sua opinião.

<sup>26</sup> O art.º 9º n.º 3 da Convenção dos Direitos da Criança estabelece o respeito pelo direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

Também o art.º 24º n.º 3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consigna que as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.

<sup>27</sup> Veja-se a este propósito o Ac. de Relação do Porto 16/06/2012 referente ao processo 1516/06.0TMPRT.2P1, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt):

“I - Decorre da lei, de regulamentos da União Europeia e de convenções internacionais vinculantes do Estado Português que o decurso do convívio da criança com o progenitor não guardião também não dispensa a audição prévia da criança.  
II - Não pode porém o progenitor que tem a guarda facilmente se refugiar em impressões momentâneas da criança, ou, ao menos, não estruturadas, para nada fazer e, até na prática, vir a impedir o convívio com o progenitor não guardião,  
III - Como na vida e em todo o ordenamento jurídico, também no direito das crianças não existem absolutos, realidades rígidas ou intocáveis, cumprindo ao tribunal, ou aos colaboradores do tribunal, na auscultação da vontade da criança, distinguir o verdadeiro do falso, a opinião do facto, quer naquilo que a criança se conta a si própria, quer por via daquilo que os outros lhe dizem.

IV - A negação ou supressão do direito ao convívio com o progenitor sem a guarda dos filhos apenas poderá justificar-se - e como última ratio - no quadro de um conflito extremo entre o interesse da criança e o direito referido.”

<sup>28</sup> Veja-se a redação do art.º 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, que inspirou o art.º 4º, n.º 1 al. c) do Regime Tutelar do Processo Tutelar Cível: “A criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar:

a) obter todas as informações relevantes;  
b) ser consultada e exprimir a sua opinião;  
c) ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as consequências possíveis de qualquer decisão”.



Normalmente, o progenitor que não tem a residência da criança tem o menor consigo ao fim de semana, de quinze em quinze dias. Também é habitual poder almoçar ou jantar com o menor, a meio da semana. No que diz respeito às férias escolares do verão, de natal e da páscoa, habitualmente são repartidas entre os pais, o mesmo acontecendo às festas de ano novo e de natal, embora estas costumem ser repartidas entre os pais, de forma alternada (a passagem de ano com um progenitor e o dia de ano novo com o outro, o mesmo se passando com a véspera de natal e o dia de natal)<sup>29</sup>.

Se o regime de visitas estabelecido não for cumprido, o progenitor que vê o direito de visita ser violado, poderá requerer ao tribunal que sejam tomadas as medidas adequadas tendentes ao seu cumprimento (art.º 41º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível). Também o regime que se encontra estabelecido poderá sempre ser alterado, se as circunstâncias que fundaram a sua determinação se alterarem (art.º 42º, n.º 1, do Regime Tutelar do Processo Tutelar Cível). A regulação de exercício das responsabilidades parentais que é um processo tutelar cível, constitui um processo de jurisdição voluntária, podendo o regime que se encontre fixado ser alterado desde que tenham lugar factos supervenientes que o justifiquem (art.º 12º do Regime Tutelar do Processo Tutelar Cível e art.º 988º, n.º 1 do CPC).

#### 4. Conclusão

As crianças são hoje os entes centrais da família, contrastando com o que sucedia no passado. Neste contexto, falamos hoje de responsabilidades parentais, como sendo um poder-dever que deve ser exercido tendo unicamente com o objetivo de proteção e promoção dos interesses e necessidade do filho, tendo em vista o seu desenvolvimento harmonioso, equilibrado, saudável e integral. A reforma de 2008 do CC, assenta numa ideia de igualdade e de responsabilidades exercidas em comum por ambos os progenitores. Partindo desta ideia, e no âmbito das crianças de pais separados é pertinente analisar se a residência alternada é ou não uma escolha viável. Ora, o art.º 1906º, n.º 5 do CC estabelece que *o tribunal determinará a residência do filho*, não estabelecendo de forma explícita a possibilidade de serem fixadas duas residências. Mas a verdade é que também não as proíbe e inclusive a redação que resulta da lei 61/2008 de 31 de outubro (art.º 1906º, n.º 1 e 7 do CC) veio estabelecer que deverão existir responsabilidades parentais igualitárias entre os progenitores, devendo o tribunal decidir no sentido *da manutenção de uma relação de grande proximidade com os progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos*, o que em nosso entender, permite concluir no sentido favorável. Entendemos que, ao invés de partirmos de convicções pessoais, assentes muitas vezes, na ideia de que a mãe tem mais aptidão para cuidar dos filhos, e que o menor deve permanecer junto do progenitor de referência, sobretudo em tenra idade, e de que as rotinas e a estabilidade são imperativas, devemos, por um lado, estar cientes de que a reforma de 2008, assenta numa ideia de igualdade entre os progenitores e que por outro lado, deveremos considerar os estudos científicos que existem na área psicologia no quadro das vantagens e inconvenientes da residência alternada. Ora, os estudos científicos de ponta existentes, apontam no sentido de que é melhor para o menor, a residência alternada do que a residência fixa com um dos pais, pois o convívio alternado com ambos os pais, supera em muito os inconvenientes resultam da alternância, permitindo melhores resultados. Terá que ser o julgador no caso concreto, a analisar qual a solução que melhor protege os interesses da criança.

<sup>29</sup> Sobre a temática do regime de visitas veja-se Sottomayor, Clara (2016), Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, págs. 108-151.

## 5. Bibliografia

- Bergström, Malin, (2014) Mental health and wellbeing in children in shared parenting and other living arrangements clinical psychologist. Acedido em 26 de outubro de 2018 em [http://www.divorcecorp.com/wp-content/uploads/2014/11/Mental-Health-Wellbeing-in-Different-Living-Arrangements\\_Malin-Bergstrom.pdf](http://www.divorcecorp.com/wp-content/uploads/2014/11/Mental-Health-Wellbeing-in-Different-Living-Arrangements_Malin-Bergstrom.pdf)
- Bergström, Malin, Fransson E, Wells MB, Köhler L, (2018) Children with two homes: Psychological problems in relation to living arrangements in Nordic 2- to 9-year-olds Hjern, Acedido em 26 de outubro de 2018 em <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1403494818769173>
- Falcão, Marta, Serra, Miguel Dinis Pestana; Tomás Sérgio (2018) *Direito da Família da Teoria à Prática*, Coimbra, Almedina 3ª edição revista e atualizada;
- Martins, Rosa (2008), Menoridade, (In)*Capacidade e Cuidado Parental*, Centro de Direito da Família 13, Coimbra, Coimbra Editora;
- Nielsen, L., (2015) Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children?, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 28;
- Pinheiro, Jorge Duarte (2013), *Direito da Família Contemporâneo – Lições*, Lisboa 4ª ed., AA-FDL;
- Pires de Lima e Antunes Varela (1995), *Código Civil Anotado*, Volume V, Coimbra , Coimbra Editora;
- Ramião, Tomé d'Almeida (2011), *O Divórcio e as Questões Conexas*, Lisboa, Quid Juris, 3.ª edição;
- Silva, Joaquim Manuel da (2016), *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, Lisboa, Petrony;
- Sottomayor, Clara, (2016) *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 6ª edição revista, aumentada e atualizada;
- Warshak, Richard A. (2014), Social science and parenting plans for young children: A consensus report. *Washington, Psychology, Public Policy, and Law*, 20(1).