

A residência alternada dos filhos do divórcio: entre o paradigma e o paradoxo

hugo cunha lança¹

Resumo: Numa sociedade cada vez mais hedonista e fungível, em que o *ter* parece antepor-se ao ser, não estranha que também as relações afetivas sejam descartáveis e as ruturas cada vez mais triviais. Como cresce o número de casos em que a parentalidade nasce fora de uma relação. Neste texto procuramos responder a uma única e singela questão: aquando da rutura de uma relação afetiva deve adotar-se a residência alternada como regra?

Palavras-chave: Divórcio; Autoridade Parental; Residência alternada

Abstract: In an increasingly hedonistic and fungible society, where having seems more important than being, it is not surprising that affective relationships are also disposable and divorces are increasingly trivial. As the number of cases in which parenting takes place outside a relationship grows. In this text we seek to answer a single and simple question: when an affective relationship breaks down, should children's alternate residence be adopted as a rule?

Keyword: Divorce; Parental responsibility; Children alternate residence

1. Introdução:

É insofismável que nos escombros de um casamento (ou de uma união de facto ou mesmo fora de relações afetivas estáveis) é cada vez mais significativo o número de homens que lutam pelo Direito de continuarem a ser pais. Por razões sociológicas que os Juristas não podem ignorar, porquanto o Direito não é nem puro nem axiologicamente

¹ Professor no Instituto Politécnico de Beja e no ISMAT; Investigador Doutorado Integrado no CEAD – Francisco Suárez

neutro e reflete sempre opções ideológicas² da comunidade, e “um acto não ofende a consciência porque é criminoso, mas é criminoso porque ofende a consciência comum”³.

Dessarte, se a mulher portuguesa do início dos anos setenta poderia representar-se pictoricamente pela *Gioconda* de *Leonardo da Vinci*, uma Dona Lisa, submissa numa relação matrimonial em que os géneros estavam declaradamente definidos, sendo o cuidado com os filhos a mais relevante missão do Segundo Sexo⁴, a representação pictórica da mulher portuguesa do século XXI poderá encontrar-se na *Madonna* de *Munch* e os seus horizontes não se confinam ao exercício da maternidade. Sendo certo que a jovem mulher de hoje [e escrevemo-lo cientes do ridículo de toda e qualquer generalização, cientes que mais do que uma natureza humana o que existe são idiossincrasias pessoais, pelo que cada mulher é um universo] não perdeu o desejo [ou o instinto!] de ser mãe, para a sua autorrealização pessoal também precisa de ser profissional, ter uma participação cívica ativa sem abdicar de ser mulher, na sua animalidade.

Mas, se a jovem mulher coeva tem mais dissemelhanças com a sua avó do que esta com D. Urraca de Leão e Castela, a *avozinha de Portugal*, o homem português do século XXI *também chora*⁵ e já não é o *macho com cheiro a cavalo* que se dividia entre o trabalho e a *taberna*.

Com efeito, sendo inequívoco que o machismo e, especialmente, o micromachismo⁶, continua a deambular pelas nossas ruas, com maior ou menor subtileza, e a sociedade coeva ainda identifica determinados conceitos como tipicamente masculinos ou femininos (e ainda olhamos de soslaio para quem não se identifica com um género específico), e que alguns comportamentos inadmissíveis continuam a ser socialmente admitidos com base no velho aforismo *rapazes a serem rapazes*, é igualmente axiomático que, nas últimas décadas, assistimos a uma trajetória positiva no que à igualdade de género concerne.

² Como nós, PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e Ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf, p. 1.

³ DURKHEIM, Emile. *A Divisão do Trabalho Social*. v.1. 3ª Ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989, p. 100.

⁴ Referimo-nos, obviamente, à obra de Simone de Beauvoir.

⁵ Usurpamos o título de MARQUES, Nelson. *Os homens também choram: histórias da nova masculinidade*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021.

⁶ “O micromachismo refere-se a pequenos atos, comentários e preconceitos, por vezes subtis, que estão de tal forma interiorizados que não nos apercebemos de que são machistas” (MARQUES, Nelson. *Os homens também choram: histórias da nova masculinidade*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021, p. 18).

No que respeita ao exercício da parentalidade (positiva⁷), o empirismo acientífico é bastante para constatar que atualmente o pai dá banho ao filho logo na maternidade, aconchega-o na hora de deitar, trata das suas refeições, acompanha-o à escola desde a mais tenra idade, partilha as suas brincadeiras, ampara-o nas dificuldades e doenças da meninice, pelo que, o pai da atualidade é *tão mãe como outra mãe qualquer*. E, quando este homem está tão presente na vida dos seus filhos, afastá-lo da vida da criança e reduzi-lo ao papel de alguém que a visita a cada quinze dias é absolutamente inaceitável, porque não apenas é atentatório dos direitos daquele homem como, e mais importante, é intolerável para o superior interesse daquela criança, que seria coagida a tornar-se órfã de pai vivo [porque nunca confundimos progenitores com pais].

Permita-se-nos uma declaração de interesses inicial, para que, quem nos acompanha nesta viagem pelo regime da regulação da autoridade parental, não percorra o caminho equivocado: entendemos que o regime clássico, no qual, nos destroços do *casamento*, as crianças ficavam *naturalmente* com a mãe e visitavam o pai de quinze em quinze dias, é anacrónico e não respeita o superior interesse da criança⁸. Mais do que isso, condena-a à orfandade paternal⁹, na medida em que o pai (ainda que consciencioso, afetuoso e presente) abdica da sua missão de educador para tendencialmente se

⁷ O conceito foi definido pelo Conselho de Europa como o “comportamento parental baseado no melhor interesse da criança e que assegura a satisfação das principais necessidades das crianças e a sua capacitação, sem violência, proporcionando-lhe o reconhecimento e a orientação necessários, o que implica a fixação de limites ao seu comportamento, para possibilitar o seu pleno desenvolvimento.” (Recomendação 19 (2006) do Conselho da Europa).

Da relação entre a parentalidade positiva e a residência partilhada destacam-se: (i) adotar uma perspetiva baseada em direitos: tratar as crianças e os pais como sujeitos de direitos e deveres; (ii) reconhecer que os pais têm a responsabilidade primordial sobre os seus filhos, sujeita aos melhores interesses da criança (bom-trato vs. mau-trato); (iii) basearem-se no envolvimento igual de ambos os pais e respeitarem a sua complementaridade; (iv) reconhecer a diversidade dos tipos de parentalidade e de situações parentais e adotar uma perspetiva pluralista; (v) reconhecer as potencialidades dos progenitores, colocando uma prioridade particular no uso de incentivos (conforme, VASCONCELOS, Ana. Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 503).

⁸ E estudos recentes apontam que as crianças que não convivem regularmente com ambos os progenitores têm mais problemas psicossomáticos, conforme refere FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 99 e ss.

⁹ “Com efeito, limitar os tempos de permanência com cada um dos progenitores implica que os momentos de intimidade, de interação, de partilha, de risos e de mimos não sejam realizados de forma rotineira e habitual por um dos progenitores, designadamente as refeições, o banho, a escolha da roupa, ler uma história ao adormecer, aconchegar o cobertor à noite, ir levar e buscar à escola, conhecer os amigos e os professores, acarinhar nos momentos de doença, cozinhar juntos, fazer os trabalhos escolares, fazer compras ou estarem juntos em actividades espontâneas e não programadas, momentos únicos a que nenhum dos progenitores deve renunciar” (FIALHO, António. Residência alternada - visões de outras paragens. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, pp. 287/288).

transformar num *amiguinho* que satisfaz todos os caprichos do filho, uma espécie de *complexo de Disneylândia* em que nos poucos dias em que aquele homem convive com os filhos se demite das suas obrigações (o que, conseqüentemente, provoca ou agudiza conflitos com a anterior parceira). O que é especialmente pernicioso porquanto, durante o crescimento, a criança precisa de pais com quem deve construir bases sólidas de comunicação que permitam desenvolver a confiança ontológica, numa dialética democrática, sem demasiadas restrições, mas, sem esquecer a noção de autoridade, porquanto, no processo de crescimento, pais e filhos não ocupam o mesmo patamar, porque aqueles têm a obrigação de zelar por estes e a democracia de emoções não implica a falta de disciplina ou a ausência de respeito. A vida encarregar-se-á de lhes trazer amigos: em casa as crianças necessitam de ter pais, porque, nas sábias palavras de Joan Miró “ser criança é isto, nada mais que isto: ter pais, ser filho em todos os sentidos”. Adicionalmente e ainda mais pernicioso, as visitas esporádicas ao progenitor promove um enfraquecimento dos laços afetivos¹⁰, porque a afetividade não nasce espontaneamente e precisa de ser construída, porquanto como na alegoria da rosa, *só nos tornamos eternamente responsáveis por aquilo que cativamos*.

2. Primeira parte da análise à norma posta: a autoridade parental

Pela sua enorme pertinência, trazemos à colação a norma legal (artigo 1906.º do Código Civil), com negritos que denunciam as nossas perplexidades.

1 - As **responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho** são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2 - Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas **às questões de particular importância para a vida do filho** for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

3 - O exercício das responsabilidades parentais relativas aos **actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente**; porém, este último, 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 - O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode **exercê-las por si ou delegar o seu exercício**.

¹⁰ Sobre a pertinência dos afetos no Direito da Família coevo, vide OLIVEIRA, Guilherme de. *O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza*. Lex Familiae -Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º 10 – Jul. Dez. 2008. Coimbra, pp. 5-16.

- 5 - O tribunal **determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste**, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.
- 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.
- 7 - Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o **direito de ser informado** sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.
- 8 - **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.
- 9 - **O tribunal procede à audição da criança**, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Ab initio, como desde há muito que reclamamos, há uma enorme incoerência na epígrafe (*exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento*), que ignora a circunstância cada vez mais recorrente da rutura de uma união de facto em que existe descendência comum [e não precisamos das ciências duras nem das estatísticas para afirmar que são situações muito mais recorrentes do que as declarações de nulidade ou anulação de um casamento].

Uma segunda nota inicial para enfatizar a nossa perplexidade por, mesmo após o artigo ter tido cinco diferentes versões, o legislador persistir no erro de continuar a misturar o que é imprescindível distinguir¹¹. Com efeito, autoridade parental (ou, responsabilidade parental como é o seu *nomem iurus*) e residência da criança são heterogéneas realidades que exigiam tratamento autónomo para impedir miscigenação de Institutos que são independentes.

Brevitatis causa, por autoridade parental¹² devemos entender quem decide sobre questões relacionadas com a vida das crianças e por residência do filho a resposta à tautológica questão, com quem reside a criança. Instar em tratar conjuntamente realidades diferentes convida-nos ao silogismo errado de que se a criança reside com um dos

¹¹ Com consequências para o tratamento doutrinal e jurisprudencial. Como nós, LEAL, Ana Teresa. A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 372).

¹² O legislador aqui confunde a maioria das árvores com a totalidade da floresta e parece ignorar que as responsabilidades parentais podem recair sobre pessoa diferente dos pais, como, v.g., no apadrinhamento civil.

progenitores é este quem tem a legitimidade para decidir sobre as questões mais relevantes do devir dos filhos. O que é exato contrário do regime legal coevo.

Dessarte, como resulta do número inicial do artigo, *as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio*¹³, salvo em situações de manifesta urgência, e, apenas excecionalmente, se poderá atribuir em exclusivo a um dos progenitores esta prerrogativa¹⁴. Com efeito, a presunção de que o exercício em comum da autoridade parental é ilidível, mas restritamente, como resultado do disposto no número dois, que determina que apenas *quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores*¹⁵. Sublinhamos: a regra é o exercício em comum da autoridade parental e a exceção o exercício singular, sendo que tal apenas é admissível por decisão judicial, devidamente fundamentada, tendo por paradigma o superior interesse da criança, mormente, quando o exercício comum atentar contra o interesse daquela criança, *verbi gratia*, se um dos progenitores for considerado

¹³ Não podemos dissociar a opção legislativa de uma filosofia que “tenta desdramatizar completamente a situação de divórcio, afirmando que a dissolução do casamento não muda em nada a matéria de exercício das responsabilidades parentais” (PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e Ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf, p.9).

¹⁴ Lapidares são os 16 argumentos elencados por Eward KRUK para defender o exercício em comum das responsabilidades parentais: preserva a relação da criança com ambos os pais; preserva a relação dos pais com a criança; diminui o conflito parental e previne a violência na família; respeita as preferências da criança e a opinião da mesma acerca das suas necessidades e superior interesse; respeita as preferências dos pais e a opinião dos mesmos acerca das necessidades e superior interesse da criança; reflete o esquema de cuidados parentais praticado antes do divórcio; potencia a qualidade da relação progenitor-criança; reduz a atenção parental centrada na «matematização do tempo» e diminui a litigância; incentiva a negociação e a mediação interparental e o desenvolvimento de acordos do exercício das responsabilidades parentais; proporciona *guidelines* claras e consistentes para a tomada de decisão judicial; reduz o risco e a incidência da «alienação parental»; permite a execução dos regimes de exercício das responsabilidades parentais, pela maior probabilidade de cumprimento voluntário pelos pais; considera os imperativos de justiça social relativos à protecção dos direitos da criança; considera os imperativos de justiça social relativos à autoridade parental, à autonomia, igualdade, direitos e responsabilidades; o modelo “interesse superior da criança/guarda e exercício unilateral” não tem suporte empírico; a presunção legal de igualdade na guarda e exercício das responsabilidades parentais tem suporte empírico” (KRUK, Eward. Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody. The American Journal of Family Therapy. V. 40, Issue 1, (2012), pp. 33-55)

¹⁵ Sendo que o legislador enumera que *considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou, b) estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.* (art. 1906.º-A).

inapto para o exercício da autoridade¹⁶ ou demonstrar não o desejar fazer (que pode qualificar-se como uma manifestação de inaptidão).

Numa sociedade em que se exige que as famílias sejam democráticas, pluralistas e inclusivas, importa não descurar a etimologia (porque as palavras têm significado, mas também têm significante) pelo que subscrevemos integralmente a premissa de que ambos os pais devem exercer a sua *auctoritas* sobre a criança independentemente de esta residir com ambos, apenas com um deles, ou partilhar a residência de cada um deles.

Uma terceira nota crítica relaciona-se com os conceitos de *questões de particular importância para a vida do filho e actos da vida corrente do filho*: cientes de que de acordo com os cânones o legislador deve abster-se de definir e que a densificação dos conceitos é uma missão da doutrina, também não podemos ignorar que o destinatário da norma não é o jurista erudito, mas o cidadão comum que, para cumprir a norma, deverá primeiro conseguir compreendê-la. Dessarte, o legislador reiteradamente esquece-se que legisla para o *povo*, não para uma amálgama elitista de insígnies juristas, devendo em cada norma jurídica o seu criador ter presente o aforismo de JHERING “o legislador deve pensar como um filósofo, mas falar como um camponês”¹⁷. Sejam assertivos: se para o jurista letrado nestas temáticas distinguir questões de particular importância de atos correntes da vida do menor é amiúde um *trabalho de Sísifo*, teria sido desejável o legislador oferecer uma enumeração, ainda que exemplificativa, para desocultar a querela.

Perante a omissão do legislador, também nós arriscamos elencar um catálogo das questões de particular importância, tendo por paradigma o contributo da jurisprudência e da doutrina de mais alto coturno [*porque vê mais longe quem caminha nos ombros dos gigantes*].

Assim, *inter alia*, são questões de particular importância: (i) a decisão sobre intervenções cirúrgicas que impliquem risco para a vida ou integridade física da criança (incluindo as estéticas); (ii) a prática de atividades desportivas que impliquem risco para a vida, saúde ou integridade física da criança; (iii) a escolha de ensino oficial ou particular para a escolaridade do filho; (iv) a mudança de residência relevante; (v) a educação religiosa do filho, até aos dezasseis anos; (vi) as decisões de administração que envolvam onerações ou alienações de bens ou direitos da criança; (vii) a participação em programas

¹⁶ Conforme o disposto no art. 1915.º do Código Civil, que está em linha com o estatuído no n.6 do art. 36.º da CRP.

¹⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.164.

de televisão e/ou outros espetáculos; (viii) as viagens para o estrangeiro; (ix) a perfilhação; (x) a propositura de ação ou apresentação de queixa- crime, em representação do filho menor; (xi) a obtenção da licença de condução de ciclomotores e de carta de condução de motociclos de cilindrada não superior a 125 cm³; (xii) - o exercício de uma atividade laboral por parte da criança ou adolescente; (xiii) - a celebração de casamento aos dezasseis anos; (xiv) - a interrupção da gravidez até aos dezasseis anos; (xv) - a escolha do nome a atribuir à criança; (xvi) - as decisões que envolvam questões de disciplina grave relativos à criança ou adolescente, nomeadamente aquelas que possam implicar a aplicação de medida educativa disciplinar sancionatória; (xvii) - a escolha da naturalidade (artigo 101.o, n.º 2 do Código de Registo Civil).

Com base no elenco e por exclusão de partes, são decisões relacionadas com atos correntes da vida do menor, passíveis de serem definidas como as orientações educativas não existenciais, *inter alia*, questões disciplinares ligeiras, a ocupação de tempos livres, a gestão dos horários de dormir e das refeições, deliberações sobre a higiene diária, consultas médicas de rotina, os contactos sociais e a utilização dos dispositivos eletrónicos e outras questões triviais do quotidiano.

Mas, se o elenco aparentemente permite densificar o conceito, estamos cientes que existe uma imensa neblina *turneriana* quando saímos da abstração e procuramos subsumir os conceitos aos casos concretos. Assim, *v.g.*, se existe um consenso em considerar a autorização para a prática de atividades desportivas que impliquem risco para a vida, saúde ou integridade física da criança é uma prerrogativa de ambos os progenitores, a determinação de quais são estas atividades implicam aqueles riscos é algo ferido de subjetividade e que amiúde digladia os progenitores. E, *mutatis mutandis*, para muitas das questões supra referidas.

A estas aporias, acrescem outras: a participação dos menores nas redes sociais, a utilização dos pelos pais da imagem dos filhos nas suas próprias redes sociais, a preferência por uma dieta mediterrânea ou o vegetarianismo ou uma alimentação com base em *fast food* e a atualíssima questão da vacinação covid (ou a vacinação em si mesma), suscitam mais dúvidas do que certezas.

3. Segunda parte da análise à norma posta: a residência do menor

Começamos este segundo momento com um elogio ao legislador que assertivamente utiliza a denominação que nos parece mais adequada: residência do

menor. Dessarte, insistir no anacrônico conceito de guarda¹⁸, como se a criança fosse um objeto passível de depósito ou recorrer a eufemismos como a custódia da criança¹⁹ é arcaico e destoante com a neorealidade das relações paternofiliais, e convida a errôneas e retrógradas interpretações. Com efeito, nos escombros da relação da qual nasceu uma criança, tantas vezes desejada e celebrada, concebida com e por amor, quando os progenitores seguem por diferentes caminhos, a questão que deve colocar-se não é quem vai ficar com a criança (que nos remete para a posse), mas onde a criança vai residir e como vamos garantir que ambos os progenitores mantenham uma sólida relação de parentalidade com a criança.

Quando convocamos a história, mesmo a mais recente, constatamos que tradicionalmente a criança era atribuída à mãe²⁰, o que era interpretado como um privilégio feminino, que mais não fazia do que perpetuar estereótipos reacionários e retrógrados de que o papel da mulher se cinge à maternidade e ao cuidado do lar. Efetivamente, a alegada preferência maternal, tendo por premissa o senso comum de que as crianças devem ficar ao cuidado da mãe tendo por substrato a especial relação que nasce com a maternidade, foi assertivamente criticada pelo movimento feminista dos anos setenta, sobejando fortes e fundadas razões para a crítica. Desde logo, como já mencionámos, esta prática enfatizava o preconceito de que a função primordial da mulher era a maternidade, com nefastas consequências para a sua inserção na sociedade e no mercado de trabalho, mormente mais qualificado, como incrementava a censura social sobre a *mãe a quem lhe retiraram os filhos*.

Adicionalmente, num contexto de baixos salários (e de muitos incumprimentos), a pensão de alimentos é quase sempre muito inferior ao ressarcimento das despesas essenciais da criança, pelo que este modelo era o responsável pelo incremento do empobrecimento feminino, sendo inegável que muitas das pensões eram (e são) insuficientes para custear o *preço das fraldas*²¹.

¹⁸ Escrevemo-lo cientes de que os eruditos vão argumentar que na hermenêutica jurídica a locução guarda tem um sentido diferente, mas importa nunca esquecer que os destinatários das normas são os cidadãos, não os eruditos da ciência jurídica. Mas, importa recordar, que desde a revisão de 2008 que expressões como “guarda” e “confiança” ficaram reservadas para as situações em que a criança é entregue a terceira pessoa ou institucionalizada.

¹⁹ E aqui fazemos um *mea culpa*, porque no passado partilhámos dessa ilusão.

²⁰ Como, inter alia, decorria do no n.º 2 do art. 1911º, do Código Civil, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 496/77 de 25 de novembro.

²¹ Semelhantemente, recorrendo ao argumento para defender a residência alternada, alega-se que “numa sociedade em que os montantes das pensões de alimentos são tradicionalmente baixos, ou seja, abaixo das reais necessidades das crianças, permite atenuar os efeitos decorrentes da denominada “feminização da pobreza nas famílias monoparentais” ao garantir uma distribuição tendencialmente igualitária dos tempos

Em diferente perspectiva, se olharmos a querela pela perspectiva da paternidade, não apenas é axiomática a desproteção dos legítimos direitos dos pais, a quem era sonogado o exercício da parentalidade, como, o decrépito modelo do *fim-de-semana a cada quinze dias*, com *nomen iuris* direitos de visita²², transformava o pai num “conhecido” a quem os filhos visitavam duas vezes por mês, convidando-o a abdicar do exercício efetivo da paternidade, transmutando-se num quase estranho sempre disposto a sufragar os caprichos infantis, desresponsabilizado pelo devir educacional da criança (o que, tantas vezes, incrementava os conflitos com o outro progenitor).

4. Os modelos de residência

Finda a relação, existem três diferentes caminhos a trilhar, no que à residência dos filhos concerne: (i) a residência única, exclusiva ou unilateral, a (ii) residência alternada e a (iii) residência alternada dos progenitores.

Com *data maxima venia* do leitor, iniciamos com uma conclusão: nenhum dos modelos é perfeito e imaculado, sendo possível encontrar em todos eles imponentes lacunas e falhas, com nefastas consequências para as crianças, porque apenas por retórica desculpante podemos alegar que os filhos passam incólumes pelo divórcio dos pais. Dessarte, o ideal, era os pais continuarem a amar-se e respeitarem-se mutuamente para a criança crescer com a maior estabilidade e previsibilidade possível. Mas, como nos ensinou Pessoa, *adoramos a perfeição, porque não a podemos ter; repugna-la-íamos se a tivéssemos. O perfeito é o desumano porque o humano é imperfeito. In casu*, no rescaldo de um casamento ou de uma união de facto, em que existem filhos, quando os pais decidem percorrer diferentes trilhos, é necessário debater o devir das crianças porque, tal como no *Julgamento de Salomão*, não podemos dividir a criança em duas.

Sublinhada esta circunstância, que é premissa para as nossas reflexões, enfatizamos que inexistem modelos ideais que possamos recorrer como paradigma, pelo que, *a quaestio iuris* é indagar, perante aquela criança concreta, qual o modelo de

da criança e da assunção de encargos por ambos os progenitores” (FIALHO, António. Residência alternada - visões de outras paragens. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 270).

²² A nomenclatura é obscena; preferimos convivência familiar, como sugere ROSA, Conrado Paulino. *Curso de Direito da Família Contemporâneo*. 5.ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, p. 477.

residência menos penalizador para o seu desenvolvimento integral. Sublimamos este ponto, porquanto é inquietante constatar, entre a doutrina de mais alto coturno e a mais egrégia jurisprudência, um lamentável fundamentalismo, quase uma tabernização do Direito, num maniqueísmo absurdo, no qual se procuram pré-determinar modelos tidos por vinculativos, no que ao destino das crianças diz respeito, ignorando que o Direito não se compadece com fórmulas matemáticas imbuídas de pseudociência, determinadas por pré-conceitos e preconceitos.

De regresso à nossa rota, inobstante alguns sopros de modernidade, a tradição ainda é o que era, sendo que o modelo da **residência única**, em que a criança fica a residir com a mãe, ainda é o modelo dominante (ainda que sem o carácter majestático do passado).

A busca pela isonomia de género ainda é uma quimera e nas entrelinhas do discurso politicamente correto ainda se considera que o cuidado com as crianças é uma missão predominantemente feminina²³, pelo que, no rescaldo da relação, troco de uma mísera pensão de alimentos que a condena a mulher ao empobrecimento [e aos desgastes emocional e pessoal], onera-se a mãe com a obrigação de cuidar dos filhos e cumprir todas as suas heterogéneas necessidades.

No que concerne ao pai, como já deixámos escrito, reserva-se-lhe o discreto papel de um visitante, onde os filhos pernoitam duas vezes por mês [sempre que este não refaz a sua vida e renuncia aos seus direitos e deveres de visita e desaparece da vida dos filhos, que amiudadamente ficam à janela, tal como *no quadro de Dalí*, à espera de um pai que já não vem], e rapidamente se torna um quase estranho na vida dos filhos, com pretensões a ser um amigo dos filhos, abdicando do exercício da sua autoridade para sucumbir a todos os seus irracionais caprichos.

Recorde-se que a proposição de que a criança deveria ser atribuída à mãe é credora de um tempo em que, por força da divisão sexual do trabalho, a mulher era formatada para se realizar enquanto esposa e mãe²⁴, pelo que, importa enfatizar, o critério de

²³ O que fica escrito pode ser confirmado pelos estudos de WALL, Karin. Modos de Guarda das Crianças nas Famílias Portuguesas. [Em linha]. Lisboa: “Associação Portuguesa de Sociologia”. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: http://www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR462e00f42e652_1.PDF.

²⁴ Sendo que, ainda hoje continua a ser verdade que “para o senso comum do cidadão em geral e, até mesmo de alguns advogados, juizes, defensores públicos e promotores de justiça, as crianças, nas hipóteses de separação, devem ficar sob os cuidados diretos da mãe. Para muitas pessoas seria um contra-senso imaginar que melhor cuidador seria o pai, pelo facto da mãe gerar a criança e mesmo não a gerando pelo enraizamento

preferência maternal não é um benefício que se atribui às mulheres. como bem sublinhou algum pensamento feminista, nos anos setenta²⁵, e, subjacente à narrativa de que as crianças ficam melhor a mãe, está implícito o pensamento machista de que o lugar das mulheres é *perto tanque e do fogão*.

Por seu turno, por **residência alternada** devemos entender a circunstância, cada vez mais trivial, de, aquando da rutura da relação afetiva, a criança partilhar a residência de cada um dos progenitores, em semelhantes períodos de tempo. Neste modelo, a criança tem dois domicílios, a casa de cada um dos progenitores (em regra, uma ou duas semanas em cada uma²⁶) e vive entre ambas. “Deste modo a criança tem dois espaços físicos a que chama casa e tem o pai e a mãe, em doses reduzidas de tempo, é certo, mas emocionalmente por inteiro”²⁷.

Ultrapassando dúvidas doutrinárias, a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, determinou 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, esclarecendo o sentido que já perfilhávamos*.

Importa não confundir residência alternada com guarda alternada, na qual “cada progenitor decide, à sua maneira, por sua iniciativa e independentemente do outro, o que será melhor para o filho durante esse período em que possui a guarda do menor. Tudo se passa de acordo com a vontade de um só dos progenitores durante esse período de tempo

cultural existente que diz ser a mulher talhada para o cuidado das crianças, para acalantar, acalmar e melhor amparar uma criança” (VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FERREIRA, Nuno. A Guarda Conjunta: Notas Comparativas sobre as Soluções Legais em Vigor na União Europeia e no Brasil. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, 4, n.7 (2007), p. 89).

²⁵ Conforme recorda SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio*. 5.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 50.

²⁶ Abstratamente são possíveis diferentes periodicidades, desde a diária à anual, passando pela mensal, mas, as mesmas parecem-nos menos compatíveis com o bem jurídico que pretendemos tutelar. Inobstante, a nossa jurisprudência, em casos de uma elevada distância geográfica dos progenitores, já decretou a residência alternada por períodos de um ano, como recorda LEAL, Ana Teresa. *A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”*, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 380.

²⁷ FREITAS, Cidalina. *Notas soltas sobre a residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”*, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 297.

em que o menor está à sua guarda. Em que um só dos progenitores concentra a autoridade parental e exerce, em pleno, o poder de decisão”²⁸. Porque a guarda alternada, no sentido da definição, é inadmissível e incompatível com os superiores interesses de uma criança, que não pode ser compulsada a viver com diferentes estilos de vida de acordo com os caprichos parentais. Com efeito, a criança, para se tornar um adulto saudável, precisa de estabilidade e de rotinas, pelo que é imperativo que os pais façam um esforço (ou, sem eufemismos, que exerçam a parentalidade) para permitir a normalidade possível na atipicidade do regime escolhido.

Os detratores do modelo da residência alternada têm defendido que esta “compromete o equilíbrio da criança, a estabilidade do seu quadro de vida²⁹ e a continuidade e unidade da sua educação, acarretando para a criança graves inconvenientes, pela instabilidade que cria nas suas condições de vida e pelas separações repetidas relativamente a cada um dos seus pais, determinadas pela constante mudança de residência, concluindo, assim, que esta forma de guarda traduz “um sistema salomónico que, repartindo a criança entre ambos os pais como se de um objeto se tratasse, satisfaz os interesses dos pais, sacrificando o dos filhos”³⁰. Lapidares nesse sentido são as palavras da Desembargadora Dina Monteiro, que defendia a impossibilidade legal deste regime, alegando que a “lei não contém qualquer disposição que permita a guarda alternada, sendo certo que se entende que tal solução sempre contendaria com os interesses do menor, impedindo-o de estabelecer qual é a sua casa, o seu lar e/ou o seu centro de vida”³¹. Adicionalmente, nas palavras dos críticos, este modelo parece privilegiar os interesses dos pais em detrimento do interesse dos filhos, ocorrendo praticamente uma divisão da criança e uma

²⁸ Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-06-2012, disponível em www.dgsi.pt. Com efeito, “a Residência Alternada não pode ser um acto de egocentrismo dos progenitores face à ruptura conjugal mas, sempre, ser uma forma de reorganização familiar a partir de um modelo de estrutura familiar que foi perdido mas que se quer preservar, no seu valor afectivo e educativo, agora com outros modos práticos” (VASCONCELOS, Ana. Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 504).

²⁹ Em sentido contrário, convocando a psicologia, pronuncia-se LEAL, Ana Teresa. A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 376.

²⁹ FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 96, em diálogo com Clara Sottomayor.

³⁰ FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 96, em diálogo com Clara Sottomayor.

³¹ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6/02/2007, proferido no processo n.º 705/2007-7, disponível em www.dgsi.pt.

ambivalência afetiva, é prejudicial para a consolidação dos hábitos, valores, padrão e formação da personalidade da criança, contradizendo o princípio da continuidade no lar e ainda é suscetível de provocar na criança instabilidade emocional e psíquica³².

A reprovação é pertinente e não pode ser afastada acriticamente. Os adultos podem debitar a narrativa desculpante de que o divórcio poderá ser o melhor para a criança³³ (e, admitimos que por vezes é a melhor opção, para impedir que as crianças sejam testemunhas da *Guernica* conjugal) mas a residência alternada não é o imaculado *jardim do éden*. Dessarte, o universo da criança vai repartir-se entre duas casas, os seus pertences ficam divididos, e a sensação de *caixeiros-viajante* é omnipresente e traduz-se nas constantes malas e mochilas que as acompanham (até porque o nosso sistema educativo insiste em obrigar as crianças a carregar diariamente para a escola uma dezena de quilogramas em livros e cadernos), provocando instabilidade no devir dos petizes. Acresce que, por maior que seja o empenho dos pais, é insofismável que a criança vai vivenciar diferentes rotinas e estilos de vida³⁴. Alega-se ainda que “este regime cria no menor uma fantasia de reconciliação, impedindo que este se adapte à situação de divórcio

³² Conforme sublinha, FIALHO, António. Residência alternada - visões de outras paragens. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 270.

³³ A tese da “criança feliz, porque livre de um casamento infeliz”, para a qual “é irrelevante que os pais estejam casados e juntos; uma ligação conjugal, formal, entre os progenitores pouco diz sobre a qualidade de vida do filho; o que importa é o *ambiente do lar*; havendo tensão entre progenitores casados, é preferível que eles se separem ou divorciem, para que a criança tenha uma existência quotidiana tranquila” como recorda PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e Ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf, p. 9.

³⁴ Num sentido de que esta vicissitude não é forçosamente problemática, alega-se que “haverá sempre pequenas diferenças na rotina e em algumas das regras que cada um dos pais incute no menor, é impossível de evitar, mas isso não é necessariamente negativo. O crescimento de uma criança passa também por aprender a gerir essas diferenças, que sempre existiriam, caso os pais permanecessem juntos. É a eterna história do “mau polícia” e “bom polícia” que existe em todos os casais, pois há sempre um progenitor mais permissivo e outro mais regulador. Quando os pais se separam, as diferenças podem ser exacerbadas e criar discrepâncias muito grandes, mas esse uso “patológico” das diferenças educativas entre os progenitores também é usado pelos pais noutros tipos de organização familiar existentes após a separação” (FREITAS, Cidalina. Notas soltas sobre a residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 299)

ou de separação”³⁵, mas não conseguimos imputar esta circunstância a um modelo específico de residência do menor.

Mas, sendo axiomático o que fica escrito, não foi uma serendipidade que o símbolo da justiça seja uma deusa que segura na mão uma balança (e, de preferência, com os olhos bem abertos, como a deusa grega *Diké*) para sopesar o direito. Porque, se num prato da balança devemos pesar a pluralidade de inconiventes para a criança de se repartir entre duas residências, no outro lado mesurar os constrangimentos de perder a fruição de uma relação privilegiada com um dos progenitores.

Por fim, uma nota breve (ainda assim mais extensa do que a sua importância) para a designada **residência alternada dos progenitores** (*bird's nest arrangement*), que se caracteriza por o menor permanecer na sua residência, sendo os progenitores que vão alternar de casa. Este modelo tem sido experimentado, sobretudo nos EUA³⁶, mormente enquanto solução provisória, e incorpora uma utopia distópica cuja benignidade é apenas aparente. Destarte, se a filosofia subjacente ao mesmo parece merecer enfático aplauso, porquanto procura obstar aos indesmentíveis inconvenientes de a criança mudar regularmente de residência, com todos os constrangimentos decorrentes de viver com a *casa às costas* e as omnipresentes mudanças de rotinas, parece-nos insofismável que o modelo apenas é viável por um curto período de tempo, nomeadamente quando existe, por parte de um ou de ambas, expectativas de retomar a vida conjugal. Sem eufemismos: não é plausível nem saudável, que os pais abdicuem da sua identidade para viver exclusivamente em função das aparentes necessidades dos filhos. Mais. A estabilidade emocional dos pais é determinante para o desenvolvimento integral dos seus filhos. Por tudo, parece-nos que se esta modalidade é exequível por semanas ou mesmo alguns poucos meses, mas bastará que o primeiro dos progenitores reconstrua o seu universo afetivo para descambar a viabilidade do modelo. Adicionalmente, uma nota pragmática: num país de baixos salários em que amiúde o divórcio condena os ex-cônjuges à *pobreza*

³⁵ FERNANDES, Magda e OLIVEIRA, Irene. Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais. *Julgar*, 2020, p. 12.

³⁶ Para mais desenvolvimentos, vide LEHTME, Rafaela, TOROS, Karmen. Child. Centred Approach to Shared Parenting: Parents' Experiences with Bird's Nest Parenting Arrangement. *Child Adolesc Soc Work J* (2022).

*de pedir*³⁷ é uma quimera acreditar que os pais têm capacidade económica para custear a casa em que reside a criança e as casas em que cada um deles irá residir quando não estão com o filho³⁸.

5. A residência alternada como paradigma

Prima facie, coloca-se uma questão prévia que é prejudicial: a regulação da autoridade parental é uma querela intrínseca à vida familiar e deverá ser resolvida na intimidade do casal, em decorrência do primado da autonomia da vida privada³⁹ ou, pelo contrário, porque existem crianças carentes de amparo e proteção, dada as suas incapacidades naturais, o seu destino tem um relevantíssimo interesse público, pelo que o Estado deverá obrigatoriamente intervir, convocando para si a regulação da autoridade parental?

Se num primeiro instinto temos a tentação de subsumir a questão ao primado da autonomia da vida familiar, valor axiológico constitucionalmente protegido, porquanto o legislador constitucional fez escolhas e ignorou Platão⁴⁰, tendo optado por um modelo da criança na família no qual *os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial* (art. 36.º, da CRP), reconhecendo *que os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país* (art. 68.º, da CRP), importa recordar que amiúde nos escombros de uma relação afetiva, os progenitores não têm inteligência emocional para ab-rogar divergências e centrar as suas preocupações nos superiores interesses dos filhos,

³⁷ A referência à obra de Raul Brandão é propositada.

³⁸ Para que as nossas palavras não fiquem isoladas convocamos outras: “a cessação de uma economia doméstica comum importa, tendencialmente, um agravamento das despesas e aos progenitores é exigido um maior esforço económico para poderem manter, agora cada um por si, a sua casa e prover ao sustento dos filhos” (LEAL, Ana Teresa. A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 380).

³⁹ Assim, v.g., FIALHO, António. Residência alternada - visões de outras paragens. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: EJ, p. 288.

⁴⁰ Platão defendeu na *República* o modelo da criança na comunidade, a comunhão de esposas e filhos, na qual “todas as mulheres serão comuns a todos os homens, e nenhuma coabitará em particular com nenhum deles; e, por sua vez, os filhos serão comuns, e nem os pais saberão quem são os seus próprios filhos, nem os filhos os pais” (parágrafo 457 c-d, da República).

A opção do filósofo grego inusitado para os nossos valores morais, visava alcançar a verdadeira igualdade de oportunidade e permitir que exista uma real meritocracia.

como, quotidianamente, somos confrontados nas ruas das nossas cidades e nos átrios dos nossos tribunais [e, tantas vezes, nas esquadras de polícia], onde se cruzam-se casais desavindos que perderam o norte e se esqueceram que são pais.

Por esse facto, sustentamos que existem ponderosos valores ordem pública, pelo que o Estado não pode plagiar *Pôncio Pilates e lavar as mãos* perante a infelicidade dos petizes, arrastados para uma guerra onde se mesuram caprichos parentais e se ignora o superior interesse dos filhos.

Consequentemente, defendemos que, dada a natureza e importância dos valores *sub judice*, a regulação da autoridade parental deverá obrigatoriamente passar pelo crivo estatal e não pode continuar a ser interpretada como um contrato entre os pais, porque é inaceitável transformar a criança em objeto negocial. Até porque, urge compreender que não estamos perante uma dialética, mas uma tríade, em que aos direitos e legítimos interesses dos pais se confrontam com as expetativas das mães, sendo que as pretensões jurídicas dos progenitores muitas vezes não são compatíveis com o superior interesse da criança. Por isso mesmo, e simplificando através do recurso a um exemplo, o alpinista de que fala CARNELUTTI, para que as nossas palavras não habitem um vácuo abstrato, no processo judicial em que se define o devir de uma criança devem coexistir com os advogados que representam cada um dos pais, um advogado que represente a criança com a exclusiva missão de realizar a tarefa que amiúde os pais se esquecem: defender os legítimos interesses e necessidades dos filhos do divórcio.

O que subscrevemos tem abscondido uma outra posição que há muito assumimos: a regulação da autoridade parental deverá sempre passar por um processo judicial⁴¹, porque só assim é possível determinar se o seu interesse está devidamente protegido, porque a desjudicialização não pode sobrepor-se ao superior interesse da criança⁴².

⁴¹ Ou, pelo menos, a obrigatoriedade de um mediador.

⁴² Efetivamente, o que hoje temos é um simulacro de supervisão público; sendo certo que a lei exige que, num processo de divórcio (e apenas neste), o acordo sobre a regulação da autoridade parental, entregue na Conservatória do Registo Civil, passe obrigatoriamente passa pelo crivo do Ministério Público para acautelar a sua conformidade com o superior interesse da criança, esta vinculação é um formalismo estéril, uma falsa sensação de proteção, conforme reconhecem os próprios operadores judiciários. Assim, “a apreciação feita pelo Ministério Público do acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais quando lhe é apresentado o processo da Conservatória reveste-se, na maioria das situações, de um carácter meramente formal. Os escassos elementos que, por regra, fluem do processo de divórcio e do próprio acordo apresentado é disso determinante, o que leva a que, na esmagadora maioria das situações, a apreciação se limite à verificação dos pressupostos legais e à confirmação se o acordo contempla as

Enfatizamos esta premissa, porque somos descrente de que muitos acordos de regulação das responsabilidades parentais reflitam a real vontade das partes, porquanto, como é consabido, nos destroços do casamento há uma seara farta para ocorrerem abusos e aproveitamentos, por parte do cônjuge com posição dominante, usando a sua ascendência emocional e económica sobre o outro, para o pressionar e chantagear, o que pode determinar a aceitação, pelo cônjuge em posição mais fragilizada, de determinadas condições leoninas, apenas entendíveis à luz do desarranjo emocional coevo ao processo de rutura afetiva, pelo que, a vontade expressa não é livre nem esclarecida.

Assim e sendo insofismável que a pós-modernidade ainda tarde em chegar ao lar conjugal e como Sophia nos ensinou *a mulher ainda continua a viver na cidade dos homens*, paulatinamente perdidos entre a falocracia reinante, tantas vezes dissimulada por micromachismo, há homens que sentem que a sua missão é mudar as fraldas dos filhos, levá-los à escola, apoiá-los na doença, partilhar os seus hobbies. Homens que, no fim da conjugalidade, lutam por manter imaculada a paternidade e têm por desejo primordial ser uma referência presente na vida dos filhos⁴³ (porque se divorciaram da mulher e não das crianças). Consequentemente, nestes casos [e, enfático, nestes casos], seria inaceitável, aquando de uma rutura conjugal, negar-lhes o direito a continuar presente na vida filhos e, mais importante do que isso, é criminoso negar aos filhos o direito a um convívio privilegiado com os pais.

Consequentemente, saúda-se o legislador luso, que, em 1995⁴⁴, veio reconhecer aos pais [a estes pais!] a possibilidade de, por acordo⁴⁵, optarem pelo modelo da

vertentes do regime que se mostra imperativo regular” (LEAL, Ana Teresa. O Divórcio e as Responsabilidades Parentais. [Em Linha]. Lisboa: CEJ. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/O_divorcio.pdf, p. 172).

⁴³ Sobre a crucial importância do investimento parental para o processo evolutivo da espécie humana, vide FERREIRA, Ana Elisabete. Neuroética e Neurodireito: Pensar a Responsabilidade a Partir das Neurociências. Lisboa: Petrony Editora, 2020, p. 204.

⁴⁴ “Embora a lei de 1999 o tivesse instituído como regime regra, certo é que o facto de se exigir o acordo para o seu estabelecimento tornava o instituto quase inaplicável. Na realidade, estas alterações legislativas poucos reflexos práticos tiveram. As crianças continuaram a ser, na sua esmagadora maioria, entregues à mãe, cabendo a esta o exercício das responsabilidades parentais, e ao pai continuava reservado um papel secundário. A sua presença na vida dos filhos quase sempre se resumia a fins-de-semana de quinze em quinze dias” (LEAL, Ana Teresa. A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, pp. 370/371).

⁴⁵ Pronunciando-se em face do regime legal anterior, mas com uma pertinência que se mantém atual, afirma-se que é imprescindível a existência de acordo porque “o modelo da guarda conjunta supõe que, mesmo após o divórcio ou separação, o poder paternal seja exercido por ambos os progenitores tal como era durante a vida em comum, o que naturalmente exige acordos sucessivos e frequentes entre o pai e a mãe sobre os vários aspetos respeitantes à pessoa e bens do filho” (SIMÕES, Taborda, MARTINS, Rosa,

residência alternada, permitindo que o divórcio não furte aos filhos a possibilidade de manterem uma relação significativa com ambos os pais e, mais atualmente, possibilitar que a residência alternada seja decretada ainda que inexistente acordo entre os progenitores.

E, escrevemo-lo sem pejo, a residência alternada é, abstratamente, o modelo que melhor se adequa à evolução da sociedade, *de um país liberto, de uma vida limpa e de um tempo justo*⁴⁶ e que melhor responde aos desafios coevos da parentalidade, por ser aquele que permite às crianças e aos adolescentes conservarem uma relação de equilíbrio, proximidade e cumplicidade com ambos os pais⁴⁷ e com a família alargada, tantas vezes destruída pela norma posta e pelas correntes jurisprudenciais.

Com efeito, é hoje uma evidência científica (e escrevemo-lo cientes de que algumas certezas científicas do passado são atualmente dislates históricos) que o Homem é uma mistura da sua genética e da cultura em que está inserido, sendo esses os ingredientes da personalidade, a base da nossa identidade. Com efeito, uma criança não fala português ou mandarim por um desígnio genético, mas porque absorve o ambiente que a rodeia, pelo que, o facto de nascer em Portugal ou na China é determinante para determinar qual a sua língua materna, que pode ser diferente da língua preferencial dos seus pais; por outro lado, quer nasça em Portugal quer na China, vai trazer os traços fisiológicos dos seus progenitores.

Temos consciência que o que supra escrevemos podia ter saído da pena dos soldados que quiseram homenagear o *Senhor de La Palice*, mas parece-me importante o truísmo, porque, como ensinou Holmes, “precisamos de maior educação no respeitante

FORMOSINHO, M. D. Regulação do Exercício do Poder Paternal: Aspectos Jurídicos e Avaliação Psicológica. In: FONSECA, António Castro [et al]. Psicologia forense. Coimbra. Livraria Almedina, 2006, p. 504).

⁴⁶ As palavras são de Sophia de Mello Breyner Andresen, na sua "Geografia".

⁴⁷ Nesse sentido, encontramos a exposição de motivos do Projeto de Lei n. 509/X (Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio), “ponto nevrálgico é também, no entanto, aquele que se refere às consequências do divórcio sobretudo quando há filhos menores. Tendo como referente fundamental, neste plano, os direitos das crianças e os deveres dos pais, e assumindo a realidade da diferenciação clara entre relação conjugal e relação parental, o exercício das responsabilidades parentais deve ser estipulado de forma a que a criança possa manter relações afectivas profundas com o pai e com a mãe, bem como ser o alvo de cuidados e protecção por parte de ambos em ordem à salvaguarda do seu superior interesse”.

Este projeto de lei foi precedido de 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 (SALGADO, Catarina. A residência alternada: o melhor de dois mundos... ou nem opor isso... Jurismat, n.º 13 (2021), p. 142).

às coisas óbvias do que relativamente às obscuras”⁴⁸. Dessarte, se é um lugar-comum defender-se o direito ao conhecimento da origem genética, se é uma evidência que o mesmo se encontra protegido pelo manto constitucional sob o primado do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, nem sempre aplicamos a premissa e quando construímos o silogismo da regulação das responsabilidades parentais aceitamos acriticamente a solução de aquando do divórcio amputar um dos progenitores à criança.

Conforme alegam os sequazes deste modelo⁴⁹, não apenas “a residência alternada permitiria uma verdadeira cultura de partilha das responsabilidades parentais, permitindo uma manutenção de laços afetivos com ambos os progenitores, sem dar preferência a um deles em detrimento do outro e diminuindo a conflitualidade entre os progenitores, na medida em que ambos se sentem parte integrante na educação dos filhos”⁵⁰, como este é o regime mais consentâneo com o texto constitucional (mormente o primado da igualdade dos progenitores e princípio da inseparabilidade dos pais dos filhos), com a Convenção dos Direito da Criança cujo artigo 18.º estatui que *os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança*. Semelhantemente, mas de forma ainda mais enfática, a Resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa, sobre a igualdade e responsabilidade parental partilhada: o papel dos pais, recomendou aos estados a introdução *na sua legislação o princípio de 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*. Também os Princípios de Direito Europeu relativos às responsabilidades parentais abordam a possibilidade de a criança poder *residir alternadamente com os titulares das responsabilidades parentais mediante acordo aprovado por autoridade competente ou decisão de autoridade competente. A autoridade competente deve levar em consideração fatores como: a) a idade e a opinião da criança; b) A capacidade e a vontade dos titulares das responsabilidades parentais para cooperar uns com os outros em assuntos relativos*

⁴⁸ *Apud.* CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 43

⁴⁹ Semelhantemente, FERNANDES, Magda e OLIVEIRA, Irene. Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais. Julgar, 2020, p. 9.

⁵⁰ FERNANDES, Magda e OLIVEIRA, Irene. Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais. Julgar, 2020, p. 10.

à criança, bem como a sua situação pessoal; c) A distância entre as residências dos titulares da responsabilidade parental e à escola da criança⁵¹.

Adicionalmente [embora haja algum pudor em escrever o argumento] este modelo permite que cada um dos progenitores mantenha a sua individualidade, que tenha tempo para os seus desejos, paixões e obrigações, momentos pessoais de intimidade indispensáveis para que não sejam reduzidos ao estereótipo de pai ou mãe e possam continuar a ser Homens ou Mulheres.

Mas, o que fica escrito não significa aceitar este regime como regra ou paradigma, através de uma alteração à norma posta que estabeleça o princípio da residência alternada como preferencial⁵². Dessarte, não nos deixamos deslumbrar com modas, dogmas e lugares-comuns e, se reconhecemos os méritos da residência alternada, não escamoteamos que numa uma pletora de circunstâncias esta é proscrita. Sem preocupação de exaustividade [porque a imaginação da realidade sempre nos surpreende], este modelo é inadmissível, desde logo, quando (i) os progenitores vivem geograficamente afastados, (ii) existe um historial de violência doméstica ou conflitos graves entre os progenitores, (iii) um deles não tem estabilidade pessoal ou emocional, (iv) existe um histórico de negligência ou de comportamentos ou consumos aditivos que podem perigar o salutar desenvolvimento da criança, (v) a indisponibilidade pessoal de um deles ou, (vi) se os pais têm modelos educativos incompatíveis (não apenas diferentes, mas incompatíveis⁵³), ou ainda (vii) a tenra idade das crianças⁵⁴.

Com efeito, se a residência alternada tem inequívocas vantagens, só o *Cândido de Voltaire* poderia acreditar que este é um modelo imaculado, livre de todo e qualquer

⁵¹ Disponível em: <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>.

⁵² Conforme se pretendeu com o Projeto de Lei n.º 87/XIV/1.^a que visava estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para criança cujos pais e mães se encontrem em processo de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, estatuinto que o tribunal privilegia a residência alternada do filho com ambos os progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação de alimentos, sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes, tal corresponda ao superior interesse daquele.

⁵³ Semelhantemente, alega-se “a existência de uma diversidade acentuada no que respeita aos horários de refeição e às horas de sono é também um fator que desaconselha este regime, na medida em que essa diferença tenha repercussões nos hábitos alimentares, nas rotinas de sono e, por consequência, no rendimento escolar do menor” (FERNANDES, Magda e OLIVEIRA, Irene. Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais. Julgar, 2020, p. 12).

⁵⁴ Em sentido contrário, convocando os estudos de psiquiatras, pronuncia-se FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 99.

pecado. Com efeito, existem sólidas razões para arguir a atribuição da residência exclusiva. Desde logo, quando descemos da tecnocracia utópica para sentir o latejar da realidade, é axiomático reconhecer que a democracia ainda não penetrou na intimidade do lar e amiúde as principais responsabilidades parentais são exercidas exclusivamente pela mãe, que, deste modo, estabelece uma relação afetiva privilegiada com o filho, que não pode ser desprezada. Adicionalmente, concomitantemente com os homens que lutam por este modelo porque não se imaginam viver sem partilhar o quotidiano dos seus filhos, há aqueles outros que o requerem por mesquinhez, para melindrar a ex-companheira, para se evadirem da obrigação de prestar alimentos⁵⁵, como forma de manter a sua ascendência sobre o outro, ou mesmo para preservar um espaço privilegiado para abusar emocional ou sexualmente dos filhos.

Pelo que, reitero, a decisão sobre a atribuição da residência dos filhos aquando da rutura do relacionamento dos pais não pode ser tomada automaticamente com base em modismos e modelos predefinidos, desde logo porque é crucial *separar o trigo do joio* nas intenções parentais, o que é incompatível com a aceitação acrítica do Estado, que se limita a homologar um acordo, sem nunca interpretar a voz dos pais, e sem nunca escutar a voz das crianças⁵⁶.

Acresce que, se é evidente que o modelo da residência única se revelou “inadequado para proteger e promover o interesse da criança, designadamente o seu direito de crescer mantendo uma relação de proximidade com ambos os progenitores”⁵⁷, importa enfatizar que este não é um modelo único e homogéneo. Com efeito, não é inevitável atribuir a criança à mãe e condenar o pai a estar com os filhos duas vezes por mês, sendo plausível permitir ao progenitor não residente contactos regulares com a criança, v.g., pernoitar uma vez a meio da semana, possibilitando, deste modo, uma participação presente e ativa no devir dos seus filhos. Como o recurso à tecnologia não está destinada a afastar as pessoas, antes pode ser um meio privilegiado para as aproximar,

⁵⁵ Sendo que, recorde-se, a determinação da residência alternada não é incompatível com a fixação de uma pensão de alimentos.

⁵⁶ Como nós, SALGADO, Catarina. A regulação das responsabilidades parentais e a autonomia das crianças. *Jurismat*, n.º 15 (2022), p. 305. A imprescindibilidade de escutar as crianças também é sublimada pela pedopsiquiatria, v.g., VASCONCELOS, Ana. Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 504).

⁵⁷ SIMÕES, Taborda, MARTINS, Rosa, FORMOSINHO, M. D. Regulação do Exercício do Poder Paternal, cit., p. 503.

porque, da mesma forma “que as cartas de amor nunca impediram os amantes de se beijar”⁵⁸, a internet pode ser uma ferramenta para permitir uma presença mais próxima na vida dos filhos.

Por tudo, fomos e somos críticos em determinar um qualquer regime de residência como regra e escrevemos este texto porque não aceitamos que a residência alternada seja o paradigma. E, esclarecemos, só aparentemente é que existe incompatibilidade entre sustentar que a residência alternada é o regime mais adequado e criticar que este seja elevado a regime regra.

Dessarte, entendemos que o regime de residência do menor deverá ser determinado casuisticamente (“nem sempre nem nunca”⁵⁹), de forma multidisciplinar⁶⁰, com recurso a critérios negativos e positivos.

Assim, são critérios de exclusão, como já deixamos escrito, o afastamento geográfico entre as residências dos pais, um passado de violência doméstica, negligência ou a conflituosidade entre os progenitores, a indisponibilidade entre eles e quando existe uma discrepância entre os modelos educativos, *inter alia*.

Mas, como se indicie pelas nossas palavras anteriores, não nos parece que seja bastante a inexistência de critérios negativos para automaticamente decretar a residência alternada. Como em toda e qualquer decisão que envolve menores, deverá o julgador nortear-se pelo princípio do superior interesse daquela criança (não de uma qualquer criança em abstrato, mas daquela criança em concreto, tendo por premissa a sua ipseidade e idiossincrasia)⁶¹, e questionar se a residência partilhada está de acordo com este primado.

⁵⁸ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 129

⁵⁹ LEAL, Ana Teresa. A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 375.

⁶⁰ Nesse sentido, convocamos a psicologia: RIBEIRO, Catarina. Residência alternada. Uma perspectiva psicológica e desenvolvimental. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ, p. 452 2 ss.

⁶¹ Sendo que este critério deverá ser concatenado com a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro; a manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores; o favorecimento de amplas oportunidades de contacto com ambos os pais; e o favorecimento de partilha de responsabilidades entre os pais.

Desde logo, apenas quando existe uma sólida vinculação afetiva com ambos os progenitores, quando estes já partilhavam responsabilidades, é que a residência alternada deve ser decretada. Esta opção não pode “ser desligada dos movimentos sociais que têm acentuado o papel da afetividade na parentalidade, realçando que o vínculo que a criança estabelece com os seus cuidadores vai muito além da satisfação das suas necessidades fisiológicas, traduzindo-se também na procura de segurança e conforto na relação com o adulto, ou seja, numa particular necessidade de vinculação”⁶². E, para o aferir, é *conditio sine qua non* escutar a criança porque, como há muito sustenta a Convenção sobre os Direitos das Crianças, *os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade* (art. 12.º).

6. A residência da criança e a alienação parental

Uma nota final sobre a relação entre alienação parental e a posterior determinação da residência da criança.

Sendo insofismável que a “necessidade da criança de criar laços afetivos com figuras parentais que a confortem, estimulem e amem de um modo especial postula, nos casos de separação, um especial compromisso dos pais perante os filhos no sentido de respeitarem o seu direito a manterem uma boa imagem de cada um deles, assim salvaguardando os vínculos criados antes da rotura da relação conjugal, exigindo a ambos uma colaboração ativa na reparação de episódicas situações de conflito”⁶³ o empirismo comprova-nos que demasiadas vezes os pais, por narcisismo ou mesquinhez, são incapazes de o fazer e, pelo contrário, arrastam as crianças para o dilúvio do desamor conjugal, no que comumente se designa por alienação parental.

Esta pode definir-se com um processo em que um dos pais (ou, excecionalmente, ambos⁶⁴) procura o afastamento físico e emocional do outro e a criação de uma relação

⁶² FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 92, em diálogo com Patrícia SÁ.

⁶³ FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 93.

⁶⁴ Neste sentido, vide o Ac. RE de 27/09/2007 (Bernardo DOMINGOS).

de exclusividade com o filho, através da “obliteração da paternidade”⁶⁵ do outro, impedindo ou dificultando o contato com o filho, procurando destruir emocionalmente o outro, almejando que a criança chegue a “odiar e rejeitar o outro progenitor”⁶⁶, pelo recurso, entre outras estratégias, a campanhas difamatórias, acusações de abuso sexual e à implantação de falsas memórias⁶⁷.

A nomenclatura foi cunhada por um “professor” da Universidade de Columbia, Richard GARDNER⁶⁸, em 1985, que a definiu como um “transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante várias estratégias, com o objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor, que surge principalmente no contexto da disputa da guarda e custódia das crianças, através de uma campanha de difamação contra um dos pais, sem justificação, resultando da combinação de um sistemático endoutrinação por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança, destinadas a denegrir o progenitor objeto dessa campanha”⁶⁹.

Como é recorrentemente enfatizado por alguma doutrina, há divergências na doutrina médica e científica sobre a sua qualificação, sendo que parte significativa dos autores recusa qualificá-la como síndrome⁷⁰, com base no facto de a mesma ser omissa nas mais importantes classificações de patologias psicológicas⁷¹, e sustentam que estamos

⁶⁵ LOWENSTEIN, Ludwig. *Obliterating Paternity*. [Em linha]. Eastleigh: Southern England Psychological Service. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: <http://www.parental-alienation.info/publications/47-obipat.htm>

⁶⁶ FEITOR, Sandra Inês Ferreira. *A Síndrome de Alienação Parental e o seu Tratamento à Luz do Direito dos Menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 9

⁶⁷ Para uma muito completa caracterização das múltiplas modalidades adotadas pelo progenitor alienante, vide LOWENSTEIN, Ludwig - *Obliterating Paternity*, cit., pp. 35 e ss.

⁶⁸ Para uma incisiva crítica ao conceito de síndrome de alienação parental, bem como uma (justa) crítica *ad hominem* a GARDNER, vide SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, pp. 188 e ss.

⁶⁹ *Apud* FEITOR, Sandra Inês Ferreira - *A Síndrome de Alienação Parental...*, cit., pp. 23/24).

⁷⁰ Na esteira CINTRA, Pedro [*et al.*] - *Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica*. “Revista Julgar”. Coimbra. n. 7, 2009, pp. 197

Em sentido contrário alega-se que “não se deve confundir a síndrome da alienação parental com a mera alienação parental. A síndrome geralmente decorre desta. Ou seja, a alienação parental consiste no afastamento do filho por um dos progenitores, na campanha de denegrição e manobras de manipulação e reforma do pensamento provocado pelo outro, o progenitor guardião, ao passo que a síndrome de alienação parental, refere-se às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a enfermar a criança vítima da ínsita lavagem cerebral” (FEITOR, Sandra Inês Ferreira - *A Síndrome de Alienação Parental...*, cit., p. 26 e ss., que cita psicólogos defensores da qualificação como síndrome.

⁷¹ Lapidar e irracional é a crítica formulada por GARDNER ao argumento que combate a qualificação como síndrome com o argumento de estar omissa na DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition*: “Deus esqueceu-se de ler o DSM-IV antes de colocar o homem sobre a Terra” (FEITOR, Sandra Inês Ferreira - *A Síndrome de Alienação Parental...*, cit., p. 32).

perante um constructo académico, relacionado com alterações do vínculo afetivo parental⁷².

Inobstante, a “associação americana de psiquiatria está a considerar incluir a alienação parental na DSM, não como síndrome, mas como *parental alienation disorder* (PAD), ou seja, como distúrbio do foro psiquiátrico [... definido como] a condição mental em que uma criança, normalmente uma criança em que os pais estão envolvidos num elevado conflito de divórcio, é alienada fortemente por um dos pais (o progenitor preferido) e rejeita a relação com o outro pai (o progenitor alienado) sem causa justificativa. A criança adota o comportamento do alienador e recusa estar com o outro pai, com base na falsa crença de que o pai alienado é perigoso ou uma pessoa indigna”⁷³.

Independente da classificação psicojurídica, querela que nos recusamos trilhar, é inegável que alguns pais procuram obliterar o outro e é um facto notório que neste contexto surgem acusações de abuso sexual e imoralidade. E, não duvidamos, algumas dessas acusações são falsas, sendo que as consequências para a criança que denuncia falsos abusos sexuais, são muito semelhantes aos experimentados pelas crianças vítimas de verdadeiros abusos. Mas, por outro lado, importa ter presente que, muitas vezes, apenas com a separação dos pais é que a criança vai ter coragem para relatar o abuso que escondeu por medo, pelo que, estas denúncias não podem ser desvalorizadas⁷⁴ apenas porque surgem *a latere* de um conflito parental.

Por tudo, não juntamos a nossa voz a uma imensa polémica, tantas vezes histórica, que nos parece estéril, sobre a nomenclatura e partimos de uma premissa que é insofismável: alguns progenitores procuram uma relação de exclusividade com a criança, afastando o outro, enquanto outros progenitores que maltratam as crianças alegam alienação parental como exculpação, pelo que, também neste contexto, não podemos deixar-nos dominar por preconceitos e aferir casuisticamente a veracidade ou a falsidade das denúncias.

Se o tema é fascinante, *brevitatis causa* convocamo-lo sob um único prisma: concluído que estamos perante um caso de alienação parental, ou seja, que um dos

⁷² Sobre o tema, vide CINTRA, Pedro [et al.] - *Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica*. “Revista Julgar”. Coimbra. n. 7, 2009, pp. 197 e ss. e SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 5ª Edição Ver. Aum. e Actual.. Coimbra: Livraria Almedina, 2011, pp. 155 e ss.)

⁷³ FEITOR, Sandra Inês Ferreira - *A Síndrome de Alienação Parental...*, cit., pp. 33/34)

⁷⁴ Semelhantemente, SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, pp. 188 e ss.).

progenitores alienou o outro, devemos retirar-lhe a criança e atribuir a residência da criança ao outro?

Aprioristicamente, poderíamos ser tentados a responder acriticamente de forma afirmativa à questão. Com efeito, o progenitor que embarca numa campanha difamatória em relação ao outro, que persuade a criança a denegri-lo, que amiúde lhe procura incutir falsas memórias, maltrata-a emocional e psicologicamente, pelo que abstratamente estão reunidos sólidos fundamentais para lhe retirar a criança, porque atenta contra o seu desenvolvimento saudável.

Mas, *se tudo isto existe, se tudo isto é triste, se tudo isto é fado* de muitas crianças, retirar um filho não pode ser uma punição aos pais e deve sempre passar pelo crivo do superior interesse da criança. Porque, durante estes processos, que reiteradamente perduram por longos anos, entre o filho e o alienante constituem-se vínculos profundamente sólidos (e entre o filho e alienado vínculos extremamente ténues), pelo que não podemos advogar um qualquer *venire contra factum proprium* para justificar retirar automaticamente a criança um para entregar ao outro. Por profundamente injusto que seja para o progenitor alienado ser preterido porque a criança durante o processo reforçou os laços de parentalidade com o alienante, nunca podemos esquecer que o parâmetro decisivo é o superior interesse da criança e que, é possível, que este seja tutelado mantendo-se a criança com o alienante, ainda que condicionalmente e sujeito a um conjunto de obrigações.

7. Conclusão

Até muito recentemente a residência alternada era interpretada como algo esotérico e sibilino, uma perversa engenharia social, alegando-se que “o tribunal não pode é resvalar em nefelibatismos, idealizando as relações familiares pós divórcio/separação como se elas não fossem, por natureza, marcadas por inimizade ou, pelo menos, ausência de amizade entre os progenitores, conflito e mesmo falta de cooperação entre ambos, ou em posições extremadas, sobrevalorizando aspetos, como o da propalada instabilidade,

que são, no fundo, consequências da própria desagregação familiar, com as quais a criança terá que conviver, seja qual for o modelo de residência adotado”⁷⁵.

Mas, como no axioma pessoiano, a residência alternada primeiro estranha-se e depois entranha-se, porque Arthur Schopenhauer tinha razão quando nos alertou que *qualquer verdade passa por três estágios: no primeiro, é ridicularizada; no segundo, é violentamente combatida; no terceiro, é aceite como óbvia e evidente*.

Neste texto, defendemos que a residência alternada poderá ser o melhor modelo para regular as responsabilidades parentais nos escombros da relação, mas sem fundamentalismos. Dessarte, se é um modelo desejável, alertámos que o mesmo nem sempre é viável como somos frontalmente contra em elevá-lo a regime preferencial, através da criação do primado da residência alternada. Consequentemente, enfatizámos que qualquer decisão sobre a residência da criança deve ser o silogismo de uma análise casuística com recurso à multidisciplinidade e passando pelo crivo judicial.

Sem eufemismos: o destino da criança é uma decisão demasiadamente importante para ser deixada ao livre-arbítrio de progenitores emocionalmente instáveis e que reiteradamente priorizam o acessório e desvalorizam o essencial.

Bibliografia

- CINTRA, Pedro [et al.]. Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica. Revista Julgar. Coimbra. n. 7, 2009;
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito Constitucional Geral. Lisboa: Quid Juris, 2006;
- DURKHEIM, Emile. A Divisão do Trabalho Social. v.1. 3ª Ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989;
- FEITOR, Sandra Inês Ferreira. A Síndrome de Alienação Parental e o seu Tratamento à Luz do Direito dos Menores. Coimbra: Coimbra Editora, 2012;
- FERNANDES, Magda e OLIVEIRA, Irene. Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais. Julgar, 2020;
- FERREIRA, Ana Elisabete. Neuroética e Neurodireito: Pensar a Responsabilidade a Partir das Neurociências. Lisboa: Petrony Editora, 2020;

⁷⁵ FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017), p. 107.

- FIALHO, António. Residência alternada - visões de outras paragens. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ
- FIGUEIREDO, Pedro. 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 (2017);
- LEAL, Ana Teresa. O Divórcio e as Responsabilidades Parentais. [Em Linha]. Lisboa: CEJ. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/O_divorcio.pdf;
- LEAL, Ana Teresa. A residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ;
- LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999;
- LOWENSTEIN, Ludwig. Obliterating Paternity. [Em linha]. Eastleigh: Southern England Psychological Service. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: <http://www.parental-alienation.info/publications/47-obipat.htm>;
- MARQUES, Nelson. Os homens também choram: histórias da nova masculinidade. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021
- PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e Ilusões no regime jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf ;
- RIBEIRO, Catarina. Residência alternada. Uma perspectiva psicológica e desenvolvimental. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ;
- ROSA, Conrado Paulino. Curso de Direito da Família Contemporâneo. 5.ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM;
- SALGADO, Catarina. A regulação das responsabilidades parentais e a autonomia das crianças. Jurismat, n.º 15 (2022), pp. 291-309;
- SALGADO, Catarina. A residência alternada: o melhor de dois mundos.. ou nem opor isso... Jurismat, n.º 13 (2021), pp. 135-150;
- SIMÕES, Tábora, MARTINS, Rosa, FORMOSINHO, M. D. Regulação do Exercício do Poder Paternal: Aspectos Jurídicos e Avaliação Psicológica. In: FONSECA, António Castro [et al]. Psicologia forense. Coimbra. Livraria Almedina, 2006;
- SOTTOMAYOR, Maria Clara - Temas de Direito das Crianças. Coimbra: Livraria Almedina, 2014;
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio. 5.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011;
- VASCONCELOS, Ana. Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada. Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais”, realizada pelo CEJ no dia 01 de junho de 2012. Lisboa: CEJ;
- VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FERREIRA, Nuno. A Guarda Conjunta: Notas Comparativas sobre as Soluções Legais em Vigor na União Europeia e no Brasil. Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família, 4, n.7 (2007);

- WALL, Karin. Modos de Guarda das Crianças nas Famílias Portuguesas. [Em linha]. Lisboa: “Associação Portuguesa de Sociologia”. [consult. 22 de julho de 22]. Disponível em: http://www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR462e00f42e652_1.PDF