A guarda partilhada entre o mito e a realidade

Maria Clara Sottomayor

Associação Dignidade – 1.º Fórum

Código Civil artigo 1906.º

Exercício conjunto

Responsabilidades parentais

- O Código Civil não prevê a figura da guarda partilhada ou alternada.
- Artigo 1906/1: «exercício conjunto das responsabilidades parentais»
- Dimensão jurídica: saber a quem compete a tomada de decisões relativas aos assuntos de particular importância da vida da criança
- Exigência legal de que as decisões mais relevantes, no domínio da educação e da saúde da criança, sejam tomadas de comum acordo pelos pais.

Código Civil artigo 1906.º

Exercício conjunto

Responsabilidades parentais

- N.º 1: Não prevê a fixação de uma residência dupla da criança (em regime de alternância) nem uma partilha, no dia-a-dia, da guarda e dos cuidados prestados à criança
- N.º 5: exige a determinação da residência habitual da criança junto de um dos pais e um regime de visitas ao outro progenitor

Artigo 1906.º

Conceitos jurídicos indeterminados

- Questões de particular importância
- Residência habitual
- Atos da vida corrente
- Orientações educativas

Código Civil Artigo 1906, n.º 7 Partilha de responsabilidades

Relação frequente da criança com ambos os pais e partilha de responsabilidades

Pressuposto: acordo dos pais

Juiz: papel conciliador e interventivo relevante na determinação do conteúdo desses acordos

«tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de **partilha de responsabilidades** entre eles», conforme estipulado na parte final do n.º 7, do artigo 1906.º.

Guarda partilhada

- **Fundamento sociológico**:
- Ideia de que o divórcio é uma experiência negativa para as crianças
- Crença na indissolubilidade do casamento, substituída pelo "casal parental"
- Crença na biparentalidade biológica (heterossexual)
- Participação do pai na educação quotidiana dos filhos: igualdade de género na divisão de tarefas

Terminologia: guarda partilhada ou alternada?

Guarda Partilhada: perspetiva dos pais que cuidam dos filhos em conjunto

Guarda alternada: perspetiva das crianças – mudança de residência de acordo com um determinado ritmo

Neale/Flowerdew/ Smart (2003)

Entrevista: Filhos de pais divorciados Idade:11-21 **dupla residência**

- Assuntos práticos
- Diferentes ambientes emocionais
- Diferentes regras e rotinas
- Inflexibilidade da divisão do tempo
- Tempo de separação da criança em relação a cada um dos pais
- Dificuldade em encontrar tempo para si mesmo

Neale/Flowerdew/Smart (2003)

Conclusões

1) Divisão do tempo entre os pais, em proporções exatamente iguais, pode ser **opressiva** para as crianças e para os jovens, que sentem não ter o poder de controlar as suas vidas e são vistos como se fossem **propriedade ou posse dos pais.**

2) Não é a estrutura formal da residência e do contacto, contado em horas e dias, que produz crianças felizes, mas a **qualidade das relações dos filhos com os pais,** a qual depende da **confiança e do afeto estabelecidos entre pais e filhos antes do divórcio** e da qualidade da parentalidade após o divórcio

Neale/Flowerdew/Smart (2003)

Recomendações

- Crianças devem ser **ouvidas** sobre a sua disponibilidade para viverem em residência alternada
- **Opinião** ou sensibilidade como o fator decisivo para a execução deste modelo
- Direitos de participação
- Condição de sujeitos (e não de objetos)

Código Civil artigo 1906/7

Jurisprudência Fundamento para a guarda alternada

- **Acordo dos pais:**
- Acórdão da Relação de Lisboa, de 28-06-2012 (proc. nº 33/12.4TBBRR.L1-8): legalidade da **homologação dos acordos de residência alternada**, dentro de determinados pressupostos: ausência de crispação e de conflito entre os pais; proximidade das residências de ambos; relação próxima da criança com ambos os pais
- Fundamento: intenção do legislador de fomentar a relação da criança com ambos os pais: autonomia da família perante a intervenção do Estado; natureza de jurisdição voluntária do processo

Código Civil artigo 1906/7

Partilha de responsabilida des Jurisprudência

- **Jurisprudência dominante dos Tribunais da Relação:**
- Não admite a partilha da guarda nos casos em que os pais não estão de acordo
- Prevalência das necessidades das crianças de **tenra idade** e da **proteção das crianças** do conflito parental sobre o argumento da igualdade de direitos entre os pais.

Jurisprudência
Acórdão Relação de Lisboa
24-06-2014

- Admissibilidade da guarda conjunta (de exercício das responsabilidades parentais) com residências alternadas.
- Pressupostos:
- Juízo de prognose favorável quanto ao que será a vida do menor, suportada em **elementos de facto evidenciados no processo;**
- Em regra, a fixação desse regime só é compatível com uma situação em que se verifica uma **particular interação entre os progenitores, um relacionamento amistoso entre ambos, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os progenitores habitam.**

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-01-2015 (proc. N.º 4547/11.5 TBCSC.L1-6)

- «A guarda conjunta com residências alternadas entre os dois progenitores com uma relação conflituosa entre si não é do interesse de uma menor com sete anos de idade».

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

14-02-2015 (1463/14.2TBCSC.L1-8)

- **Não havendo acordo dos pais, não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais**

- «A C… tem, nesta data, três anos de idade, parece-nos evidente que **necessita de estabilidade e de uma rotina diária com regras simples e bem definidas de forma a permitir um crescimento harmonioso.** Ora, não é compatível com uma situação em que a criança está uma semana a viver sob um regime em que tem um horário e na semana seguinte já tem um horário totalmente diferente, o mesmo se passando com as horas das refeições ou com o tempo de lazer**. Atendendo à idade da criança, não é de todo adequado um regime em que o menor está uma semana na casa do pai e, na semana seguinte, na casa da mãe. Sobretudo quando os progenitores têm dificuldades de relacionamento basta pensar que não conseguiram acordar qual o estabelecimento que devia frequentar»**

Jurisprudência
Acórdão da Relação de Lisboa, de 12-11-2015 (Proc. 82-14.8TBSRQ-A.L1-8)

- «Mostra-se preferível, no tocante a menor de **três anos de idade**, cujos pais estão divorciados, estabelecer um regime que atribua a guarda da menor a um dos progenitores com quem a menor residirá habitualmente.
- Um regime de **residência alternada**, ora na casa da mãe ora na casa do pai, gera necessariamente uma **situação de instabilidade e constantes alterações na vida da criança** que, na ausência de motivos excecionais, deve ser evitada».

Relação do Porto 28/06/2016, (3850/11.9TBSTS-A.P1)

Duas crianças nascidas em 2005 e em 2007

- «I–Entre os 4 e os 10 anos, a "residência alternada" apenas deve ser adoptada, nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro como progenitor (cfr. Temas de direito das crianças, Clara Sottomayor, Almedina, 2014, pág. 103)»

Relação de Guimarães 12/01/2017 (996/16.0T8BCL-D.G1)

–Ora, no caso em apreço, nem há acordo, nem está demonstrado que essa é a solução conjuntural que melhor satisfaz o interesse das crianças.

–Embora a lei (art. 1906 do CC) não contemple expressamente a hipótese de guarda partilhada, no sentido de residência alternada com um e outro dos progenitores, cremos também que não a proíbe, apesar da redacção dos nº 3 e 5 sugerir o contrário (residência com um dos progenitores e não com os dois), contanto que haja acordo nesse ponto entre os progenitores ou se demonstre ser a única solução que satisfaz o interesse das crianças.

–Ora, no caso em apreço, nem há acordo, nem está demonstrado que essa é a solução conjuntural que melhor satisfaz o interesse das crianças.

Código Civil Artigo 1906/7

Jurisprudência

- **Desnecessidade de acordo entre os pais:**
- Acórdão Relação de Lisboa: 07-08-2017 (835/17.5T8SXL-A-2)
- «A decisão, quer provisória, quer definitiva, pode ser, se isso for do interesse do filho, a da **residência alternada** com cada um dos pais por um certo período de tempo, sendo as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho exercidas por aquele dos pais com quem o filho estiver a residir nesses períodos»

Relação de Coimbra

24-10-2017 (273/13.9TBCTB-A.C1)

- **«Mesmo não existindo acordo dos pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906.º do CC –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho».**
- Acordo provisório (2013) criança de dois anos e meio vive com o pai (mãe saiu de casa a pedido do pai)
- Sentença: homologação do acordo (2015): guarda paterna
- Mãe: pede a guarda exclusiva
- Conferência: propõe guarda partilhada

Acórdão da Relação de Lisboa 24-01-2017 (954-15.2T8AMD-A.L1-7)

- Criança de três anos de idade
- Conflito entre os pais
- Tribunal: decreta a residência alternada a pedido do pai e contra a vontade da mãe
- «Havendo disponibilidade e condições de ordem prática e psicológica de ambos os pais, e não havendo circunstâncias concretas que o desaconselhem, a **guarda/residência conjunta** é o instituto com melhor aptidão para preservar as relações de afeto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os pais, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que necessariamente concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor e melhor viabilizará o cumprimento, por estes últimos, das responsabilidades parentais».

Acórdão da Relação de Lisboa 07-08-2017 (835/17.5T8SXL-A-2)

- **Residência alternada**
- **Desnecessidade de acordo dos pais**
- A decisão, quer provisória, quer definitiva, pode ser, se isso for do interesse do filho, a da **residência alternada com cada um dos pais por um certo período de tempo**
- Criança de tenra idade (20 meses à data da decisão)

Acórdão da Relação do Porto 24-01-2018 (67/13.1TMPRT-F.P1)

- - Nas decisões a proferir em sede de regulação das responsabilidades parentais ou alteração destas, é critério norteador das mesmas o interesse do menor.
- - O regime de guarda ou residência alternada deve ser alterado quando pela presente conflitualidade entre os progenitores que assumem modelos educativos não convergentes, **estes se mostram incapazes de dialogar e assim assegurar a estabilidade emocional do menor.**
- - A opinião de uma menor com 13 anos, de acordo com a maturidade que evidencia, deve ser ouvida e ponderada na decisão sobre o regime de visitas a estabelecer.

Estudos empíricos

- Amostra populacional
- Método de seleção
- Inquéritos presenciais, por telefone ou por escrito
- Entrevistas às crianças
- Variáveis de controlo
- Caráter longitudinal
- *Peer-review*
- **Impressões pessoais a partir de casos concretos conhecidos na vida profissional de advogados ou juízes não são estudos nem têm validade científica.**

Estudos empíricos

JUDITH WALLERSTEIN / SANDRA BLAKELEE, *Second Chances, Men, Women and Children a Decade After Divorce*, New York,1989.

- A imposição da guarda conjunta/partilhada, por via legislativa ou judicial, não é apoiada pelos resultados da investigação científica.
- A frequência e a quantidade do contacto da criança com ambos os pais não estão relacionadas com a adaptação das crianças após o divórcio ou com um melhor bem-estar destas
- O interesse da criança não reside no tempo concedido à relação com cada um dos pais, mas no funcionamento emocional destes (níveis de ansiedade e de conflito) após o divórcio e na qualidade das relações estabelecidas

MELLI/BROWN, «Exploring a new family form – the shared time family», *InternationalJournal of Law, Policy and the Family*, 2008, vol. 22, pp. 231-269

OBJETO DO ESTUDO:

- 590 pais divorciados em guarda partilhada e 590 em guarda única maternal

Resultados: as características destas famílias não diferem substancialmente

Revisão de estudos
DIANA N. LYE, PhD, *What the Experts Say: Scholarly Research on Post-Divorce Parenting Relations Comission*, 1999

- O conflito dos pais é a principal causa da diminuição do bem-estar das crianças
- Fatores mais importantes para determinar o bem-estar das crianças: Rendimento familiar adequado às necessidades;
- Bem-estar psicológico do progenitor residente;
- Quantidade do contacto com o progenitor não residente não desempenha um papel relevante na medição do bem-estar da criança

KASPIEW et al., *Evaluation of the family law reforms*, 2009, Australian Institute of Family Studies

Inquérito a pais: 18.000 crianças

As crianças que vivem em modelos de guarda partilhada - divisão de tempo entre os pais na proporção de 48 - 52% e casos em que a mãe dispunha de 53% a 65% do tempo e o pai 35% a 47% - estavam tão bem adaptadas como aquelas que conviviam com o pai apenas em valores de 1 a 34% das noites

KASPIEW et al., *Evaluation of the family law reforms*, 2009, Australian Institute of Family Studies

- Os modelos de guarda adotados pelas famílias desempenham um papel secundário e mínimo na explicação das variações no bem-estar das crianças
- Guarda partilhada: efeitos negativos em famílias em que a mãe manifesta preocupações com a segurança dos filhos e com história de violência doméstica, problemas de saúde mental do pai ou de dependência de substâncias.

Jennifer McIntosh (2007/2008) Estudo sobre a guarda partilhada 181 crianças em idade escolar

- **Guarda dividida entre os dois progenitores**:
- Risco para as crianças quando os pais carecem de uma dinâmica relacional para manter um ambiente saudável para os filhos
- Relação entre o conflito continuado entre os pais e altos níveis de angústia dos filhos

Jennifer McIntosh (2007/2008) Estudo sobre a guarda partilhada 181 crianças em idade escolar

- Carácter longitudinal do estudo
- 21% das crianças da amostra de famílias em conflito apresentaram uma taxa de ansiedade clínica mais elevada do que a média

Jennifer McIntosh (2007/2008) Estudo sobre a guarda partilhada 181 crianças em idade escolar

Variáveis associadas aos níveis elevados de sofrimento emocional da criança:

- 1) Níveis baixos de educação formal dos pais-homens
- 2) Conflito parental elevado
- 3) Divisão substancial das pernoitas da criança entre ambos os pais
- 4) Relação mãe-criança pobre
- 5) Hostilidade psicológica elevada entre os pais
- 6) Idade das crianças inferior a 10 anos.

JENNIFER E. MCINTOSH/ CAROLINE LONG, Report to the Family Court of Australia, Family Transitions, Julho 2007

- Entrevistas a 77 pais e 111 crianças
- Programa piloto de apoio à criança do Tribunal de Família
- 70% : acordo dos pais
- 30%: imposição por decisão judicial

JENNIFER E. MCINTOSH/ CAROLINE LONG, Report to the Family Court of Australia, Family Transitions, Julho 2007

- Quatro meses depois da resolução do litígio, 28% destas 111 crianças com níveis de bem-estar emocional (relevância clínica), indicando um nível elevado de sofrimento psíquico.
- Variáveis associadas ao índice baixo da saúde mental das crianças:
- 1) Infelicidade da criança com o modelo de guarda adotado;
- 2) Deterioração da relação dos pais com a criança depois da decisão judicial;
- 3) A criança vivia num sistema de partilha substancial do tempo com os pais;
- 4) Preocupações de um dos pais com a segurança da criança quando se encontra com o outro progenitor;
- 5) Alta conflitualidade entre os pais.

JENNIFER E. MCINTOSH/ CAROLINE LONG, Report to the Family Court of Australia, Family Transitions, Julho 2007

- 28% das crianças chegaram ao tribunal com um sistema de partilha do tempo entre os pais e 46% deixaram o tribunal com um modelo de guarda partilhada (pelo menos 5 noites, de quinze em quinze dias, com cada um dos pais).
- - 73% dos pais envolvidos em modelos de guarda partilhada depois da intervenção do tribunal reportaram quase nunca ter cooperado com o outro:
- - 39% dos pais, que adotaram modelos de partilha da parentalidade, reportaram nunca terem sido capazes de proteger os seus filhos do conflito;
- - Em quatro casos de guarda partilhada, os pais reportaram que nunca tiveram qualquer tipo de contacto um com o outro, sendo as crianças a assumir a responsabilidade da transmissão das mensagens entre os pais, no dia-a-dia.

Richard Crisholm/Jennifer Mcintosh 2008

- **Alternância de residência é um modelo viável para um grupo reduzido de famílias, que se auto-elegiam como candidatos à guarda partilhada e que tinham o seguinte perfil:**
- - Proximidade geográfica;
- -Capacidade dos pais para se relacionarem suficientemente bem para desenvolver uma relação semelhante à negocial;
- - Modelos centrados na criança (em que as crianças são postas à margem dos problemas dos seus pais, e em que as atividades das crianças são parte integrante da forma como os pais organizam a partilha da parentalidade);
- - Compromisso de ambos os pais para fazer com que a parentalidade partilhada funcione;
- - Ambos os pais gozam, no seu local de trabalho, de práticas laborais amigas da família;
- - Estabilidade financeira (em particular da mãe);
- - Confiança de cada um dos pais na competência do outro como progenitor.

JOHN BOWLBY E MARY AINSWORTH

- **Teoria da vinculação**
- Desaconselha a guarda alternada para crianças até aos 3 anos de idade, mesmo que os pais estejam de acordo
- Necessidades específicas de estabilidade e de segurança reveladas nesta fase do desenvolvimento.
- Importância da continuidade das vinculações afetivas precoces da criança à figura materna (ou cuidador/a primária/o) para o seu desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, e para a sua capacidade, na idade adulta, para formar e manter relações afetivas saudáveis

JANET R. JOHNSTON, «High Conflict Divorce», *The Future of Children, Children and Divorce*, nº 1, vol. 4, 1994, pp. 168-169

- Estudos norte-americanos demonstram que cerca de **75% dos litígios de guarda de crianças envolvem famílias com história de violência doméstica**, tendendo os pais agressores a pedir a guarda duas vezes mais do que os outros progenitores

Violência doméstica e responsabilidades parentais

- Conselho da Europa: Convenção para o combate contra todas as formas de violência sobre as mulheres (Convenção de Istambul)
- Artigo 31.º: os Estados-membros devem elaborar medidas legislativas, sociais, administrativas ou outras, para ter em conta, nos processos de guarda e de visitas, os incidentes de violência doméstica e as necessidades de proteção das vítimas.

Violência doméstica e responsabilidades parentais

- **Criança exposta à violência doméstica – criança em perigo**
- Traumas psicológicos, mentais e comportamentais
- Autor dos factos integradores do crime de violência doméstica não tem capacidade para assumir a guarda dos filhos
- Restrição ou supervisão dos direitos de convívio
- Audição da criança

Novo regime geral dos processos tutelares cíveis Lei 141/2015, de 08-09

- Possibilidade de suspensão de visitas ou convívios supervisionados
- Presunção de contrariedade do exercício conjunto das responsabilidades parentais ao interesse da criança, quando está pendente um processo-crime contra um dos pais com aplicação de medida de coação (artigo 40.º, n.ºs 2, 3, 8 e 9).

Lei 24/2017 Artigo 1906.º - A do Código Civil

- **Violência doméstica, maus tratos e abuso sexual de crianças:**
- Fatores determinantes da regulação das responsabilidades
- Podem excluir os direitos do agressor
- Inaplicabilidade do exercício conjunto das responsabilidades parentais (e da guarda partilhada)

Articulação entre os Tribunais penais e os Tribunais de Família na proteção das vítimas de violência doméstica.

- **Processo de regulação urgente das responsabilidades parentais** intentado pelo Ministério Público junto do tribunal competente, num prazo máximo de 48 horas após o conhecimento da situação (art. 44.º-A lei 141/2015, aditado pela Lei 24/2017).
- O Tribunal Penal, onde corre o processo-crime, está obrigado a comunicar imediatamente ao MP, junto do Tribunal de Família competente, as medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre progenitores (arts. 200.º, n.º 4, CPP e 31.º, n.º 4, Lei 112/2009, na redação da Lei n.º 24/2017)

Conclusões

- As crianças não devem ser objeto de experiências sociais ou judiciais
- Os serviços de mediação familiar e o sistema judicial devem ter uma grande prudência: as crianças têm direito a um **«princípio de precaução»**
- Todas as soluções que se distanciem das suas **necessidades emocionais,** em função da sua **idade e estádio de desenvolvimento**, para realizarem os direitos dos pais, são portadoras de riscos, desnecessários e evitáveis, para o seu desenvolvimento.

Conclusões

- A residência alternada não deve ser decretada para crianças com menos de 4 anos de idade.
- Entre os 4 e os 10 anos, a residência alternada apenas deve ser adotada nos casos em que não existe conflito parental e em que cada um dos pais confia um no outro.
- A partir dos 10 anos as crianças devem ser ouvidas e as suas perspetivas consideradas pelos pais e pelos tribunais.
- Em situações de violência doméstica nunca deve ser decretada a guarda partilhada