

## RESIDÊNCIA ALTERNADA E CONFLITO CONJUGAL: PORTUGAL v. BRASIL

RESUMO: Parentalidade não se confunde com conjugalidade<sup>1</sup>, não devendo o conflito conjugal implicar um conflito parental. Assim, no Brasil tem-se imposto o regime de residência alternada (*guarda compartilhada*<sup>2</sup>) mesmo quando não haja acordo dos progenitores.

### INTRODUÇÃO:

Aquando da separação do casal, fruto de conflito conjugal, existe a necessidade de regular o exercício das responsabilidades parentais<sup>3</sup>. Muitas vezes, o conflito conjugal, fruto da exaltação das emoções e frustrações causadas pela separação e pela relação falhada, é estendido aos filhos do casal, transformando-o num conflito parental: abre-se uma guerra entre os progenitores pela posse sobre os filhos menores, algumas vezes não como uma demonstração de afecto por estes, mas como uma forma de ferir o outro progenitor.

Ora, quem se separa são os progenitores, não os filhos do casal desavindo, não devendo, por isso mesmo, existir um conflito parental nem os filhos serem colocados no centro do conflito conjugal.

Como é sabido, no passado histórico vivia-se uma realidade diferente, em que a mulher assumia um papel de esposa, mãe e cuidadora, cabendo ao homem o sustento da família e sua tutela (*pater família*). Em Portugal, o divórcio só foi legalizado em 1910, com a proclamação da República, contudo o papel da mulher na sociedade era ainda muito estigmatizado (especialmente quando divorciada). Só nos tempos mais recentes

---

<sup>1</sup> Como refere a exposição de motivos do Grupo Parlamentar, da proposta-lei 61/2008, de 31.10, “...assumindo a realidade da diferenciação clara entre relação conjugal e relação parental...”, disponível na URL: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>.

<sup>2</sup> Expressão utilizada na Lei 11.698/08, de 13.06, e agora na sua alteração com o Projecto-Lei 1009/2011, que altera o art. 1584, § 2º, e o art. 1585.º do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada, disponível em URL: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498084>.

<sup>3</sup> Expressão que passou a ser utilizada aquando da alteração pela Lei 61/2008, de 31.10, uma vez que antes se utilizava a denominação «poder paternal», uma vez que se trata de um poder-dever de conteúdo altruísta. É acima de tudo, uma responsabilidade dos progenitores para com os seus filhos.

se começou a verificar uma coparentalidade e desejo igual de ambos os progenitores de manter pleno convívio com os filhos menores.

Fala-se, agora, em residência alternada possibilitando aos filhos menores o amplo convívio com ambos os progenitores e família alargada, no sentido de atenuar os efeitos nefastos e erosivos da separação do casal. Não se trata de um casal parental para além do divórcio, mas sim de continuarem a ser pais presentes na vida dos filhos<sup>4</sup>.

## DISCUSSÃO:

Em cumprimento do princípio da igualdade pasmado no art.º 13.º e 36.º/6 da CRP<sup>5</sup>, surgiu a residência alternada, proporcionando, por um lado, aos filhos menores o amplo convívio paterno-filial e, por outro lado, o exercício de uma parentalidade presente por ambos os progenitores, diminuindo a figura do pai de fim-de-semana, acentuando a Exposição de Motivos da lei 61/2008, de 31.10, que “...o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente, se forem impedidos de manter as relações afectivas e as lealdades tanto com as suas mães como com os seus pais...”<sup>6</sup>.

Portugal seguiu o exemplo de outros países que verificando os efeitos perversos que pode assumir, por vezes, a residência unilateral, adoptaram o sistema de residência alternada<sup>7</sup>.

No mesmo sentido, mas mais arrojado, segue a Lei brasileira sobre a residência alternada (*guarda compartilhada*), e agora novo Projecto 1009/2011, que corre termos

---

<sup>4</sup> É neste sentido que se pronuncia a exposição de motivos do Projecto da lei 61/2008, de 31.10, “...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...”, disponível na URL: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>.

<sup>5</sup> VII Revisão Constitucional de 2005, disponível na URL: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

<sup>6</sup> Disponível na URL: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>.

<sup>7</sup> Exposição de Motivos da lei 61/2008, de 31.10, disponível na URL: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>.

na Câmara dos Deputados<sup>8</sup>, que estatui o seguinte: “...quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores declare ao magistrado não desejar a guarda do menor, caso em que se aplicará a guarda exclusiva ao outro genitor...”.

Este último aspecto «a não ser que um dos genitores declare ao magistrado não desejar a guarda do menor», pode ter um efeito negativo, em alguns casos, de abandono afectivo, o qual, no Brasil dá lugar a responsabilidade civil<sup>9/10</sup>.

Por outro lado, este projecto-lei vem corrigir o errado entendimento que estava a ser dado à Lei nº 11.698, de 13.06.08, acentuando, agora, que esta lei é totalmente desnecessária para os casais que conseguem separar a conjugalidade da parentalidade, mas torna-se necessária para aqueles que a transformam num campo de batalha no qual as crianças são a arma de arremesso. Acrescenta ainda que não se pode partir do pressuposto, para determinação de residência alternada, da existência de acordo ou bom relacionamento dos progenitores, devendo ser imposta mesmo contra a vontade destes, pois que muitos assumem postura litigante, precisamente para que não seja aplicada a residência alternada<sup>11</sup>.

Já em Portugal, a lei não se pronuncia quanto à necessidade de existência ou não de acordo para que seja atribuída, sendo muito discutido se deve ser imposta nos casos de maior conflitualidade conjugal e se se deve impor um casal parental para além do divórcio.

A meu ver a solução brasileira é um passo em frente contra os casos de alienação parental, obstrução ao convívio paterno-filial e abandono afectivo, tentando desvanecer os casos de imposição de conflitos de lealdade sobre a criança, pois que esta não tem de escolher qualquer dos pais, tendo, na verdade, direito a amar e conviver com ambos,

---

<sup>8</sup> Disponível na URL: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498084>.

<sup>9</sup> Projecto-lei do senado 700/2007, ainda não foi aprovado, Disponível na URL: <http://jus.com.br/revista/texto/23304/abandono-afetivo-parental-versus-teoria-do-estado>.

<sup>10</sup> No sentido da indemnização pelo abandono afectivo pronunciou-se o TJRS - 7ª Câm. Cível; ACi nº 70021592407-São Leopoldo-RS; Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel; j. 14/5/2008, e TJDF, Apel. Cível 780843120098070001-DF, Relator J.J. COSTA CARVALHO, Julgamento: 13/04/2011, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Publicação: 27/04/2011, DJ-e Pág. 75, referindo que “...a compensação por danos morais em razão de abandono afectivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional...”, disponível na URL: <http://jus.com.br/revista/texto/23304/abandono-afetivo-parental-versus-teoria-do-estado..>

<sup>11</sup> Disponível na URL: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498084>.

representando os progenitores as suas referências e o seu porto seguro. A criança deve ter liberdade dos afectos face a ambos os progenitores e família alargada.

Não se pretende um casal parental para além do divórcio, pois que conjugalidade e parentalidade não se confundem: as pessoas não se casam porque têm filhos, nem têm filhos porque se casam. Os filhos surgem de um amor maior e incondicional para com um ser gerado, mas que não deve significar uma compensação afectiva para as faltas dos progenitores. A parentalidade é para sempre, nenhum progenitor podendo se eximir do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do art.º 1882.º CC<sup>12</sup>: os filhos são para sempre – razão pela qual se estabeleceu o exercício conjunto das responsabilidades parentais, independente do regime de residência (*guarda*), nos termos do art.º 1906.º CC<sup>13</sup>.

#### CONCLUSÃO:

É fundamental perceber que conjugalidade nada tem a ver com parentalidade, embora se possam cruzar na vida social, têm de ser entendidas como duas realidades diferentes e independentes uma da outra, a bem do superior interesse da criança.

O regime avançado pela lei brasileira sobre a residência alternada é um marco não só na promoção da igualdade parental e de género, como também na dissolução de conflitos parentais e de lealdade, devendo ser inspiradora do regime jurídico português, uma vez que é uma área onde se verifica uma elevada taxa de litigância e incumprimentos.

Sandra Inês Feitor, jurista e doutoranda em Direito pela Universidade Nova de  
Lisboa  
26.06.2013

*Declaro que o texto que apresento é da minha autoria, sendo exclusivamente responsável pelo respectivo conteúdo e citações efectuadas.*

---

<sup>12</sup> Versão anterior à lei 23/2013, de 05.03, disponível na URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=1901&artigo\\_id=&nid=775&pagina=20&abela=lei\\_velhas&nversao=61](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1901&artigo_id=&nid=775&pagina=20&abela=lei_velhas&nversao=61).

<sup>13</sup> Versão anterior à lei 23/2013, de 05.03, disponível na URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=1901&artigo\\_id=&nid=775&pagina=20&abela=lei\\_velhas&nversao=61](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1901&artigo_id=&nid=775&pagina=20&abela=lei_velhas&nversao=61).