

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDÓ & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l’heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

A residência alternada: o melhor dos dois mundos ... ou nem por isso...¹

CATARINA SALGADO *

Resumo: O tema da residência alternada tem sido alvo de vários estudos nos últimos tempos, cujas vozes, muitas vezes não consensuais, têm vindo a refletir sobre a matéria com a forma apaixonada característica de temas de direito da família em geral e de direito das crianças em particular. Tratam-se, naturalmente, de áreas que, pelos seus efeitos relacionados com questões de psicologia, sociais e diretamente envolventes no processo formativo das crianças, arrastam consigo debates calorosos e inevitavelmente imbuídos de uma carga subjetiva que, por isso mesmo, se vai alterando à medida que as sociedades, por sua vez, também o fazem. Pois como escreveu Camões, “Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança, todo o Mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades”.

Abstract: The theme of alternating residency has been the subject of several studies in recent times, whose voices, often not consensual, have been reflecting on the matter with the passionate form characteristic of themes of family law in general and children's law in particular. These are, of course, areas that, due to their effects related to issues of psychology, social and directly involved in the educational process of children, drag with them heated debates

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 135-150.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado – FDUL.

¹ Este texto corresponde, com alterações, à conferência intitulada “Guarda Partilhada”, de 24 de fevereiro de 2021, promovida pelo Instituto do Acesso ao Direito da Ordem dos Advogados – ISMAT, em que a signatária participou.

and inevitably imbued with a subjective charge that, for this very reason, is changing at the same time. as societies, in turn, also do so. As Camões wrote, "Times change, wills change, being changes, trust changes, the whole world is composed of change, always taking on new qualities".

Palavras-chave: responsabilidades parentais; residência alternada; direito das crianças; superior interesse da criança.

Key-words: parental responsibilities; alternate residence; children's rights; child's best interest.

Sumário: 1. Introdução e terminologia utilizada. 2. A evolução legislativa do artigo 1906.º do Código Civil. 3. A distinção entre as questões de particular importância e atos da vida corrente do filho. 4. A distinção entre os conceitos de residência habitual e de residência temporária. 5. A consagração expressa na lei da residência alternada e o respetivo conceito. 6. Os argumentos a favor da residência alternada como regra. 7. Os argumentos contrários à residência alternada como regra. 8. Tomada de posição.

1. Introdução e terminologia utilizada

A matéria abordada no presente artigo tem sido denominada de várias formas.

Com efeito, tem sido frequente a utilização dos termos “guarda alternada”, “guarda partilhada”, ou “guarda compartilhada”.

Porém, tais termos não encontram correspondência na nossa legislação, já que o termo “guarda” está relacionado com o exercício das responsabilidades parentais, em momento algum implicando a partilha da residência ou a dupla residência da criança com cada um dos seus progenitores.

Deste modo, a “guarda” pode ser “partilhada”, no sentido de que as responsabilidades parentais são exercidas em comum, mas a residência da criança ser “exclusiva” com um progenitor, ou “alternada” com cada um dos progenitores.

E por esta razão, a melhor designação será a de “residência alternada”, que aliás corresponde ao termo utilizado pelo legislador em sede da última alteração legislativa operada pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro.²

² Neste sentido, veja-se Clara Sottomayor, *Entre o idealismo e a realidade: a dupla residência das crianças após o divórcio*, in *Temas de direito das crianças*, Almedina, 2016, pp.69-76; Pe-

O tema em análise reporta-se, sobretudo, ao conteúdo do artigo 1906.º do Código Civil, relativo ao exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens ou declaração de nulidade ou anulação do casamento, cuja redação foi sofrendo alterações ao longo dos tempos.

O referido dispositivo legal aplica-se igualmente às situações em que os progenitores cessam a convivência em união de facto, nos termos do número 2 do artigo 1911.º, e às situações em que os progenitores nunca viveram em união de facto, nos termos do número 1 do artigo 1912.º, ambos do Código Civil.

2. A evolução legislativa do artigo 1906.º do Código Civil

Como já foi anteriormente aludido, o artigo 1906.º do Código Civil tem vindo a sofrer alterações, desde a sua redação inicial de 1966, até à mais recente, datada de 2020.³

Com efeito, a versão inicial do artigo previa que se apenas um dos progenitores tivesse o gozo do poder paternal, a ele competiria exercer todos direitos inerentes a esse poder, ressalvando naturalmente os casos em que ambos os progenitores tivessem o gozo desse poder.

Com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25/11, que entrou em vigor em 1 de abril de 1978, que veio aprovar a Reforma do Código Civil, o artigo 1906.º veio prever que o poder paternal seria exercido pelo progenitor a quem o filho fosse confiado, normalmente a mãe, figura incontornável quanto à educação dos filhos, independentemente da aferição da culpa no divórcio, tendo o outro progenitor, porém, o direito de vigiar a educação e condições de vida da criança.

Para melhor compreender esta alteração de regime, será necessário ter presente o contexto político, económico e social que se vivia à data e, consequentemente, a transformação ocorrida em prol da dignificação das mulheres e da igualdade de género no que concerne às diferentes áreas da sociedade.

dro Raposo de Figueiredo, *A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores*, Revista Julgar, n.º33, Almedina, 2017, p.95; Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 6ª ed., AAFDL, 2018, p.235, nota 564.

³ Sobre as alterações legislativas em apreço, veja-se Jorge Duarte Pinheiro, *Residência alternada – Dois pais ou uma só casa ?*, in Revista de Direito Comercial, setembro de 2020, pp. 1634-1638, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/residencia-alternada-dois-pais-ou-uma-so-casa>

Até então, as mulheres viviam numa condição de desigualdade jurídica face aos homens, tanto no seio da família e da relação conjugal, como em termos de direitos políticos, sociais, laborais e culturais.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 veio consagrar, pelo menos do ponto de vista legislativo, uma panóplia de direitos que hoje, apesar de não termos ter como adquiridos, consideramos que são indiscutíveis. A declaração, no artigo 13.º, do princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, como um dos princípios constitucionais fundamentais sem prever qualquer tipo de exceção para as mulheres, bem como a sua especificação ao nível, nomeadamente, da igualdade de escolha de profissão, sem discriminação de género (artigo 47.º) e da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos, bem como da igualdade dos pais quanto aos direitos e deveres de educação e manutenção dos filhos (artigo 36.º), foram passos importantíssimos que conduziram à reforma de 1977 do Código Civil, a qual assentou na ideia da redignificação da mulher como mãe, como cidadã e como trabalhadora.^{4/5}

Neste contexto, e sem prejuízo da teoria da vinculação de John Bowlby e de Mary Ainsworth, segundo os quais a vinculação é uma relação emocional profunda e duradoura que liga uma pessoa a outra no tempo e no espaço e os seres humanos nascem com um sistema psicobiológico (sistema comportamental de vinculação) que os motiva a procurar proximidade de outros (figuras de vinculação), sendo que nos primeiros anos, o nível de resposta da mãe é fundamental na qualidade da vinculação ao longo do desenvolvimento da criança⁶, seria compreensível, atentas as mudanças em termos de direitos civis, políticos, sociais e culturais, que a tendência fosse a de considerar que a mãe seria o progenitor a quem o filho deveria ser confiado em caso de separação.

Em 1995, com a alteração produzida pela Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, foi admitida a possibilidade de acordo entre os pais acerca do exercício comum do poder paternal, à semelhança do que aconteceria na constância do casamento, ou pelo menos quanto a certos assuntos da vida do filho, mantendo-se o direito do outro progenitor de vigiar a educação e condições de vida da criança.

⁴ Sobre a importância da Constituição de 1976 no âmbito da igualdade de género, cfr. Francisca Van Dunem, *Constituição de 1976, género e tribunais*, in Revista Julgar, n.º 29, 2016, pp. 11-20.

⁵ Quanto à evolução do estatuto da mulher no direito civil, cfr. Elina Guimarães, *A mulher portuguesa na legislação civil*, *Análise Social*, vol. XXII (92-93), 1986-3.º-4.º, pp. 557-577.

⁶ Acerca da teoria da vinculação, veja-se, a título de exemplo, Clara Sottomayor, *Entre o idealismo e a realidade: a dupla residência das crianças após o divórcio*, in *Temas de direito das crianças*, Almedina, 2016, pp.165-171

Tal opção legislativa resultaria de uma tentativa de igualar as condições de educação dos filhos na constância do casamento e fora dele ou após o mesmo terminar, prosseguindo a ideia de que os filhos existem independentemente do casamento e fora dele, mas nunca fora da família.

Procurava-se, assim, respeitar o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no número 4 do artigo 36.º da Constituição, permitindo que os pais chegassem a um acordo quanto ao exercício comum das responsabilidades parentais, numa forma similar ao que ocorreria se ambos estivessem juntos.

Em 1999, através da Lei n.º 59/99, de 30 de junho, passou a estabelecer-se que, desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal seria exercido em comum por ambos, à semelhança do que aconteceria na constância do casamento, e, não havendo tal acordo, o tribunal teria de, fundamentadamente, determinar qual dos progenitores ficaria com o poder paternal.

Ou seja, o exercício conjunto do poder paternal, que em 1995 foi introduzido como uma exceção, passou a ser a regra em 1998, mas desde que existisse um acordo entre os pais.

Com a alteração de 2008, através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro⁷, deixou de ser exigido o acordo entre os pais para que houvesse exercício em comum das responsabilidades parentais, passando esta situação a constituir uma verdadeira regra, ressalvando, porém, os casos de manifesta urgência, em que qualquer um dos pais poderia agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

Veio ainda a consagrar-se, pela primeira vez, a distinção entre questões de particular importância para a vida do filho e atos da sua vida corrente, bem como entre a residência habitual e a residência temporária da criança, de cujos conceitos e regimes trataremos *infra*.

Entretanto, em julho de 2018, deu entrada na Assembleia da República uma petição em prol da presunção jurídica da residência alternada.⁸

⁷ Acerca desta alteração legislativa, cfr. Guilherme de Oliveira, *A “residência alternada” na Lei n.º 61/2008*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, co-org. António Menezes Cordeiro, Janeiro da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro, Almedina, 2016, pp. 83-95.

⁸ O conteúdo desta petição está disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a557a4d47466b5a6d4a6b4c54566c4f4745744e4759794f5331684e6d526b4c54426c4d54637a4e446b344e5759354f4335775a47593d&fich=530adfb-d-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>

Ou seja, pretendia-se, com esta petição, que a regra passasse a ser a residência alternada e só se assim não fosse é que o Tribunal teria que fundamentar a sua decisão. Ou seja, sempre que a residência da criança fosse habitual com um dos pais, a decisão teria que ser fundamentada, o que não aconteceria se a residência fosse alternada, o que faria desta a regra e aquela de exceção.

A pretensão da petição pública não vingou, mas não deixou de provocar a mais recente alteração legislativa sobre a matéria, em 2020, através da Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, em vigor desde o passado dia 1 de dezembro de 2020.

Esta alteração veio acrescentar dois números ao artigo 1906.º: um novo número 6 e um novo número 9. Os restantes números mantiveram-se.

O novo número 6 veio prever que quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.

Por outro lado, o número 9 veio estabelecer a audição da criança por parte do Tribunal.

3. A distinção entre as questões de particular importância e atos da vida corrente do filho

Vimos que, desde a alteração legislativa operada em 2008, se procedeu à distinção entre questões de particular importância para a vida do filho e atos da sua vida corrente, para efeitos do exercício das responsabilidades parentais.

Assim, quanto às questões de particular importância para a vida do filho,⁹ a regra é que as responsabilidades parentais são exercidas em comum por ambos os progenitores, salvas as situações de urgência manifesta,¹⁰ em que qualquer um dos pais poderia agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível, e exceto as situações em que tal exercício comum seja considerado contrário aos interesses do menor, nomeadamente nos casos em que existem crimes de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar (conforme previsto no número 2 do artigo 1906.º e no artigo 1906.º-A).

⁹ A título exemplificativo, a mudança de residência do filho ou a autorização parental para o filho contrair casamento. Veja-se, quanto a esta questão, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2014, pp. 196 e 197.

¹⁰ Veja-se, a título de exemplo, uma intervenção cirúrgica urgente.

Já quanto aos atos da vida corrente da criança,¹¹ o exercício das responsabilidades parentais cabe ao progenitor com quem ela reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ela se encontra temporariamente, pelo que o critério tem a ver com o progenitor com quem a criança está no momento específico. Porém, o progenitor que só está temporariamente com a criança, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

4. A distinção entre os conceitos de residência habitual e de residência temporária

Foi também com a alteração legislativa de 2008, que foi feita referência expressa à residência do filho, determinada pelo Tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para se relacionar habitualmente com o filho.

Foi assim feita referência à residência habitual e à residência temporária, consistindo aquela na qual a criança vive a maioria do seu tempo com um dos progenitores e esta a residência onde a criança passa um tempo residual com o outro progenitor.

Quanto a consequências desta distinção, elas são relevantes: como já foi referido antes, o número 3 do artigo 1906.º estabelece que o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, pelo que o critério tem a ver com o progenitor com quem a criança está no momento específico. Porém, o progenitor que só está temporariamente com a criança, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

Ora, esta ressalva limita em grande medida o campo de atuação do progenitor de residência temporária, no exercício das suas responsabilidades parentais, já que não pode contrariar as grandes linhas de orientação do outro progenitor.

Esta limitação encontra a sua justificação na tentativa de equilíbrio e estabilidade na educação da criança, para quem as rotinas são, por natureza, protetoras.

Ainda assim, tal opção legislativa, que se mantém na versão atual do artigo, encontrou vários anticorpos, mormente no que concerne ao princípio da igualdade entre os progenitores.

¹¹ A título exemplificativo, os cuidados de saúde de rotina, a definição da dieta alimentar, a definição de horários nomeadamente relativos ao sono e das atividades de tempos livres.

Não obstante, nada nos impede de afirmar que o legislador de 1998, apesar de não o referir expressamente, não impedia a possibilidade de existência de residência alternada, desde que, ou tal fosse acordado entre os progenitores e posteriormente determinado pelo Tribunal, ou essa fosse a decisão tomada pelo Tribunal, favorecendo, assim, “amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”. Isso pode resultar quer do número 5, quer do número 7 (atual número 8), que referem que a decisão do Tribunal se baseia no interesse do menor, nos eventuais acordos entre os pais e na decisão fundamentada no sentido da manutenção da relação de grande proximidade da criança com ambos.

5. A consagração expressa na lei da residência alternada e o respetivo conceito

Como já foi referido anteriormente, em julho de 2018 deu entrada na Assembleia da República uma Petição em prol da presunção jurídica da residência alternada.

Ou seja, pretendia-se, com essa petição, que a regra passasse a ser a residência alternada e só se assim não fosse é que o Tribunal teria que fundamentar a sua decisão. Por outras palavras, sempre que a residência da criança fosse habitual com um dos pais, a decisão teria que ser fundamentada, o que não aconteceria se a residência fosse alternada, o que faria desta a regra e aquela de exceção.

A pretensão da petição pública não vingou, mas o artigo 1906.º foi alterado através da Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, por forma a referir expressamente a hipótese da residência alternada da criança.

No fundo, o legislador de 2020 encontrou um meio termo: por um lado veio prever expressamente uma figura que anteriormente já era permitida mas não constava expressamente da lei; por outro lado, ao invés do peticionado por alguns, que a pretendiam como critério preferencial, não veio considerar esta figura como regra, mas sim como uma possibilidade, se e só se a mesma corresponder ao superior interesse da criança em concreto e ponderadas todas as circunstâncias relevantes para o caso concreto, independentemente de haver acordo nesse sentido entre os progenitores.

Além disso, parece-nos necessário retirar outros dois entendimentos: em primeiro lugar, o pressuposto de que no caso de ser decretada a residência alternada, não se aplicam as figuras da residência habitual e temporária, pelo que nenhum dos progenitores, ao exercer as suas responsabilidades, tem de cumprir as orientações educativas mais relevantes ditadas pelo outro progenitor; em segundo lugar, deverá entender-se que, sendo a possibilidade de decisão judicial no sentido da residência alternada independente da existência de acordo nesse sentido entre os progenitores, tal decisão não pode corresponder ou justificar a atribuição da residência a um pro-

genitor que, apesar de até ter condições objetivas para tal, não pretende beneficiar da mesma.

Quanto a esta segunda questão, caso assim não se entendesse, permitindo a atribuição da residência alternada com um progenitor que não demonstra qualquer interesse nessa situação, poderia levar a uma solução nefasta para a própria criança e em todo contrária ao seu superior interesse.

Já no que concerne ao conceito de residência alternada, o mesmo não consta da lei, tratando-se de um conceito vago, mas que, sem dúvida, exprime uma ideia de simetria no envolvimento parental e de tendência igualitária entre o tempo da criança passado com cada um dos progenitores.

Assim, a grande diferença entre a residência única (habitual) e a residência alternada, residiria no facto de aquela ocorrer quando a criança reside com um progenitor, a par da fixação de um regime de visitas ao outro progenitor, e esta ocorrer quando a criança divide o seu tempo, de forma tendencialmente paritária, entre as residências de ambos os progenitores.

6. Os argumentos a favor da residência alternada como regra

Têm sido apontados pela doutrina vários argumentos a favor da residência alternada como regra. Faremos aqui referência àqueles que consideramos ser os mais relevantes.¹²

Em primeiro lugar, considera-se que o regime deve ser o mais consentâneo com o disposto no número 5 do artigo 36.º e nos números 1 e 2 do artigo 68.º, ambos da Constituição, relativamente ao princípio da igualdade dos pais quanto ao direito e ao dever de educação e manutenção dos filhos, e quanto aos valores da maternidade e da paternidade, não devendo existir discriminação entre os progenitores.

¹² A propósito destes argumentos, veja-se Edward Kruk, *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, in *The American Journal of Family Therapy*, 2012, pp. 33-55, Jorge Duarte Pinheiro, *As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos*, in *Estudos de direito da família e das crianças*, AAFDL, 2015, pp.323-340; e *Residência alternada – Dois pais ou uma só casa ?*, in *Revista de Direito Comercial*, setembro de 2020, pp. 1640-1646, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/residencia-alternada-dois-pais-ou-uma-so-casa>; Magda Fernandes e Irene Teixeira de Oliveira, *Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais*, in *Revista Julgar Online*, novembro de 2020, pp.9-10.

Por outro lado, o regime regra da residência alternada estaria de acordo com os princípios defendidos em alguns instrumentos internacionais, tais como a Convenção sobre os direitos da criança ou a Resolução 2079 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

Com efeito, na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 20/11/1989 e ratificada por Portugal em 21/09/1990, o artigo 18.º, número 1, dispõe que “[o]s Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os progenitores têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança”.

E ainda a Resolução 2079 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adotada em 2 de outubro de 2015, veio recomendar aos Estados, no seu ponto 5.5, “[i]ntroduzir na sua legislação o princípio da residência alternada depois da separação, limitando as exceções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades e interesses”.

Além disso, é argumentado que a residência alternada como regra levaria ainda ao cumprimento do princípio da igualdade entre filhos, que decorre genericamente do artigo 13.º e especificamente do artigo 36.º, número 4, da Constituição, nos termos do qual os filhos nascidos fora do casamento não podem ser discriminados por esse motivo. E, nesta ordem de ideias, os filhos cujos pais estão juntos e os filhos cujos pais estão separados não podem ser discriminados quanto à forma de relacionamento com cada um dos seus pais, o que aconteceria se não se permitisse a residência alternada, pois só esta se assemelha mais à realidade existente quando todos vivem juntos.

Também é alegado o princípio da inseparabilidade dos filhos dos seus pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial, que decorre do artigo 36.º, número 6, da Constituição e do artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Assim, a residência alternada impediria uma tendencial alienação parental e um domínio de um progenitor sobre a criança em detrimento do outro.

Afirma-se, desta forma, a incapacidade da guarda única de proteger os menores do conflito, a não ser pela ausência total de um dos progenitores, que geraria outros efeitos maltratantes, num sentimento por parte das crianças de serem órfãos de pai ou mãe vivo. A guarda única, pelo contrário, seria encarada, em regra, como poten-

ciadora do conflito, quando o progenitor não residente vivesse em luta constante para estar na vida do filho.¹³

Finalmente, o princípio do superior interesse da criança, subjacente ao artigo 69.º da Constituição e previsto no artigo 3.º, número 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, que obteve igual consagração no artigo 4.º, alínea a), da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo, sendo erigido a princípio orientador da regulação do exercício das responsabilidades parentais, por força dos artigos 3.º, alínea c), e 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e que consiste num critério primordial de decisão judicial quanto ao exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 1906.º, número 8, do Código Civil.

7. Os argumentos contrários à residência alternada como regra

Do “lado oposto”, surgem várias vozes aduzindo argumentos contrários à residência alternada como regra. Tais autores não discutem a bondade da sua consagração legal, mas sim da sua consagração como regra. Os argumentos aduzidos são principalmente os seguintes:

Em primeiro lugar, a residência única é a realidade que permite o estabelecimento de rotinas e regras simples e únicas, propiciando a previsibilidade e estabilidade à vida da criança.

A estabilidade não se cria apenas, mas também através do espaço, um espaço único, uma casa, um quarto, permitindo também assim a unidade e continuidade do projeto educativo. Esta ideia opõe-se à situação das duas casas diferentes, duas rotinas distintas, duas formas de educar diferentes, que provocam instabilidade emocional no menor

Por outro lado, a residência alternada expõe as crianças ao conflito parental, traduzido na falha de cooperação, diálogo e regras comuns e evidenciando a diferença de rotinas, muitas vezes apenas como forma de atingir o outro progenitor, esquecendo, porém, que as maiores vítimas são as crianças.

Acresce o facto de a residência alternada criar um modo de vida desconfortável, repleto de uma vida vivida de mochila às costas e constantes deslocações, que serão de evitar, a bem do desenvolvimento da criança e da sua personalidade.

¹³ Cfr. Joaquim Manuel Silva, *Da residência única à residência alternada – um percurso jurisprudencial*, in *A tutela cível do superior interesse da criança*, AAVV, tomo I, CEJ, 2014, pp. 197-231, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoI.pdf

Finalmente, o interesse da criança não reside no tempo concedido à sua relação com cada um dos progenitores, mas sim no desempenho emocional a ela associado e na qualidade dessa mesma relação, pelo que nenhum dos modelos deverá ser considerado o ideal de uma forma generalizada.¹⁴

Tal significa que, atento o princípio do superior interesse da criança, será necessário aferir a qualidade ou potencial qualidade de relação entre a criança e cada um dos seus progenitores antes de ser decidido o modelo de residência a adotar no caso concreto.

Por esta razão, não deverá ser imposto como regra o modelo da residência alternada, mantendo, no entanto, a sua possibilidade desde que verificadas determinadas condições, aferidas com base no critério do interesse superior da criança.

8. Tomada de posição

Chegados aqui, e com pontos de vista tão díspares, urge tomar posição sobre o assunto.

Em primeiro lugar, e tal como já foi *supra* referido, consideramos que já antes da mais recente alteração legislativa operada pela Lei n.º65/2020, de 4 de novembro, e apesar de não existir à data uma consagração expressa, o legislador não impedia a possibilidade de ser aplicado o modelo da residência alternada, desde que, ou tal fosse acordado entre os progenitores e posteriormente determinado pelo Tribunal, ou que se tratasse de uma decisão tomada pelo Tribunal, favorecendo, assim, “amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”, tendo sempre em conta o interesse do menor, os eventuais acordos entre os pais e a manutenção da relação de grande proximidade da criança com ambos.

Aliás, tal entendimento é demonstrado pela existência de várias decisões jurisprudenciais que decidiram no sentido da residência alternada ao abrigo da versão legislativa de 2008.

Por outro lado, a ressalva da fixação da prestação de alimentos, operada através da parte final do novo número 6 do artigo 1906.º do Código Civil, também não configura qualquer novidade legislativa, porquanto tal previsão já constava, e consta, do

¹⁴ Neste sentido, veja-se Kline, Tschann, Johnston, e Wallerstein, *Children's adjustment in joint and sole physical custody families*, in *Developmental Psychology*, 25(3), 1989, pp. 430-438; Clara Sottomayor, *Entre o idealismo e a realidade: a dupla residência das crianças após o divórcio*, in *Temas de direito das crianças*, Almedina, 2016, p.178.

número 1 do artigo 2004.º, igualmente do Código Civil, que estabelece essa obrigação e os critérios de atribuição, já que os mesmos deverão ser proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los. Ou seja, a fixação de alimentos deverá ter em conta, do lado de quem os presta, a proporcionalidade face aos meios financeiros de que dispõe e, do lado de quem os recebe, o grau de necessidade face aos mesmos.

Desta forma, o facto de ser decretada a residência alternada do menor não altera o critério de fixação dos alimentos já existente, uma vez que, tendo em conta a diferente disponibilidade financeira dos progenitores, a decisão poderá impor uma diferente contribuição em sede de alimentos, independentemente da repartição tendencialmente paritária das estadias do menor com cada um dos progenitores.

Quanto à previsão da audição da criança, nos termos do novo número 9 do artigo 1906.º, o legislador também não estabelece qualquer novidade, uma vez que tal audição já resultava dos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, regulado através da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

De facto, o próprio legislador de 2020 acaba por admitir tal situação, uma vez que o novo número 9 do artigo 1906.º apenas remete para tal regime legal, não acrescentando nada ao anteriormente já existente.

Assim, consideramos que a alteração legislativa operada pelo legislador de 2020 ao artigo 1906.º do Código Civil apenas tem uma função esclarecedora da lei anterior, ao invés de uma função criativa ou inovadora, tendo como preocupação a consagração expressa da hipótese de residência alternada que já era admitida anteriormente.

No que concerne à aplicação do modelo de residência alternada, consideramos que será necessário verificar caso a caso se essa solução será a mais ajustada ao caso em concreto. Não rejeitamos a aplicação da residência alternada, mas também não a podemos encarar como regra, apelando antes a que a aplicação da mesma seja feita de forma casuística.

Cada criança é única; cada relacionamento entre progenitores é único. O superior interesse da criança deverá constituir o critério basilar da decisão a aplicar, nomeadamente em matéria da sua residência, pelo que terá que se atender ao grau de estabilidade emocional de cada progenitor após a separação e à sua capacidade para cooperar em matérias fundamentais da vida dos filhos, de forma a que os interesses dos progenitores não se sobreponham aos interesses, nomeadamente de estabilidade e de desenvolvimento emocional, das crianças, cujos contornos se vão alterando em função da sua idade.

Neste pressuposto, embora não deva ser vinculativa, a audição da criança afigura-se fundamental como barómetro de circunstâncias que, muitas vezes, de outra forma não são detetadas ou compreendidas.

Não se pretende, com esta tomada de posição, negar o princípio da igualdade entre filhos e da igualdade entre progenitores, nem o princípio da inseparabilidade dos filhos dos seus pais, nem o facto de constituir da maior importância a consagração do princípio da residência alternada como uma forma possível de regime do exercício das responsabilidades parentais após a rutura dos progenitores.

Aliás, até entendemos que a revisão de 2020 veio atender aos desígnios a Resolução 2079 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.

Porém, entende-se que nem todas as realidades são as mesmas e muitas não são as ideais.

Por um lado, a residência alternada exige que ambos os progenitores tenham condições de vida equivalentes, não apenas em termos materiais e financeiras, mas sobretudo em termos emocionais e de disponibilidade.

Por outro lado, a residência alternada exige uma situação de compromisso entre os pais, que não têm necessariamente que concordar em todos os aspetos, mas devem fazê-lo nos pontos essenciais do desenvolvimento, bem estar e educação dos filhos.

A decisão pelo modelo de residência alternada pressupõe uma atitude altruísta, já que impõe aos pais abduquem de divergências pessoais em nome de um bem maior – em nome do superior interesse da criança.

Finalmente, no que concerne à jurisprudência, embora ainda não existam muitos dados relativos a processos posteriores à alteração legislativa operada pela Lei n.º 65/2020, não podemos afirmar a existência de uma tendência, já que as decisões têm sido tomadas em sentido variado, ora de residência habitual, ora de residência alternada,^{15/16} consoante as situações concretas em análise, decisões essas sempre alicer-

¹⁵ A favor da residência habitual, veja-se, a título de exemplo, Ac. TRG de 17/12/2020, Processo n.º 784/18.0T8FAF-A.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c5cfaf3eef5f0548025865d005334fc?OpenDocument&Highlight=0>; Ac. TRL de 9/1/2020, Processo n.º 14584/19.6T8LSB-C.L1-2, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/258a6d5b1c77d629802584ee00322827?OpenDocument>; Ac. TRC de 10/7/2019, Processo n.º 958/17.0T8VIS-A.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/68939133895b6d5480258433005153c0?OpenDocument&Highlight=0>; Ac. TRG de 10/7/2019, Processo n.º 1685/18.7T8BRG-E.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ce0cdc8255d39bbf8025846d003208cc?OpenDocument&Highlight=0>; Ac. TRL de 24/1/2019, Processo n.º

çadas no superior interesse da criança, o que só vem corroborar com o nosso entendimento de que não existe uma solução objetivamente ideal para todos os casos, mas antes várias soluções subjetivamente ideais, tendo em conta as circunstâncias de cada caso concreto.

Bibliografia

- BOLIEIRO, Helena, e GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, 2.^a edição, 2014
- DUNEM, Francisca Van, *Constituição de 1976, género e tribunais*, in *Revista Julgar*, n.º 29, 2016
- FERNANDES, Magda, e OLIVEIRA, Irene Teixeira de, *Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais*, in *Revista Julgar Online*, novembro de 2020
- FIGUEIREDO, Pedro Raposo de, *A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores*, *Revista Julgar*, n.º 33, Almedina, 2017
- GUIMARÃES, Elina Guimarães, *A mulher portuguesa na legislação civil*, *Análise Social*, vol. XXII (92-93), 1986-3.º-4.º
- KLINE, M., TSCHANN, J. M., JOHNSTON, J. R., e WALLERSTEIN, J. S., *Children's adjustment in joint and sole physical custody families*, in *Developmental Psychology*, 25(3), 1989, pp. 430-438.
- KRUK, Edward, *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, in *The American Journal of Family Therapy*, 2012

1846/15.0T8PDL-B.L1-6, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/408279180b4acc6f80258393004ae82d?OpenDocument&Highlight=0>

- ¹⁶ No sentido da residência alternada, cfr., a título exemplificativo, Ac. TRL de 15/12/2020, Processo n.º 7090/10.6TBSXL-B.L1-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e6f92e49dc2dc1018025865c00518b35?OpenDocument>; Ac. TRL de 18/6/2020, Processo n.º 2973/18.8T8BRR.L1-2, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/12f502475f2b6eca8025858c00343e4a?OpenDocument&fbclid=IwAR2hbedBgP3pHsxSv-LuN6pFZppMZOerlKaHqEDmtRJQx53GW08jt9GAA>; Ac. TRL de 6/2/2020, Processo n.º 6334/16.5T8LRS-A-2, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a0692ea249a786608025850a00416cc5?OpenDocument&Highlight=0>; Ac. TRP de 21/1/2019, Processo n.º 22967/17.0T8PRT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/51de03ce50819de5802583bb00327012?OpenDocument>; Ac. TRC, de 11/12/2018, Processo n.º 1032/17.5T8CBR.C1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/c6d6a4fdab55b57e8025837d004fb0a8?OpenDocument&fbclid=IwAR3UZnQZsbBHZk_tUQYwRw4dCAzQ2ft2d4_M0CgGC5ApoIMVPcl2H5e2c.

- OLIVEIRA, Guilherme de, *A “residência alternada” na Lei n.º 61/2008*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, co-org. António Menezes Cordeiro, Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro, Almedina, 2016
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos*, in *Estudos de direito da família e das crianças*, AAFDL, 2015
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 6ª ed., AAFDL, 2018
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *Residência alternada – Dois pais ou uma só casa ?*, in *Revista de Direito Comercial*, setembro de 2020, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/residencia-alternada-dois-pais-ou-uma-so-casa>
- SILVA, Joaquim Manuel, *Da residência única à residência alternada – um percurso jurisprudencial*, in *A tutela cível do superior interesse da criança*, AAVV, tomo I, CEJ, 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoI.pdf
- SOTTOMAYOR, Clara, *Entre o idealismo e a realidade: a dupla residência das crianças após o divórcio*, in *Temas de direito das crianças*, Almedina, 2016