

A PRÁTICA DA RESIDÊNCIA ALTERNADA DA CRIANÇA PÓS DIVÓRCIO EM PORTUGAL E NO BRASIL: AVANÇOS E CASOS PRÁTICOS

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.183.8>

Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira

Notas introdutórias

O tema da residência alternada da criança após separação dos pais, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, tem repercutido em grandes discussões na seara do Direito de Família, atendendo ao anseio da sociedade em se garantir a manutenção do convívio e laços afetivos com o(s) filho(s) após separação conjugal.

Embora encontre respaldo na legislação de Portugal e do Brasil, como se verá logo a seguir, ainda se observa resistência em ambos os países em termos de aplicação da residência alternada ou dupla residência da criança pós divórcio. Como os Tribunais vêm se posicionando em relação à alternância de convivência do filho entre a casa da mãe e a casa do pai, de modo a garantir o direito da criança de ampla convivência familiar pós divórcio? O que diz a legislação sobre a residência da criança após a separação dos pais?

O presente artigo tem por escopo analisar brevemente as alterações legais ocorridas no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil atinentes ao tema da residência alternada (dupla residência) da criança pós divórcio/separação dos pais, além de demonstrar o posicionamento de Cortes de Justiça de ambos os países sobre esse arranjo familiar, de forma a contribuir com o debate desta temática afeta ao direito das crianças.

É importante mencionar que o ano de 2008 teve especial relevância para os dois países pois em Portugal houve a edição da Lei nº 61/2008, de

31 de outubro¹, a qual teceu profundas modificações no âmbito do divórcio e do exercício das responsabilidades parentais e, no caso do Brasil, introduziu-se pela primeira vez no ordenamento jurídico a figura da guarda compartilhada, através da Lei nº 11.698/08².

Para os fins deste trabalho, analisar-se-ão, primeiramente, as principais alterações legislativas ocorridas em Portugal no tocante à prática da residência alternada, passando-se, em seguida, ao exame do ordenamento brasileiro.

A Residência Alternada em Portugal: da Lei nº 61/2008 à Lei nº 65/2020

Visando a melhor compreensão do tema convém esclarecer o seu conceito doutrinário. De acordo com Maria Perquilhas, Juíza de Direito em Portugal e docente no Centro de Estudos Judiciários (CEJ) na área de Família e das Crianças, a residência alternada ou partilhada consiste no exercício da residência da criança de forma alternada ou rotativa com cada um dos progenitores, com os quais passa a conviver tempo aproximadamente similar ou igualitário, a possibilitar o desenvolvimento de “vivências comuns e o estabelecimento do quotidiano familiar e social estável com ambas as células familiares³”.

Sofia Marinho, Socióloga Portuguesa, Doutora em Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, identifica a prática da residência alternada das crianças pós dissolução conjugal como sendo a “(...)partilha entre mãe e pai de 33 a 50% do tempo de residência e do envolvimento continuado nos cuidados e na educação dos seus filhos e filhas(...)”⁴.

¹ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/61-2008-439097>. Acesso em 02.04.2024.

² Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em 02.04.2024.

³ Perquilhas, Maria, “O Exercício das responsabilidades parentais”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68.

⁴ Marinho, Sofia, “A residência alternada e as transformações na família”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 13. É forçoso esclarecer não haver unanimidade na doutrina internacional no que diz respeito ao exato percentual de partilha de tempo entre os genitores, para ser considerada residência alternada ou dupla residência, havendo aqueles que entendem ser de pelo menos 25% o tempo de convivência, já outros no mínimo 50%, sendo certo que a literatura tende a valorizar mais a qualidade do relacionamento entre pai e filho, em detrimento da quantidade do tempo de convivência, conforme se depreende em *Shared Physical Custody and Children's experience of Stress*, por Jani Turunen, do Departamento

É imperioso esclarecer que tal arranjo familiar se distingue da “guarda alternada”, modalidade que não dispõe de previsão legal em Portugal ou no Brasil, em que a titularidade das responsabilidades parentais se alternaria conforme o filho mudasse de residência. A guarda alternada seria, portanto, o exercício unilateral das responsabilidades parentais com alternância de residência, caracterizando-se, nas palavras da nobre jurista portuguesa, Dra. Maria Clara Sottomayor,“(..)pela possibilidade de cada um dos pais de-ter a guarda da criança alternadamente, de acordo com um ritmo temporal, o qual pode ser um ano escolar, um mês, uma semana ou parte da semana, detendo, cada progenitor, durante os seus períodos de estadia com a criança, a totalidade dos poderes-deveres integrados no conteúdo das responsabilidades parentais(...)”⁵.

Estabelecido o conceito de residência alternada, arranjo familiar que se insere na dinâmica do exercício conjunto das responsabilidades parentais pós-divórcio, convém adentrar no exame das principais mudanças ocorridas a partir da Lei Portuguesa nº 61/2008, de 31 de outubro, relacionadas à questão da residência do filho após divórcio, para se compreender a evolução legislativa até a edição da Lei 65/2020, de 04 de novembro⁶, responsável por incluir no Código Civil Português (CPP) a possibilidade da “residência alternada” do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, dentre outros casos.

Buscando concretizar a noção de que as responsabilidades parentais não deverão ser afetadas pela dissolução do casamento nem pela separação dos pais, a nova redação dada ao artigo 1.906º, n1, do CPP pela Lei nº 61/2008, dispõe que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os genitores nos termos que vigoravam na constância do casamento.

Ou seja, diferentemente da redação anterior, que preconizava a necessidade de acordo dos pais para o exercício em comum das responsabilidades parentais, a alteração realizada pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, estatuiu

de Sociologia da Stockholm University Demography Unit (SUDA), in <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>. Consultado em 17.10.18.

⁵ Sottomayor, Maria Clara – *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-5588-6, p 74.

⁶ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/65-2020-147533134>. Acesso em 04.04.2024.

como regime regra o exercício comum independentemente de prévio acordo entre os pais⁷.

Com o advento dessa nova perspectiva inaugurada pela Lei nº 61/08, possibilitou-se à criança posicionar-se numa relação tendencialmente igualitária com cada um dos pais, sendo atribuída a estes últimos uma distribuição também mais equilibrada das responsabilidades parentais, ao ser consagrado o exercício conjunto como regime regra.

É de se ter por certo, contudo, ter a lei promovido distinção entre atos de particular importância e atos da vida corrente, tal como constava no Princípio 3:12 do Direito de Família Europeu relativos às Responsabilidades Parentais. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, coube à jurisprudência e à doutrina estabelecer o alcance da norma.

A jurisprudência, pois, define os conceitos de “actos de particular importância” e “actos da vida corrente”, como pode ser observado no processo sobre regulação das responsabilidades parentais n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1⁸, em que o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu Acórdão em 02/05/2017, da lavra do Relator Pedro Brighton, ocasião em que se aduziu a dificuldade em se estabelecer em abstrato a delimitação entre os atos acima mencionados, uma vez que haveria uma ampla “zona cinzenta” integrada por atos intermediários os quais poderiam em tese ser qualificados como atos usuais, assim como de particular importância, tudo a depender dos costumes de cada núcleo familiar e de acordo com os usos da sociedade num determinado período histórico.

Acentuou-se, todavia, no referido *decisum*, que entre as questões de particular importância poderiam ser destacadas as seguintes: 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 genitor a quem foi confiado. Seriam, portanto, acontecimentos raros, em que os dois genitores teriam necessidade de cooperar apenas episodicamente,

⁷ Dias, Cristina M. Araújo, “Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei nº 61/2008, de 31 de outubro”, Coimbra: Almedina, 2008, p. 42.

⁸ Disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce? Consultado em 15.03.2024) Consultado em 15.03.2024.

e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamariam à sua responsabilidade de pais.

Já os “actos da vida corrente” seriam as decisões referentes à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividades e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contatos sociais; o ato 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 espetáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina. Ou seja, seriam decisões que devam ser tomadas com mais frequência e que terão de ser mais rápidas, de modo que ficariam na esfera do progenitor com quem o filho vive, sem necessidade de procurar o consentimento do outro.

Este último regime também será aplicável nas situações em que o filho se encontra com o progenitor com o qual não reside, possuindo esse pai certa margem de liberdade para tomar as decisões quotidianas e rápidas. Na verdade, trata-se de uma liberdade mitigada pois, na forma do art. 1.906º, nº 3, *in fine*, do CCP, esta liberdade de decidir fica condicionada às “orientações educativas mais relevantes” a que o filho se habituou, que são definidas pelo progenitor com o quem o filho passa mais tempo⁹. Prevê, ainda, o nº 4 do art. 1.906º do CCP, a legitimidade do progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente delegar a terceiros tais atos, consagrando-se, a *contrário sensu*, que os atos de particular importância não são passíveis de delegação.

Neste ponto, impõe-se suscitar alguns questionamentos a respeito das alterações promovidas pela Lei nº 61/08 no que diz respeito às responsabilidades parentais após divórcio, mormente no que se refere a essa divisão de papéis estabelecidas aos progenitores, pois embora se tenha fixado como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais, independente de acordo entre os pais, dando primazia ao princípio da igualdade parental, acabou-se por promover uma distinção infundada entre os mesmos ao estabelecer a necessidade de um progenitor residente, a quem caberia decidir as questões relativas aos atos da vida corrente do filho, devendo o outro progenitor, ou

⁹ Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Francisco de – *Curso de Direito de Família – Volume I. Introdução Direito Matrimonial*, 5ª Edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 794.

seja, não residente, ao exercer suas responsabilidades parentais, observar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente¹⁰.

Jorge Duarte Pinheiro também levanta críticas a esse respeito, ao aduzir haver apenas aparente correspondência entre o exercício comum das responsabilidades parentais que ocorre na constância do matrimónio e o exercício comum após o divórcio, já que, durante o período de vida em comum, qualquer um dos cônjuges teria o poder de tomar decisões relativas a atos da vida corrente do menor, contudo, quando se está diante de ruptura da vida em comum, tais decisões incumbem, em tese, a apenas um dos progenitores, ou seja, o progenitor residente.

Segundo o referido jurista português, o divórcio implicaria um padrão de exercício comum mitigado das responsabilidades parentais, adstrito às questões de particular importância para a vida do filho, nos termos do nº 1 do art. 1.906º do Código Civil, o que o torna desigualitário e materialmente distinto, na medida em que a posição de um dos pais prevalece nitidamente sobre a do outro¹¹.

De fato, se a própria Constituição Portuguesa consagrou no art. 36º, nº 3, o princípio da igualdade entre os cônjuges, tanto no âmbito do direito material quanto no direito de filiação, estabelecendo a legislação civil, por conseguinte, caber a ambos os pais o exercício das responsabilidades parentais (art. 1.901º CC), porque a divisão entre progenitor residente e não residente? Porque atribuir a um dos progenitores, no caso, o progenitor residente, o poder de definir as orientações educativas que deverão ser praticadas e observadas em relação ao menor, colocando-o em uma posição de superioridade em detrimento do outro progenitor?

¹⁰ No que se refere ao conceito de residência, é de se ter por certo não estar regulado nas responsabilidades parentais, tendo o Código Civil Português remetido para o regime legal de domicílio previsto nos art. 82º e seguintes (Seção III – Domicílio). Para o caso das crianças, confira-se o teor do art. 85º, nº 1, que preceitua como domicílio do menor o lugar da residência da família e, se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver. Não se pode olvidar, entretanto, que o próprio art. 82º, nº 1, ao tratar do domicílio voluntário geral, dispõe ter domicílio a pessoa no lugar de sua residência habitual e, se residir alternadamente, em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. Ou seja, a possibilidade de criança possuir dois domicílios, onde viva alternadamente, é albergada pela legislação civil portuguesa, conforme se viu acima.

¹¹ Pinheiro, Jorge Duarte – *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 294.

Entende-se que tais orientações educacionais, diante de sua flagrante relevância para o integral e melhor desenvolvimento do menor, deveriam ser decididas previamente em conjunto por ambos os progenitores.

Pois bem, em relação à residência do(s) filho(s) após a separação dos pais, a norma do art. 1.906º, nº 5, do CCP estatui que o Tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, levando-se em consideração todas as circunstâncias relevantes, designadamente eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro¹². A intenção da lei em estabelecer a preferência pelo “progenitor amigável” objetivou a manutenção da relação de grande proximidade com o outro progenitor, considerando o poder de decisão do guardião físico (progenitor residente) na concretização do direito da criança em usufruir da presença e cuidados de ambos os pais e da sua família de origem¹³.

A Lei pois determinou ao Tribunal fixar uma residência para a criança, em conformidade com os seus interesses, além de definir o tempo de contato do filho com o progenitor com quem a criança não vai residir, oportunidade em que seriam definidos os direitos de visita do outro progenitor, dando-se relevância ao conceito de residência para significar o que seria a “guarda física”, ou cuidado do menor¹⁴.

A partir das disposições acima destacadas, depreende-se que a legislação portuguesa, ao mesmo tempo em que introduziu como regime regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais em questões de particular importância, continuou claramente a prestigiar o antigo modelo até então

¹² Esse último fator tem inspiração da Lei da Califórnia, a qual também serviu de base para as alterações da legislação francesa, eis que foi pioneira na atribuição dos poderes de exercício conjunto das responsabilidades parentais. É o que se depreende do seguinte trecho do *California Family Code, Chapter 2. Matters to be considered in granting custody. Section 3040 (a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in Sections 3011 and 3020: (1) To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing with Section 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent (...)*. Disponível em <https://law.justia.com/codes/california/2007/fam/3040-3048.html>. Consultado em 06.04.2024.

¹³ Silva, Joaquim Manuel, “A residência alternada. O direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais” in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, Uma família parental, duas casas, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 177.

¹⁴ Oliveira, Guilherme de, “A ‘residência alternada’ em Portugal, segundo a Lei nº 61/2008”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, Uma família parental, duas casas, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 156.

vigente de residência habitual com um dos progenitores, cabendo ao outro direito de visita, ou seja, manteve a forma tradicional de residência da criança após divórcio.

Retoma-se ao mesmo questionamento anteriormente aduzido: se as responsabilidades serão exercidas em conjunto, porque há necessidade de ser fixada pelo Tribunal uma residência? Porque falar em “visitas”, direito este que se reporta à anterior situação de guarda exclusiva, quando na verdade, no âmbito do exercício em conjunto, o ideal seria falar em convivência? Afinal, pai não deve apenas “visitar” o filho, mas sim conviver com ele, e ter uma postura mais participativa em sua vida, o que não é possível num simples regime de visitas¹⁵.

Ao invés da nomenclatura “regime de visitas” que permaneceu mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 61/2008, melhor seria tratar como regime de convivências, o qual deveria ser estabelecido da forma mais ampla possível para oportunizar a vivência entre progenitor e filho¹⁶.

O art. 1.906º, nº 6, do CCP, ainda com a redação dada pela Lei nº 61/2008, estabelecia que, para aquele progenitor que não exercesse, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais, a lei estabeleceria o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho. Ou seja, consagrou-se o direito do progenitor não guardião, total ou parcialmente, de ser informado pelo guardião sobre os aspectos relacionados ao exercício das responsabilidades parentais, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho, consagrando a necessidade dos pais em funcionarem como um casal parental, envolvendo-se ambos na educação do filho¹⁷.

¹⁵ O Juiz Paulo Guerra comunga deste mesmo entendimento, ao preferir utilizar a expressão “convívio” (ou em organização dos tempos da criança” em vez de falar em “visitas”, alegando assumir tal direito uma forte componente emotiva e uma carga afetiva que não se pode deixar de lado. Ver Guerra, Paulo, “*O regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais em Portugal*”, in Anciães, Alexandra e Agulhas, Rute e Carvalho Rita, Divórcio e Parentalidade – Diferentes Olhares – Do direito à Psicologia, Lisboa: Edições Sílabo, 2018, pp. 45-46.

¹⁶ A título de comparação, ressalte-se que a legislação brasileira adotou expressão “períodos de convivência” ou “tempo de convívio” para os casos de aplicação de guarda compartilhada, utilizando a expressão “direito de visitas” apenas para os casos do pai ou da mãe em cuja guarda não estejam os filhos, conforme se vê, respectivamente, do art. 1.583, §2º, 1.584, §3º, e 1.589 do CCB.

¹⁷ Silva, Joaquim Manuel da – *A Família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 52.

Chega-se, então, à última disposição do art. 1.906º do CCP, de nº 7, na antiga redação conferida pela Lei nº 61/2008, a qual sustentava claramente a flexibilidade das soluções anteriormente expostas, e buscava fomentar o amplo convívio do filho com os dois pais, ao prever queo Tribunal decidiria 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 favorecessem amplas oportunidades de contato com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

Até o advento da Lei nº 65/2020, é importante destacar que o nº 7 do artigo 1.906º do CCP se consubstanciava no sustentáculo jurídico para a implementação da residência alternada em Portugal, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na medida em que o Tribunal poderia homologar acordos nesse sentido ou até mesmo decidir um regime mais amplo de repartição do tempo de convivência com ambos os progenitores, com partilha das responsabilidades parentais¹⁸.

É o que se depreende do seguinte Acórdão do Tribunal da Relação de Porto¹⁹, em sede de processo de regulação das responsabilidades parentais:

“I – Sob o ponto de vista legal, designadamente à luz do disposto no nº 7 do artigo 1906º do Código Civil, nada obstaculiza a que, paralelamente com o exercício conjunto das responsabilidades parentais, se fixe um regime de alternância de residência.

II – É possível estabelecer o regime da residência alternada mesmo contra a vontade dos progenitores, desde que essa solução se revele como a mais adequada ao interesse da criança de manter uma relação o mais próxima possível com ambos os progenitores, de molde a que possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe pode proporcionar.

III – Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os progenitores, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem (como, por exemplo, famílias com

¹⁸ Oliveira, Guilherme de, “*A ‘residência alternada’ em Portugal, segundo a Lei nº 61/2008*”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 162.

¹⁹ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/51de03ce50819de5802583bb00327012?OpenDocument&Highlight=0>

histórico de violência doméstica ou quando os progenitores residam em localidades distantes uma da outra), a residência alternada é a solução com melhor aptidão para preservar as relações de facto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os progenitores, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos, das suas responsabilidades parentais.” (Processo nº 22967/17.0T8PRT.P1, Relator Miguel Baldaia de Moraes, Data do Acórdão 21.01.2019).

Havia, contudo, divergência jurisprudencial no tocante à necessidade ou não de existir acordo entre os pais para que o regime da residência alternada pudesse ser aplicado. Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa de Acórdão, do Tribunal da Relação do Porto²⁰, em sede de regulação das responsabilidades parentais:

“I – O exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada não se pode confundir com a chamada guarda alternada.

II – A opção pela residência alternada só se justifica quando haja acordo dos pais nesse sentido, o qual é imprescindível, exigindo-se ainda que essa solução defenda os superiores interesses da criança.

III – Sem o acordo dos pais e num quadro factual de conflito latente entre os progenitores, é desaconselhável fixar mesmo a título provisório, um regime de residência alternada.” (Processo nº 3852/18.4T8VFR-A.P1, Relator Carlos Portela, Data do Acórdão 24.10.2019).

Como se pode constatar, a lei portuguesa alberga dois regimes de residência para a criança após o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens: a possibilidade de se fixar uma residência única, no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, determinando a figura do

²⁰ Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bad48978d-d8a951b802584b700424d04?OpenDocument&Highlight=0>

“progenitor residente” a partir dos critérios definidos no art. 1.906º, nº 5, ou a alternância de residências, em que a criança reside alternadamente com cada um dos progenitores, que partilham o tempo de convivência do filho, o que permite a todos a vivência e a construção de um quotidiano comum²¹. É certo que, nos casos em que for fixado o exercício unilateral das responsabilidades parentais, a residência será estabelecida tão-somente com o progenitor guardião.

Pois bem, nos casos em que for aplicada a residência alternada, entende-se ser desnecessária a indicação do progenitor residente, já que a criança passaria a viver com ambos, alternadamente, em períodos de tempos que não necessitam ser exatamente iguais, sendo relevante uma efetiva vivência e tempo suficiente com cada um dos pais, para que a criança possa desenvolver ou manter um verdadeiro quotidiano ou partilha de vida do dia-a-dia com ambos²².

Ademais, conforme elucidou a Juíza Maria Perquilhas, no tempo em que a criança vive com um dos seus progenitores, este é o responsável pela prática de todos os atos atinentes à satisfação de suas necessidades, ou seja, os atos da vida corrente, sendo responsável exclusivo pelo seu exercício, cabendo ao outro progenitor o direito de fiscalização, além de ter o direito a convivência com a criança, sendo ambos responsáveis e competindo aos dois a decisão relativa a questões de particular importância da vida da criança²³.

Na hipótese, portanto, de aplicação da alternância de residências, no contexto do exercício comum das responsabilidades parentais, é clarividente a equivalência de posição de ambos os progenitores, não havendo qualquer hierarquia na tomada de decisões do quotidiano da vida da criança, ou necessidade de um progenitor observar as supostas orientações educativas mais relevantes determinados pelo outro.

Contudo, é forçoso mencionar que, antes mesmo da alteração legal promovida pela Lei nº 65/2020, de 4 de novembro, havia quem defendesse que a lei impunha a fixação de uma residência habitual ao filho, o que sig-

²¹ Perquilhas, Maria, “O Exercício das responsabilidades parentais”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p. 68.

²² Perquilhas, Maria, “O Exercício das responsabilidades parentais”, in Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 pp. 68-69.

²³ *Ob. cit.*, p. 69.

nificaria uma proibição de um regime de residência alternada, tal como se constata das manifestações do Ministério Público nos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de junho de 2012, de 28 de junho de 2012, de 18 de março de 2013²⁴ e de 09 de maio de 2013²⁴.

Partindo do pressuposto que a criança necessita da convivência efetiva com ambos os progenitores para melhor se desenvolver, bem como que o importante para a mesma é a vinculação segura com os pais, foi promulgada a Lei nº 65/2020, de 4 de novembro, após grande discussão no Parlamento Português, tanto pela sociedade civil quanto membros do Poder Judiciário, Ministério Público, dentre outras instituições, sendo estabelecidas as condições em que o tribunal poderá decretar a residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores, alterando o Código Civil, no sentido de conferir nova redação ao artigo 1.906º, nº 6, e acrescentar nº 9 ao referido dispositivo.

Eis a nova redação:

“O artigo 1906º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966, na sua redação atual, passa a ter a seguinte redação:

«Artigo 1906º

[...] 6 – 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.

– (Anterior n.º 6.)

– (Anterior n.º 7.)

– O tribunal procede à audição da criança, nos termos previstos nos artigos 4º e 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.”

²⁴ Respectivamente, Proc. 2526/11.1TBBRR.L1-1, Proc.33/12. 4TBBRR.L1-8, Proc. 3500/10.0TBBRR.L1-6, Proc. 1297/12.9TBBRR.L1-8, disponível em www.dgsi.pt. Consultado em 09 de abril de 2024.

Deve-se ressaltar que algumas das propostas inicialmente apresentadas à Assembleia Nacional Portuguesa sugeriam a alteração legal para incluir o regime da residência alternada como uma presunção legal, outros como um regime preferencial, e outros apenas como uma das possibilidades legais²⁵.

A Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, por exemplo, se posicionava pela alteração legislativa no sentido de ser acolhida a residência alternada como regime preferencial, conforme se observa nos Con- tributos para os Projetos de Lei 87/XIV (PS); 107/XIV (PSD); 110/XIV(CDS-PP); 114/XIV (BE) e 52/XIV (PAN), apresentados em 28 de janeiro de 2020²⁶.

Contudo, após o longo debate estabelecido no âmbito da Assembleia Portuguesa, optou-se por uma alteração legislativa mais conservadora, na opinião desta autora, na medida em que não foram acolhidas as propostas legislativas que pretendiam a inclusão da residência alternada como uma presunção legal ou regime preferencial, de maneira que foi mantida a possibilidade de fixação pelo Tribunal de uma única residência ao filho (art. 1906º, nº 5, CCP), e acrescentada a possibilidade da fixação da residência alternada do filho com cada um dos pais, quando tal correspondesse ao seu superior

²⁵ No que diz respeito à inclusão da residência alternada como presunção legal no direito português, houve a tramitação na Assembleia da República Portuguesa de 03 (três) pedidos de alteração do Código Civil nesse sentido, sendo o primeiro deles capitaneado pela Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos – APIPDF, através da Petição nº 530/XIII/3, protocolada em 17/07/2018, seguida do Projeto de Lei nº 1182/XIII, admitido em 26/03/2019, de autoria do Deputado do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN) André Silva e, por último, o Projeto de Lei nº 1190/ XIII, admitido em 05/04/2019, de autoria do Grupo Parlamentar do Partido Socialista – PS, consoante informações obtidas no sítio eletrônico da Assembleia da República Portuguesa, disponível em <https://www.parlamento.pt/Paginas/UltimasIniciativasEntradas.aspx>. Em 30 de setembro de 2020, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República Portuguesa apresentou texto de substituição das seguintes iniciativas: Projeto de Lei nº 52/XIV/1ª (PAN), 87/XIV/1ª (PS), 107/ XIV/1ª (PSD), 110/ XIV/1ª (CDS-PP) e 114/ XIV/1ª (BE), com o escopo de alterar a redação proposta ao artigo 1.906º, nº 6, do Código Civil Português, para a seguinte forma: “6 – 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.” Ver processo parlamentar em <https://diariodarepublica.pt/dr/analise-juridica/ parlamento/65-2020-147533134>. Em 02 de outubro de 2020, na Reunião Plenária nº 9, foi aprovado o Texto de Substituição apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias relativo aos Projetos de Lei n.º 87/XIV/1.ª (PS), 107/XIV/1ª (PSD) e 110/XIV/1ª (CDS-PP), sendo importante mencionar que, durante o processo de tramitação na Assembleia Legislativa Portuguesa, houve diversas audiências públicas com entidades de âmbito nacional, tais como: Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direito dos Filhos, Instituto de Apoio à Criança, Associação Dignidade e Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, as quais contribuíram com o debate em relação à referida alteração legislativa. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/analise-juridica/ parlamento/65-2020-147533134>.

²⁶ Disponível em <https://igualdadeparental.org/associados-2/propostas-da-apipdf/parecerresidenciaalternada/>, acesso em 02.04.2024.

interesse e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, conforme nova redação dada ao artigo 1.906º, nº 6, do CCP.

Acerca da referida alteração legal, pontuou o Desembargador Diogo Ravara, da 7ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa, em sede de regulação das responsabilidades parentais, no âmbito do processo nº 394/21.4T8AMD.L1-7, o que segue:

(*omissis*) Como facilmente se alcança, a ideia inicial de consagração de uma presunção favorável à residência alternada foi abandonada, limitando-se o legislador a acolher a possibilidade de o Tribunal determinar a residência alternada, em moldes idênticos aos previstos no art. 40º do RGPTC, que já admitia que a criança fosse confiada a ambos os progenitores, se bem que utilizando linguagem mais clara.

Trata-se, por isso, de uma alteração meramente clarificadora e interpretativa(...)

Nesse mesmo julgado, o referido magistrado português enfrentou a temática da aplicação da residência alternada na hipótese de criança de tenra idade, concluindo que a circunstância de a criança ter pouco mais de um ano não obsta ao estabelecimento de um regime provisório de exercício das responsabilidades parentais que compreenda um sistema de residência alternada, contudo, em virtude das crianças desta idade ainda não compreenderem os conceitos de “ontem”, “hoje” e “amanhã”, a alternância da residência deveria, sempre que possível, adaptar-se a tal circunstância²⁷.

Diante do caso em concreto, decidiu-se por alterar o regime antes fixado, de alternância semanal, para adaptar-se a um regime de alternâncias inferiores a uma semana. Considerando que ambos os progenitores residiam em localidades próximas e próximas do infantário da criança, o equilíbrio necessário de convivência poderia ser obtido através de um esquema de alternância do tipo 2-2-3, em que a criança fica com um dos progenitores na 2ª e 3ª feiras, com o outro às 4.ªs e 5.ªs, e o fim-de-semana (de 6ª a 2ª feira) com o primeiro, invertendo-se a situação na semana subsequente.

²⁷ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/394-2021-190051675>. Acesso em 07.04.2024.

Confira-se o *decisum* mencionado:

(omissis) 4. Decisão

Pelo exposto, acordam os juízes nesta 7ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Lisboa em:

Julgar improcedente a presente apelação, na parte que diz respeito à impugnação a decisão sobre matéria de facto;

No mais, julgar a presente apelação parcialmente procedente, embora com fundamentação diversa, alterando o regime provisório de exercício das responsabilidades parentais fixado na sentença apelada, nos seguintes termos:

i. A redação das cláusulas I e IV passará a ser a seguinte:

“I-a) A L... residirá, alternadamente, com cada um dos progenitores, de acordo com o esquema semanal 2-2-3. Em consequência, a partir da semana subsequente à data em que as partes se considerarem notificadas do presente acórdão, passará a segunda e terça-feira com a Mãe (recolhendo a criança nas tardes de segunda e terça-feira à saída do infantário, e entregando-a no mesmo local nas manhãs de terça-feira e quarta-feira), a quarta e quinta-feiras com o outro (recolhendo a criança nas tardes de quarta e quinta-feira à saída do infantário, e entregando-a no mesmo local nas manhãs de quinta-feira e sexta-feira), e o fim-de-semana com o primeiro (de 6ª a 2ª-feira, recolhendo a criança na tarde de sexta-feira, no infantário, e entregando-a no mesmo local na manhã de segunda-feira), invertendo-se o esquema na semana seguinte; e assim sucessivamente.

A L... pernoitará em casa do progenitor com quem se encontre em cada momento.

O progenitor com quem a L... ficar em cada momento recolherá a L... no infantário que esta frequente, após o período das atividades escolares, e deixá-la-á no mesmo local na manhã do dia útil subsequente.

A L... deverá, a todo o momento, ter consigo, ou na mochila da escola a medicação de emergência de que necessita.”

(...)

IV-a) Cada um dos progenitores assegura o sustento da L... nos períodos em que a L... se encontra ao seu cuidado.

Ambos os progenitores suportarão, em partes iguais, as despesas médicas, medicamentosas, e escolares/infantário, relativas à L. ”

c) No mais, mantém-se inalterada a decisão recorrida.

Trata-se de tema delicado, devidamente enfrentado pela Corte de Justiça de Lisboa, em que houve o acolhimento da prática da alternância de residências, mesmo em caso de crianças com tenra idade, dando ênfase à garantia da criança de ampla convivência familiar pós divórcio.

Atualmente, portanto, pode-se concluir ter ocorrido grande avanço legislativo em Portugal no que se refere à incorporação em seu ordenamento jurídico da possibilidade de se estabelecer a residência alternada da criança, acolhendo os anseios da sociedade portuguesa que já praticava tal arranjo familiar pós divórcio, conquanto ainda albergue a legislação lusitana o costume tradicional de se fixar uma única residência para a criança, em geral materna, mesmo diante do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

A dupla residência da criança no direito Brasileiro

Em relação ao Brasil, a questão da fixação da residência do filho com ambos os genitores após a separação conjugal não é um tema pacífico nas Cortes Brasileiras, havendo poucos casos em que se aplica a alternância de residências da criança (residência alternada), no contexto da guarda física compartilhada, embora exista amparo legal para a sua efetivação.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que, até o ano de 2008, a única alternativa prevista na lei civil brasileira era a concessão da guarda unilateral àquele genitor que revelasse ter melhores condições de exercê-la, não havendo qualquer previsão para o compartilhamento pelos pais desta função. Ao pai ou à mãe que não exercesse o encargo da guarda do filho, garantia-se o direito de visitas, que geralmente ocorriam em finais de semanas alternados e em períodos de férias ou feriados.

Contudo, a experiência do arranjo familiar de guarda unilateral dos filhos após o divórcio/separação dos pais evidenciou como principal consequência o afastamento da convivência da criança com o genitor não guardião, além de ser uma modalidade de guarda que propicia insatisfações, conflitos

e barganhas envolvendo os filhos menores, além de possibilitar a ocorrência de alienação parental.

Dessa forma, na busca pela plena proteção do melhor interesse da criança é que foi positivada no direito brasileiro a Guarda Compartilhada, primeiramente em 2008, através da Lei nº 11.698/08²⁸ e posteriormente em 2014, através da Lei nº 13.058/14²⁹, a qual estabeleceu como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro a guarda compartilhada, que deverá ser aplicada mesmo em caso de desacordo dos pais em relação à guarda dos filhos menores.

Em termos legais, o Código Civil Brasileiro – CCB dispõe sobre o significado de guarda compartilhada como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Mas não se trata apenas de compartilhar responsabilidades. O Código Civil Brasileiro dispõe ainda, que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (art. 1.583, §2º, do CCB³⁰).

A partir da leitura dos dispositivos acima, percebe-se claramente que o objetivo maior do compartilhamento da guarda da criança seria assegurar maior aproximação física e contato dos filhos com ambos progenitores, sendo a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, além da proporcionar uma vinculação mais estreita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que não se vislumbra numa simples visita ou em finais de semanas alternados.

Posto isso, é forçoso questionar: as Cortes brasileiras vêm incentivando a ampla convivência familiar pós divórcio, assegurando a prática da dupla residência da criança, em que ambos os pais continuariam compartilhando as responsabilidades parentais e continuariam a participar amplamente do cotidiano da criança, a partir da alternância de residências?

²⁸ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm. Acesso em 01.05.2024

²⁹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em 01.05.2024

³⁰ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 02.05.2024

Ao analisar julgados de diferentes Estados brasileiros, passados quase 15 anos da introdução no direito brasileiro da guarda compartilhada, percebe-se que a praxe judiciária, embora conceda a guarda compartilhada da criança, por acordo dos pais ou mesmo por imposição judicial, vem perpetuando a dinâmica da guarda unilateral, em que a criança permanece sob a responsabilidade de um dos pais, com quem reside, cabendo ao outro o suposto direito de visitas.

Ou seja, costuma-se estabelecer uma única residência habitual para a criança em processos de definição de custódia, sob o fundamento da garantia de estabilidade emocional do filho envolvido, acarretando como consequência a privação da convivência do outro genitor não residente com seu filho, além das consequências de ordem emocional que possam advir dessa separação.

É preciso deixar claro, desde logo, que a lei brasileira nada dispõe acerca da necessidade de fixação de uma residência habitual para o menor. Ao contrário, há expressa disposição no sentido de ser necessário haver um equilíbrio no tempo de convivência dos filhos com ambos os genitores, evidenciando a intenção legal, portanto, em possibilitar a dupla residência da criança pós-divórcio com ambos os genitores (guarda física compartilhada).

Quais seriam, então, os principais argumentos utilizados pelos profissionais do direito para insistirem na fixação de apenas uma única residência da criança após o divórcio dos pais e desestimularem a alternância de residência da criança? Estariam baseados em estudos científicos?

Ao estudar as razões que fundamentam as decisões judiciais para se fixar a residência habitual da criança percebe-se que estas não são pautadas por questões jurídicas, mas, principalmente, em premissas não embasadas em estudos científicos, alegando-se uma suposta garantia de estabilidade emocional da criança, pois pressupõem que a alternância de lares pode causar confusões psicológicas para a criança, a qual perderia o seu referencial de moradia, conforme se pode conferir da seguinte ementa de julgado:

O regime pretendido pelo recorrente acaba por se confundir com o da guarda alternada, nesse tipo de regime os filhos residem de forma fracionada, com cada um dos genitores por determinado período, sendo, todavia, desaconselhada a sua utilização pela jurisprudência pátria em razão da ausência de estabilidade, criação de rotina e hábitos. Destarte, a alternância de lares, com tempo de convívio igualitário dos filhos com os

pais acaba por ser prejudicial à rotina da infante, dada sua pouca idade, apenas 08 anos.”

(Processo: 0012905-42.2015.8.06.0075/50000 – Agravo Interno Cível, Relator Emanuel Leite Albuquerque, publicado em 24.11.2021.

Há casos judiciais, inclusive, em que houve a intervenção de equipe multidisciplinar, atestando que criança possuía vinculação afetiva tanto materna como paterna e que estava bem acostumada aos dois lares.

Mesmo assim, prefere-se fixar a residência da criança com apenas um dos genitores, criando-se um fator de distinção entre os pais inexistente em nossa legislação, maculando o princípio da igualdade parental. Ademais, a fixação da residência habitual com apenas um dos genitores possibilita a ocorrência de alienação parental, já que o suposto genitor residente se sente com maior ingerência em relação às decisões da vida da criança.

Estabelecer uma única residência habitual do menor após divórcio dos pais, quando os dois possuem condições de conviver e exercer os cuidados dos filhos de forma igualitária, é deixar de priorizar o princípio da ampla convivência familiar com os dois genitores, o qual encontra guarida no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Não teria a sociedade brasileira acolhido verdadeiramente a guarda compartilhada? O que vem impedindo a efetivação desse direito fundamental da criança ampla convivência familiar?

Embora não existam estudos de grande escala no país que tenham endereçado esta questão, após analisar acórdãos de diversos Estados Brasileiros, bem como diante da experiência desta autora como Defensora Pública do Estado do Amazonas, titular de núcleo/setor de Mediação Familiar, percebe-se que houve acolhimento pela sociedade brasileira da essência da guarda compartilhada, sendo constatados em muitos casos judiciais e extrajudiciais o compartilhamento por ambos os pais não só das responsabilidades parentais mas sobretudo da convivência com os filhos em comum.

Entretanto, embora a dinâmica familiar da dupla residência da criança seja uma realidade que cada vez mais cresce, infere-se que um dos primeiros obstáculos encontrados para a maior incidência da guarda física compartilhada vem dos próprios profissionais do Direito, ao emitirem pareceres pela não homologação de acordos que propõem a alternância de residências, por entenderem que tal demanda se trata de guarda alternada.

Membros do Ministério Público alegam em suas manifestações, em termos gerais, a necessidade de adequação das cláusulas do acordo, para que se indique “lar/residência de referência” da criança, com a justificativa de ser mais adequado para a criança, do ponto de vista emocional e psicológico, sob pena de se estar maculando o princípio do melhor interesse da criança. Contudo, não apresentam qualquer evidência científica de que a alternância de lares (dual residence) seria prejudicial aos filhos, ou não se embasam em relatório psicossocial que tenha eventualmente evidenciado que a guarda física compartilhada, naquele caso em concreto, possa ser prejudicial à criança. Ao contrário, partem do pressuposto de que a alternância de lares, em abstrato, é um arranjo familiar prejudicial ao menor.

O que se percebe, no Brasil, é que embora a legislação tenha sido alterada, inicialmente em 2008 e depois em 2014, para introduzir no ordenamento jurídico a guarda compartilhada, tal instituto jurídico não foi acolhido em sua plenitude pelos agentes jurídicos, os quais demonstram em seus posicionamentos desconhecerem os resultados positivos dos diversos estudos científicos já publicados internacionalmente em relação à tal temática, que apontam variados benefícios à saúde e bem estar dos menores, além de confundirem com o instituto jurídico da guarda alternada, o qual não é aceito no Brasil.

É preciso destacar, novamente, que a guarda alternada pressupõe o exercício exclusivo do poder familiar por um genitor durante determinado período, findo o qual haverá a alternância de residências do filho, quando então o exercício do poder familiar passará a ser exclusivo do outro progenitor. Ou seja, alterna-se a residência e, de modo exclusivo, o poder familiar.

A legislação brasileira não acolheu tal modalidade de guarda, uma vez que o artigo 1.634 do CC garanta a ambos os genitores, independente do estado conjugal, o exercício do poder familiar em conjunto.

Ora, o Código Civil Brasileiro foi alterado em 2014 (Lei nº 13.058/14) com o objetivo de incentivar a igualdade parental e proporcionar aos filhos o maior contato possível com ambos progenitores, ao estabelecer a guarda compartilhada física, dando a possibilidade à criança de residir com os dois pais após a separação conjugal.

Não faria sentido, portanto, alterar-se a lei no sentido de estabelecer uma divisão equilibrada do tempo de convívio do filho entre o seu pai e a sua

mãe e, na prática, as decisões judiciais estabelecerem uma única residência habitual para a criança e um regime de convivência com o outro progenitor.

Essa prática, salvo melhor juízo, em quase nada se distingue da fixação da guarda unilateral, regime que, no Brasil, pressupõe que ambos os pais possuem o poder familiar conjunto, contudo, a criança reside apenas com o guardião, cabendo ao outro um regime de visitas.

Embora o cenário nacional evidencie a não aceitação da guarda física compartilhada pela grande maioria dos juízes e membros do Ministério Público no Brasil, muito provavelmente por desconhecimento dos resultados dos estudos científicos sobre as consequências da guarda compartilhada no bem estar das crianças, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas³¹, no âmbito de sua atribuição legal de realizar acordos extrajudiciais, vem promovendo a diss minação das ideias de coparentalidade em seus atendimentos, bem como da importância da participação conjunta do pai e da mãe no cotidiano da criança, e vem aplicando a alternância de residência da criança nos acordos de guarda compartilhada.

A partir da utilização de técnicas de Mediação Familiar, em que um terceiro imparcial conduz o diálogo entre as partes, com o objetivo de alcançarem um acordo que satisfaça os interesses das crianças envolvidas e, conseqüentemente, da família que está passando pelo divórcio/separação conjugal, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas vem realizando acordos extrajudiciais que envolvem a prática da alternância de lares, adequando arranjos de convivência pós divórcio à realidade de cada família envolvida, sem fazer qualquer distinção entre os genitores quanto a direitos e deveres.

O objetivo do atendimento prestado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, órgão estatal cujo missão constitucional é prestar assistência jurídica gratuita à população em situação de vulnerabilidade social, é transmitir aos pais a ideia de que ambos são igualmente responsáveis pelo desenvolvimento e cuidados diário dos filhos menores, não havendo necessidade de se estabelecer uma única residência de referência aos filhos menores,

³¹ Art. 134 da Constituição do Brasil de 1988: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

ao contrário, prima-se pelo equilíbrio da convivência das crianças tanto com o pai quanto com a mãe.

Ressalte-se que até mesmo acordos firmados pela Defensoria Pública, em que houve o estabelecimento da guarda física compartilhada, ocasião em que os próprios pais distribuíram o tempo de convivência dos filhos de forma igualitária na medida das suas possibilidades, foram objeto de impugnação por Membros do Ministério Público, bem como do Poder Judiciário, pelo simples fato de não ter sido indicada a suposta residência habitual do menor, levando os genitores a recorrerem da decisão para terem resguardado o seu direito de ampla convivência familiar.

É de se ter por certo haver casos em que a dinâmica da guarda física compartilhada (dupla residência) não será possível no caso concreto, por razões relacionadas à violência doméstica, abuso infantil ou negligência, diante da longa distância entre as residências dos genitores, ou mesmo quando os pais residam em cidades diferentes. Nesse último caso, aplica-se apenas a guarda legal compartilhada, em que ambos os genitores possuem os mesmos direitos e deveres em relação à criança, mas a lei brasileira determina que seja eleita uma “cidade base de moradia” da criança (art. 1.583, §3º, do CC).

O avanço nas discussões da temática da guarda física compartilhada, seja através de manifestações processuais ou de posicionamento de juristas de âmbito nacional que se debruçam sobre a matéria, vem sendo observado em grandes Tribunais brasileiros, tais como São Paulo, Rio de Janeiro, e Rio |Grande do Sul, onde se observam acórdãos que acolhem integralmente acordos que estabelecem a guarda física compartilhada com a dupla residência da criança, prezando-se pelo direito fundamental da criança de ampla convivência familiar.

É o que se pode constatar dos julgados abaixo firmados: Regulamentação de Guarda. Decisão que deixou de homologar acordo realizado entre as partes. Desacerto. Recorrentes que propuseram regime de guarda compartilhada com dupla residência da criança, com intuito de consolidar situação de fato. Guarda compartilhada com dupla residência não se confunde com guarda alternada. Participação conjunta dos pais de todos os atos relevantes à vida do filho comum, com divisão de tempo e estabelecimento da residência dupla da criança, sem qualquer óbice legal, segundo se depreende da leitura do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil. Pais moram na mesma cidade e apresentam

excelente relacionamento. Inexistência de razão para o Estado juiz interferir no acordo e impor aos pais regime de guarda que não desejam e não atende aos interesses do filho. Melhor interesse do menor preservado. Homologação do acordo na origem. Recurso provido.”

(TJ-SP – AI: 20878182420218260000 SP 2087818-24.2021.8.26.0000,

Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 19/07/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/07/2021)

Apelação cível. Família. Ação de Acordo de Guarda, Alimentos e Convivência. Guarda Compartilhada com Alternância de Lares.

Desnecessidade de apontar a residência-base. Manutenção da decisão.

Hipótese que melhor atende ao interesse da criança. Relação harmônica dos genitores e decisão embasada em laudo neuropsicológico que aponta os benefícios à manutenção da dinâmica adotada e homologada judicialmente. Embasamento teórico, doutrinário e orientação jurisprudencial superior que ratificam o posicionamento adotado. Recurso desprovido. Apelação cível nº 5111669-13.2020.8.21.0001/rs, 7ª câmara cível do tribunal de justiça do estado do rio grande do sul, relator juiz de direito roberto arriada lorea, publicação em 25.08.2021.

Estaria o Brasil entrando numa nova fase de aplicação da guarda compartilhada?

Talvez os posicionamentos acima possam indicar o início de uma nova fase de aplicação da guarda compartilhada no Brasil, com o acolhimento da guarda compartilhada em sua modalidade mais ampla: a guarda física compartilhada, na qual se insere a prática da dupla residência da criança pós divórcio.

Pode parecer sutil tal mudança de postura, mas revela, na opinião desta autora, um amadurecimento das Cortes Brasileiras no sentido de incluir verdadeiramente nas decisões judiciais o princípio da coparentalidade, uma vez que o exercício da parentalidade não se faz apenas de modo virtual, pela tomada de decisões em conjunto, mas se expressa pela efetiva participação conjunta e convivência da criança com ambos os pais.

Conclusão

Em suma, como se pôde observar do presente artigo, a questão da dupla residência da criança após a separação dos pais é um tema imbuído de controvérsias que necessitam urgentemente serem esclarecidas e debatidas, tanto em Portugal como no Brasil, entre todos aqueles profissionais que lidam com os direitos das crianças.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, percebeu-se que, embora a legislação tenha evoluído no sentido de incorporar princípios como a coparentalidade, igualdade parental, bem como o direito à convivência familiar, tendo determinado expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com o pai e com a mãe, após a separação conjugal, erigindo a guarda compartilhada como regime regra a ser adotado quando ambos os progenitores se encontrarem aptos ao exercício do poder familiar, tal orientação não encontra ressonância no aspecto da residência da criança, eis que se insiste na fixação de uma residência habitual para o filho, em geral com a mãe, estabelecendo, em contrapartida, regimes de convivência com o outro genitor, circunstância que pouco difere do regime da guarda unilateral, com fixação do direito de visitas ao não guardião.

Ou seja, se no Brasil a guarda unilateral não pressupõe, ao menos em tese, o exercício unilateral do poder familiar, uma vez que a norma expressa no artigo 1.634 do CCB preconiza competir a ambos os pais, qualquer que seja sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, somente distinguindo o aspecto de quem permanecerá com os cuidados diários da criança (guarda), assim como sua residência, qual seria a grande distinção da modalidade de guarda compartilhada, com fixação de residência habitual?

Certamente, a *mens legis* não pretendeu engessar a questão da residência da criança com apenas um dos progenitores ao aduzir expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com ambos os pais, mas sim justamente oportunizar a ampla convivência com o pai e a mãe, tão necessárias ao pleno desenvolvimento da criança.

Dessa forma, entende-se que as constantes alterações observadas na legislação civil brasileira, protagonizadas pelas Leis nº 11.698/08 e 13.058/14, ainda não foram suficientes para a ampla aceitação da prática da dupla residência da criança após divórcio/separação dos pais. Os opositores de

tal regime não oportunizam a disseminação da dupla residência, mesmo nas situações em que ambos os pais possuam as competências parentais preservadas, e tenham condições fáticas para a implementação do regime, sob o argumento de que tal alternância causaria instabilidade psicológica ou emocional ao filho.

É preciso atentar para a triste realidade de que o Brasil não dispõe de tradição em pesquisas no campo da Sociologia ou da Psicologia relacionadas à prática do divórcio e suas consequências para as crianças, e parece não estar acompanhando as novas tendências de reorganização familiar após divórcio. Entretanto, sabe-se que países como Canadá, EUA, França, e inúmeras outras nações mais desenvolvidas já avançaram na investigação deste tema, e concluíram que a cooperação parental pós-divórcio, expressa também através da prática da alternância de residência da criança (guarda física compartilhada), apresenta resultados benéficos para os filhos em termos de adaptação ao divórcio, autoestima, adaptação emocional e comportamental.

Diante de tal constatação, talvez o grande fator impeditivo da disseminação e efetiva aplicação da prática da dupla residência da criança no Brasil seja a formação deficitária dos diversos atores do sistema de Justiça na área específica da criança, já que a atuação no ramo do Direito de Família apresenta complexidades de ordem social, emocional, psicológica, ou seja, aspectos multidisciplinares que demandam constante capacitação dos profissionais, bem como exigem a realização de pesquisas e acompanhamento dos envolvidos com vistas à avaliação das consequências na criança e em sua família acerca das dinâmicas familiares pós-divórcio, com foco no seu superior interesse.

É preciso, pois, romper com antigas tradições ainda enraizadas na prática social, e que ainda possuem repercussão na esfera judicial, tal como a fixação da residência única da criança após o divórcio, pois já se tem comprovação científica das possíveis consequências negativas para o desenvolvimento da criança quando da fixação de única residência, podendo-se afirmar ser a mais grave delas o distanciamento do pai.

Ademais, a insistência dos tribunais em se estabelecer uma residência habitual para a criança tende a agravar ainda mais o conflito entre os pais que, antes deveriam se valer de todas as provas admitidas para comprovar qual deles teria melhores condições de exercer a guarda do filho, e agora

precisam comprovar qual residência atenderia melhor os interesses do filho. Ou seja, a referida discussão apenas prolonga o litígio e se distancia da cultura de paz que deve nortear a praxe judicial no âmbito do Direito de Família.

Por essa razão mostra-se tão relevante o incentivo à mediação familiar, como meio alternativo de resolução de litígio que proporciona às próprias partes apresentarem seus conflitos, discuti-los sob a intervenção de um terceiro imparcial (mediador), que tem o papel de facilitar a comunicação entre as partes, para que elas mesmas encontrem uma solução viável para as suas demandas³².

Além disso, a disponibilização pelo Estado e pela sociedade civil de grupos de apoio à parentalidade, proporcionando aos pais que estão vivenciando a ruptura conjugal espaços de fala e escuta sobre como melhor lidarem com essa fase e compreenderem a repercussão que tais alterações promovem na vida das crianças assume especial relevo, sendo de grande importância a sua divulgação e incentivo, para alcançarem cada vez mais famílias e disseminarem os debates em torno da coparentalidade e as necessidades da criança.

Diferentemente do Brasil, Portugal já está mais à frente em pesquisas nos campos sociológico e psicológico que investigam o comportamento das famílias diante dos mais diversos regimes de convivência familiar pós-divórcio, sendo este um possível diferencial a potencializar sua maior aceitação social e efetiva aplicação nos tribunais. Além disso, não se pode olvidar que a prática da mediação familiar também se encontra em estágio mais avançado, encontrando normatização específica através do Despacho Normativo nº 13, de 9 de novembro de 2018, do Secretário de Estado da Justiça, que regulamenta a atividade do SMF, sendo instrumento de grande valia nos processos de regulação das responsabilidades parentais³³.

³² É de se destacar que, a partir da entrada em vigor do Novo CPC, instaurado pela Lei nº 13.105/15, observa-se uma valorização dos meios alternativos de resolução de litígios, na medida em que se determina ao Estado a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos, devendo todos os operadores jurídicos, inclusive o próprio magistrado, estimular a mediação, conciliação e outros meios de solução consensual, inclusive no curso do processo judicial, consoante ao artigo nº 3, §2º e §3º do CPC. Contudo, por se tratar de medida recente, ainda se constata valorização da conciliação como forma de resolução dos conflitos na área da família.

³³ Ressalte-se a recém criada Plataforma RAL+, através do Decreto-Lei nº 26/2024, de 3 de abril, cuja criação se baseia na promoção dos meios de resolução alternativa de litígios, tratando-se de uma plataforma informática única e comum que servirá a gestão e funcionamento dos diferentes meios de resolução alternativa de litígios geridos ou apoiados pelo Ministério da Justiça: sistemas públicos de mediação familiar e laboral, julgados de paz e centros de

Conquanto se tenha visto que a legislação portuguesa durante longos anos preconizou um regime de guarda exclusiva, em que a residência da criança estava vinculada ao progenitor que exercesse as responsabilidades parentais, atualmente a legislação possibilita a realização da prática da alternância de residência da criança após divórcio/separação, no âmbito do exercício comum das responsabilidades parentais, sendo possível atestar haver maior aceitação de tal modelo de organização familiar pela sociedade portuguesa, se comparada com a sociedade brasileira, talvez pela experiência bem sucedida em países vizinhos, possuindo tal prática preferência entre os portugueses os quais reputam ser esta a forma de residência mais adequada à criança³⁴.

A alteração do CCP, no sentido de incluir a prática da residência alternada como uma das possibilidades de arranjo familiar pós-divórcio, independente de acordo dos pais, tal como já ocorre em diversos países da Europa, demonstra o interesse da sociedade em relação ao tema e do Estado português em adaptar e modernizar sua legislação nacional às novas práticas sociais.

O momento é, pois, propício a grandes discussões em torno da concretização dessa dinâmica familiar pós-divórcio, como expressão maior da coparentalidade, hábil a proporcionar mais proteção à criança, na medida em que propicia a manutenção de estreita vinculação com ambos os progenitores após a ruptura conjugal, o que possibilitará seu pleno desenvolvimento e, por fim, atender, quando presentes os seus requisitos, o seu superior interesse.

Por fim, conclama-se a todos os intervenientes que atuam em processos de guarda judicial, sejam juízes, promotores, defensores públicos, advogados, assim como os peritos da área de psicologia, assistência social ou médicos, que compõem a equipe multidisciplinar das Secções de Família, a atentarem para

arbitragem de conflitos de consumo que integram a rede de arbitragem de consumo. Embora ainda esteja em período experimental, sendo aplicada a Plataforma RAL+ aos procedimentos nos sistemas públicos de mediação familiar e laboral e aos procedimentos e processos nos julgados de paz do Oeste, do concelho de Sintra, do concelho de Vila Nova de Poiares, do concelho de Santo Tirso e do agrupamento de concelhos de Alvaíázere, Ansião, Figueiró dos Vinhos, Pedrógão Grande e Penela, o referido decreto-lei será aplicado a partir de 01 de setembro de 2024 aos procedimentos e processos nos demais julgados de paz, conforme disposições do art. 10º. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/26-2024-858631715>. Acesso em 01.06.2024.

³⁴ Marinho, Correia, 2017.

as reais necessidades das crianças, em especial, a continuidade da manutenção dos vínculos afetivos e convivência familiar, tão duramente fragilizados quando da história atribuição da guarda/custódia unilateral, devendo encorajar as famílias, quando as circunstâncias assim o permitirem, a praticarem a dupla residência da criança, consagrando o seu direito de não ser afastada de seus pais, tal como previsto na Convenção Internacional sobre os direitos das crianças.