

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**NOVOS MODELOS E TENDÊNCIAS NA REGULAÇÃO DO
EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

**A RESIDÊNCIA ALTERNADA
Casa do Pai - Casa da Mãe – E agora?**



Sumário

1. Notas introdutórias.
2. Os diferentes conceitos.
3. A residência alternada é legalmente admissível?
4. Residência alternada: só com o acordo dos pais?
5. Quando optar pela residência alternada?
6. Residência alternada: modalidades e periodicidade.
7. Residência alternada: outros aspectos relevantes.

1.- Notas introdutórias

CÓDIGO CIVIL

Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11: igualdade entre os pais (de poder exclusivo do pai a autoridade conjunta do pai e da mãe); institucionalização da faceta funcional do «poder paternal» (poder-dever).

Lei n.º 84/95, de 31-8: passou a permitir que, em caso de dissociação familiar, os pais optassem pelo exercício em comum do poder paternal.

Lei n.º 59/99, de 30-6: estabeleceu como regime-regra o exercício conjunto do poder paternal e, como regime subsidiário, o exercício unilateral ou singular (regime-regra dependente do acordo dos pais).

Lei n.º 61/2008, de 31-10: imposição do exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho.

Lei n.º 61/2008, de 31-10

Novo Paradigma

- Substituição da expressão «poder paternal» por «responsabilidades parentais», tal como há muito vinha sendo defendido.
- Imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância, salvo quando o tribunal entenda que este regime é contrário aos interesses do filho.
- Valorização, na determinação da residência do filho (ou seja, com qual dos progenitores fica a viver), da disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor.
- Criminalização do incumprimento do exercício das responsabilidades parentais (ver nova redacção dada aos artigos 249.º e 250.º do Código Penal).

Projecto de Lei n.º 509/X

Exposição de Motivos

«O exercício conjunto, porém, refere-se apenas aos “actos de particular importância”; a responsabilidade pelos “actos da vida quotidiana” cabe exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra. Dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; afirma-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais.»

Projecto de Lei n.º 509/X

Exposição de Motivos

«(...) reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de “particular importância”. Caberá à jurisprudência e à doutrina definir este âmbito; espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretende-se que o regime seja praticável – como é em vários países europeus – e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores. Assim se poderá superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais.»

Artigo 1906.º do Código Civil

- Exercício das responsabilidades parentais - em comum por ambos os progenitores quanto às questões de particular importância, salvo quando contrário aos interesses do filho (artigo 1906.º, n.ºs 1 e 2).
- Residência da criança, ou seja, com qual dos progenitores irá residir (artigo 1906.º, n.º 5).
- Regime de contactos ou «direitos de visita» da criança (artigo 1906.º, n.º 5).
- Alimentos (apenas previstos expressamente para o acordo - artigo 1905.º -, mas também a fixar pelo juiz, na falta daquele).

Artigo 1906.º do Código Civil

▶ Exercício em comum das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância:

- Progenitor com quem a criança reside habitualmente (guarda → residência habitual).
- Progenitor com quem a criança se encontra temporariamente.

▶ Actos da vida corrente:

- Possibilidade de delegação do exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente.

▶ Orientações educativas mais relevantes:

- Definidas pelo progenitor com quem a criança reside habitualmente.

2.- Os diferentes conceitos

Os diferentes conceitos

Guarda – guarda jurídica ou legal / guarda física.

Guarda única, unilateral ou exclusiva.

Guarda conjunta ou partilhada.

Guarda alternada.

Cf. artigo 1906.º, n.º 1, na versão de 1977: «o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado».

Guarda → Residência*

- Residência única: residência permanente, habitual ou principal com apenas um dos progenitores;
- Residência alternada;
- Residência partilhada;
- «Bird's nest arrangement».

* Cf. artigo 1906.º, na versão introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31-10.

3.- A residência alternada é legalmente admissível?

O que diz a doutrina

**Guilherme de Oliveira, «A nova lei do divórcio»,
Revista Lex Familiae, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, pp.5-32**

«Vale a pena acentuar que o regime da Lei n.º 61/2008 não altera quase nada do que se refere à *guarda física* dos filhos. Tal como dantes, o tribunal pondera os acordos dos pais e o interesse dos filhos, e acabará por decidir com quem o filho vai viver, qual a distribuição do tempo que ele passará com cada um dos progenitores e com outras pessoas relevantes para o menor. Concretamente, a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais não tem nada a ver com as ideias conhecidas da guarda física conjunta, alternada, etc.

A pequena alteração que a lei introduziu consta do art. 1906.º, n.º 5, e resume-se à adição de um factor de ponderação que o tribunal deve tomar em conta quando determina a residência do menor: a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro progenitor.»

Helena Gomes de Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Carvalho Batista, Manuel do Carmo Bargado, Ana Teresa Leal, Felicidade d'Oliveira, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição (revista actualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010, pp.86-87

«(...) não interpretando o texto da nova lei como impeditivo da adopção de tal modelo de determinação da residência e considerando a natureza da jurisdição em causa – voluntária –, em conjugação com o interesse do menor, entendemos que o tribunal poderá, excepcionalmente, optar por uma situação em que – exercidas que sejam em comum as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho e atendendo a que as relativas aos actos da vida corrente daquele já são, por determinação legal, exercidas por cada um dos progenitores – seja determinadas duas residências ao menor.»

«Para além de constituir uma solução excepcional, é, no nosso entender, pressuposto essencial a existência de acordo de ambos os progenitores quanto a esta questão.»

Hugo Manuel Rodrigues Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Coimbra Editora, p.104, nota 315

Quanto à determinação da residência:

«(...) a lei não afirma expressamente qual das formas é a sua eleita. Salvo melhor entendimento, embora o n.º 5 do art.1906.º se refira à fixação da residência (no singular), também não se refere por exemplo a “*uma* residência” e uma vez que não afirma expressamente não ser possível a alternância de residência, entende-se que esta é possível (ou mesmo o bird's nest arrangement).»

O que diz a jurisprudência

Jurisprudência*

Anterior à Lei n.º 61/2008

→ **Acórdão da Relação de Lisboa de 14-12-2006**

«Em tese geral e de *jure condendo* ou *constituendo*, já concluímos há muito que o melhor regime do exercício do poder paternal é a chamada “guarda conjunta” ou “guarda alternada”. (...) Na verdade o legislador e aparentemente uma parte substancial dos doutrinadores sobre esta matéria pensam de forma mais tradicional (...). Ou seja, basta que não haja o acordo dos pais para o afastamento do regime da chamada guarda conjunta.»

→ **Acórdão da Relação de Coimbra de 5-5-2009**

«As soluções de *guarda conjunta* ou mesmo *alternada* em matéria de regulação do poder paternal supõem que os desentendimentos entre os progenitores sejam eliminados ou minimizados, colocando os interesses da criança acima dos mesmos, não devendo ser equacionadas caso aquele requisito se não verifique.»

→ **Acórdão da Relação de Coimbra de 4-5-2010**

«A guarda conjunta ou mesmo alternada (...) pressupõe uma convivência estreita entre ambos os progenitores e a possibilidade de tomada de decisões em comum. Aquando da guarda alternada é necessário que a mesma não se traduza em sucessivas metodologias educacionais, antes permaneça incólume o rumo de orientação traçado quanto ao projecto educativo.»

* Disponível na Internet em <<http://www.dgsi.pt>>

4.- Residência alternada:
só com o acordo dos pais?

Novas tendências noutras paragens:
a posição de Edward Kruk

Edward Kruk

*Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption
in Contested Child Custody*

The American Journal of Family Therapy, Volume 40, Issue 1, 2012, pp. 33-55

Presunção de igualdade das responsabilidades parentais

16 argumentos que a sustentam

- 1.→ Preserva a relação da criança com ambos os pais;
- 2.→ Preserva a relação dos pais com a criança;
- 3.→ Diminui o conflito parental e previne a violência na família;
- 4.→ Respeita as preferências da criança e a opinião da mesma acerca das suas necessidades e superior interesse;
- 5.→ Respeita as preferências dos pais e a opinião dos mesmos acerca das necessidades e superior interesse da criança;
- 6.→ Reflecte o esquema de cuidados parentais praticado antes do divórcio;
- 7.→ Potencia a qualidade da relação progenitor-criança;
- 8.→ Reduz a atenção parental centrada na «matematização do tempo» e diminui a litigância;

Edward Kruk
*Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption
in Contested Child Custody*
The American Journal of Family Therapy, Volume 40, Issue 1, 2012, pp. 33-55

Presunção de igualdade das responsabilidades parentais

- 9.→ Incentiva a negociação e a mediação interparental e o desenvolvimento de acordos do exercício das responsabilidades parentais;
- 10.→ Proporciona *guidelines* claras e consistentes para a tomada de decisão judicial;
- 11.→ Reduz o risco e a incidência da «alienação parental»;
- 12.→ Permite a execução dos regimes de exercício das responsabilidades parentais, pela maior probabilidade de cumprimento voluntário pelos pais;
- 13.→ Considera os imperativos de justiça social relativos à protecção dos direitos da criança;
- 14.→ Considera os imperativos de justiça social relativos à autoridade parental, à autonomia, igualdade, direitos e responsabilidades;
- 15.→ O modelo "interesse superior da criança/guarda e exercício unilateral" não tem suporte empírico;
- 16.→ A presunção legal de igualdade na guarda e exercício das responsabilidades parentais tem suporte empírico.

A questão à luz da nossa lei

A lei

- A lei, na redacção actual, não proíbe a alternância de residências.
 - Como também não exige que a alternância tenha sempre por base o acordo dos pais.
 - Artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil: o tribunal determinará a residência do filho de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada para promover relações habituais do filho com o outro.
 - Artigo 1906.º, n.º 7 do Código Civil: o tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.
- ▶ Em tese, é possível a determinação de residência alternada por imposição judicial.

Os critérios normativos

- ➡ Interesse superior da criança.
- ➡ Disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro.
- ➡ Manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores.
- ➡ Favorecimento de amplas oportunidades de contacto com ambos os pais.
- ➡ Favorecimento de partilha de responsabilidades entre os pais.

A adequação da solução

- Interesse superior da criança.
- Capacidade de diálogo, entendimento e cooperação por parte dos progenitores.
- Modelo educativo comum ou consenso quanto às suas linhas fundamentais, traduzidas nas orientações educativas mais relevantes.
- Proximidade geográfica.
- Vivência de facto que precede a tomada de decisão (qualidade, consistência e duração).
- Opinião da criança.

Um caso: vivência de facto em alternância; diálogo e entendimento suficientes; consenso quanto ao modelo educativo nos seus aspectos mais relevantes. Um dos progenitores requer residência única a seu cargo, o outro requer residência alternada, não havendo, pois, acordo quanto a este ponto. *Quid juris?*

5.- Quando optar pela
residência alternada?

Notícias Magazine – 21 Dez. 2003



«Acho que este tipo de guarda só funciona se a comunicação for muito boa, porque até a maneira como se ensina a criança a estar à mesa convém que tenha uma base idêntica. Agora que o mais velho já tem onze anos, saem da escola às quatro e meia e vão para casa da mãe sozinhos, mesma na minha semana, e esperam que eu os vá lá buscar enquanto fazem os trabalhos de casa. Aliás, é lá a "sede dos livros" porque a casa é mesmo ao lado da escola.»

Notícias Magazine – 21 Dez. 2003

«Quando nos separámos a Ana tinha um ano e tal e a Leonor três. Durante um tempo fiquei eu com elas mas depois, como ainda tínhamos a casa comum, começámos a revezar-nos à semana. As miúdas ficavam sempre em casa e nós é que saía-

mos. Finalmente, passámos a fazer o mesmo mas já cada um na sua casa. É óbvio que se fosse só eu a decidir e não tivesse que pensar nas crianças não aceitava a situação, mas a relação com o pai não se esgota e nem sequer se pôs a hipótese de não ser guarda alternada porque ele não prescindia das filhas.

«Temos de aprender à nossa custa e elas adoram o pai. Custa saber que há metade da vida dos filhos em que não estamos. Mas é ciúmeira minha, é posse minha, porque elas também são do outro.»

Critérios

- Interesse superior da criança.
- Capacidade de diálogo, entendimento e cooperação por parte dos progenitores.
- Modelo educativo comum ou consenso quanto às suas linhas fundamentais (orientações educativas mais relevantes).
- Proximidade geográfica.
- Vivência de facto que precede a tomada de decisão (qualidade, consistência e duração).
- Opinião da criança.
- Idade da criança.
- Ligação afectiva com ambos os progenitores.
- Disponibilidade dos pais para manterem contacto directo com a criança durante o período de residência que a cada um cabe.
- Condições económicas e habitacionais equivalentes.

6.- Residência alternada: modalidades e periodicidade.

Modalidades

- Artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil: residência da criança, ou seja, com qual dos progenitores irá residir.

→ Duas residências (casa da mãe, casa do pai) e alternância entre estas.

→ Uma residência e alternância entre pai e mãe naquela: *bird's nest arrangement*.

Periodicidade

- Diária*.
- Semanal.
- Quinzenal.
- Mensal.
- Trimestral.
- Semestral.
- Por ano lectivo.
- Por ano civil.
- Outra periodicidade considerada adequada.

▶ Períodos mais longos de residência (≥ quinzena): fixação de convívio com o outro progenitor.

▶ Férias: fixação de um período de férias com cada um dos progenitores.

* Um exemplo vindo dos EUA: *My two homes* - http://www.youtube.com/watch?v=eUlkMDn9q_4&feature=share

7.- Residência alternada: outros aspectos relevantes.

Orientações educativas mais relevantes

► Definição das orientações educativas mais relevantes por cada um dos progenitores, durante o respectivo período de residência.

► Definição por ambos os progenitores, se nisso eles acordarem. A lei não impede que, por acordo, os progenitores se vinculem à fixação, em conjunto, das orientações educativas mais relevantes, assim se comprometendo à observância de um número de regras que vigorarão de forma continuada e idêntica ao longo da alternância de residência. Contudo, tal não confere a essas orientações a natureza de questão de particular importância.

→
«Exercício em comum das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância, com residência alternada e definição conjunta das orientações educativas mais relevantes».

Residência habitual

► Artigo 85.º, n.º 1 do Código Civil: o menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver.

→ Duas residências, duas residências habituais, dois domicílios?

► Importância da definição de uma «residência oficial»: para efeitos de cartão de cidadão, fiscais, segurança social, escolares, bancários, inscrição em centro de saúde.

Artigo 13.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2007, de 5-2: a morada é o endereço postal físico, livremente indicado pelo cidadão, correspondente ao local de residência onde pode ser regularmente contactado.

O cidadão tem-se por domiciliado nesse local, para efeitos de comunicação com os serviços do Estado e da Administração Pública (nomeadamente serviços de identificação civil, serviços fiscais, serviços de saúde e serviços de segurança social) – artigo 13.º, n.º 2.

Pais / Encarregados de Educação

► Os pais assumem a qualidade de encarregado de educação em alternância, consoante o respectivo período de residência da criança.

► Os pais assumem ambos, de forma ininterrupta, a qualidade de encarregado de educação.

► Um único encarregado de educação em cada ano lectivo.

→ Importa encontrar a solução mais adequada ao exercício das funções de EE e que tenha viabilidade prática. É fundamental que esse ponto seja definido no acordo ou na sentença que regula o exercício das responsabilidades parentais.

Alimentos

Soluções a considerar:

- ▶ Fixação de alimentos a cargo de um dos progenitores (factores relevantes – rendimentos de cada progenitor, necessidades da criança e tempo de residência com cada um dos pais).
- ▶ Cada um dos progenitores deverá prover ao sustento da criança durante o período em que ela se encontra consigo.
- ▶ Divisão de todas ou de certas despesas da criança (metade ou noutra proporção considerada ajustada). Por exemplo, despesas diárias de alimentação, transporte, etc., a cargo do progenitor que tem a criança consigo; despesas escolares, extracurriculares, com vestuário, médicas e medicamentosas, a cargo de ambos, na proporção estabelecida.
- ▶ Uma conta bancária comum, destinada ao pagamento dos encargos com o sustento da criança, com contribuição periódica de cada progenitor na proporção do respectivo rendimento.

Alimentos, despesas com os filhos e fiscalidade

- ▶ **Até 2011:** o exercício em comum era irrelevante para efeitos de dedução de despesas com os filhos, particularmente quando só tinham um filho, uma vez que apenas um dos progenitores podia apresentar despesa com o filho.
- ▶ **A partir de 2012** (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro): no caso de exercício em comum das responsabilidades parentais (na sequência de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração nulidade ou anulação do casamento), as deduções à colecta em geral serão até 50% relativamente a cada dependente. Ou seja, **cada progenitor passa a poder deduzir os encargos que suportou com os dependentes, até ao 50% dos tectos máximos estabelecidos.**
- ▶ **A partir de 2012** (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro): a dedução à colecta das importâncias relativas a encargos com pensão de alimentos a que o sujeito passivo são deduzidas 20% das importâncias comprovadamente suportadas e não reembolsadas respeitantes a encargos com pensões de alimentos a que o sujeito esteja obrigado por sentença judicial ou por acordo homologado nos termos da lei civil, salvo nos casos em que o seu beneficiário faça parte do mesmo agregado familiar para efeitos fiscais ou relativamente ao qual estejam previstas outras deduções à colecta ao abrigo do artigo 78.º do Código do IRS, com o limite mensal de um IAS, por beneficiário [ou seja, **dedução até um limite mensal de 419,22 euros (um IAS), em vez do anterior limite mensal de 1.048,05 euros (2,5 vezes o IAS).**]



Helena Bolieiro

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS