



vol. 2

Coleção
DIREITOS & HUMANOS

Coordenador
MAURILIO CASAS MAIA

A DUPLA RESIDÊNCIA DA
CRIANÇA PÓS-DIVÓRCIO

*uma análise de direito comparado
e sua aplicação no direito brasileiro*

PETRA SOFIA PORTUGAL
MENDONÇA FERREIRA

Prefácio
ROSSANA MARTINGO CRUZ



editora
D'PLÁCIDO

A DUPLA RESIDÊNCIA DA
CRIANÇA PÓS-DIVÓRCIO

*uma análise de direito comparado
e sua aplicação no direito brasileiro*

vol. 2

Coleção
DIREITOS & HUMANOS

Coordenador
MAURILIO CASAS MAIA

A DUPLA RESIDÊNCIA DA
CRIANÇA PÓS-DIVÓRCIO

*uma análise de direito comparado
e sua aplicação no direito brasileiro*

PETRA SOFIA PORTUGAL
MENDONÇA FERREIRA





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Nathália Torres
(Imagem por Jakob Owens via Unsplash)

Diagramação Nathália Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

F383 Ferreira, Petra Sofia Portugal Mendonça
A dupla residência da criança pós-divórcio : uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro / Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira ; Maurilio Casas Maia (coord. da coleção). - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020.
232 p. - (Direitos & Humanos; v. 2)

ISBN 978-65-5589-045-7

1. Direito. 2. Direito Civil. 3. Responsabilidade dos pais. I. Maia, Maurilio Casas. II. Título. III. Série.

CDDir: 342.1

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé





Sobre a coleção

Coleção Direitos & Humanos: D&H é uma coleção multidisciplinar com volumes essenciais às bibliotecas jurídicas que se propõem atualizadas, por reunir obras com abordagens inovadoras e inéditas nas mais diversas áreas do Direito e em matérias afins, tais como Sociologia e Psicologia do Direito. A coleção possui especial ênfase nas pesquisas envolvendo Direitos Humanos e também problemas jurídicos cotidianos enfrentados pelos estudiosos e intérpretes do Direito. Assim, a proposta desse conjunto de livros é trazer ao leitor escritos que, antes de tudo, reconheçam o Direito como produto humano e para a promoção de bem do ser humano, buscando a humanização da Ciência Jurídica.

Maurilio Casas Maia
Coordenador da Coleção

Sumário

Índice de figuras	11
Lista de abreviaturas, siglas e acrônimos	13
Prefácio	15
<i>Rossana Martingo Cruz</i>	
Apresentação	17
<i>Maurilio Casas Maia</i>	
Introdução	19
I. A alternância de residência da criança pós-divórcio no direito comparado	27
1.1. “ <i>Joint custody and Shared Parenting</i> ” nos Estados Unidos da América.....	27
1.1.1. Dupla residência (Residência alternada): análise conceitual, principais atributos e fundamentos jurídicos.....	42
1.2. A experiência da dupla residência (residência alternada) na Espanha	58
1.3. A experiência da dupla residência (residência alternada) na França.....	73

2. A dupla residência no direito brasileiro	87
2.1. O Poder Familiar conforme o atual Código Civil Brasileiro.....	87
2.2. As modalidades de guarda no Sistema Jurídico Brasileiro.....	97
2.2.1. Notas introdutórias.....	97
2.2.2. A guarda unilateral segundo o Código Civil de 2002.....	100
2.2.3. A guarda compartilhada: jurídica e física.....	111
2.3. A fixação da residência do(s) filho(s) no pós-divórcio: como se posicionam os Tribunais Brasileiros acerca da dupla residência.....	124
2.4. Os casos de inaplicabilidade da guarda compartilhada com dupla residência da criança após divórcio e/ou separação dos pais.....	141

3. A residência alternada da criança pós-divórcio no direito português..... **153**

3.1. Evolução legislativa antes e a partir da Lei n.61/2008: do exercício exclusivo do poder paternal ao exercício conjunto das responsabilidades parentais.....	153
3.2. O exercício das responsabilidades parentais inserto no art. 1.906º do CC, com redação promovida pela Lei n. 61/2008.....	160
3.3. A fixação da residência do(s) filho(s) no pós divórcio: como se posicionam os Tribunais Portugueses acerca da residência alternada.....	177
3.3.1. Breve exame do contexto processual em que se insere a regulação das responsabilidades parentais.....	177
3.3.2. Análise da evolução jurisprudencial portuguesa no tocante à aplicação da residência alternada da criança após divórcio.....	185
3.4. As justificativas doutrinárias contra a aplicação da residência alternada da criança após divórcio	196

Conclusão.....213

Referências.....221



Índice de figuras

Figura 1	Guarda compartilhada: Estatutos dos Estados Americanos.....	37
-----------------	--	----



Lista de abreviaturas, siglas e acrônimos

APIPDF – Associação Portuguesa para Igualdade Parental e Direitos dos Filhos

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Jurídicas

Art.º – artigo

CC – Código Civil

CCB – Código Civil Brasileiro

CCE – Código Civil Espanhol

CCF – Código Civil Francês

CCP – Código Civil Português

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional da Justiça

CP – Código Penal

CPB – Código Penal Brasileiro

Des. – Desembargador

ECE – Estatuto da Criança e do Adolescente

EUA. – Estados Unidos da América
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IC. – Indiana Code
Md. – Maryland
MP – Ministério Público
N.C. Gen. Stat – North Carolina General Statutes
NCSL – National Conference of State Legislature
OTM – Organização Tutelar de Menores
PAN – Partido Pessoas- Animais-Natureza
PS – Partido Socialista
RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível
Séc. – Século
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STS – Sentença do Tribunal Supremo
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação de Porto
v.g. – verbi gratia

Prefácio

Tendo conhecido a Senhora Dra. Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira na parte curricular do Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões - na Escola de Direito da Universidade do Minho - cedo percebi o seu interesse e dedicação por estas matérias decorrente, desde logo, da sua prática profissional. Foi, por isso, com muito gosto que recebi o seu convite para a orientar na tese de mestrado subordinada à problemática da residência da criança nas situações de divórcio.

A obra que resulta deste estudo não só revela uma investigação cuidada e empenhada, como será um instrumento de direito comparado muito útil a todos aqueles que se interessam por temas do Direito da Família e Crianças. Enquanto orientadora pude comprovar o investimento científico da autora, incluindo a participação em conferências internacionais.

O livro oferece ao leitor uma análise rigorosa sobre as problemáticas da residência da criança e, ao mesmo tempo, incita a uma reflexão sobre novos caminhos na senda do superior interesse da criança.

Rossana Martingo Cruz
Professora da Escola de Direito
da Universidade de Minho

Apresentação

O primoroso trabalho de *Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira*, que o leitor tem em mãos, é fruto de dissertação de mestrado em “*Direito das Crianças, Família e Sucessões*” (Universidade do Minho, Portugal), como via de continuidade do estudos jurídicos de *Petra Sofia* iniciados na clássica Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM). Em sua pesquisa, a autora uniu seu conhecimento prático, como defensora pública na área de família junto à Defensoria Pública do Amazonas (DPE/AM), aos estudos científicos da temática proposta em solo lusitano, revelando sua aptidão à escrita no decurso de todo livro.

Em seu *primeiro capítulo* discorre sobre a alternância de residência da criança após o divórcio, com ênfase no Direito Comparado, mais especificamente no Direito estadunidense (*shared physical custody*), francês e espanhol, análises essas muito úteis à compreensão do instituto e até mesmo como fonte de inspiração para a interpretação jurídica e eventuais propostas legislativas. Em seu *segundo capítulo*, a autora voltou seus olhos ao estudo da dupla residência no próprio ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a salutar análise da jurisprudência e da doutrina. Por fim, no *terceiro capítulo*, o foco é o ordenamento jurídico português, promovendo o objetivo da autora em trazer um ímpar estudo sobre a

dupla residência no Direito Comparado e brasileiro a fim de permitir o aprofundamento de rico instituto do Direito de Família ainda carente de maiores atenções doutrinárias e jurisprudenciais.

Sem dúvidas, a obra “*A dupla residência da criança pós-divórcio: uma análise de Direito Comparado e sua aplicação no Direito Brasileiro*” será útil tanto para profissionais, quanto para estudantes do Direito, servindo tanto à análise teórica, quanto aos debates práticos influenciadores da jurisprudência nacional. É, portanto, uma aquisição recomendada, estando de parabéns a briosa *Editora D’Plácido*, sempre inovando no mercado editorial, e a autora, a qual contribui, seguramente, com a pesquisa científica do Direito de Família.

Manaus/AM, 18 de dezembro de 2019.

Maurilio Casas Maia

Professor da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Amazonas (FD/UFAM).
Defensor Público (DPE-AM).

Introdução

O desejo de se investigar a prática da dupla residência da criança após o divórcio (residência alternada) surgiu a partir de estudos realizados durante o curso de Mestrado em Direito das Crianças, Famílias e Sucessões, realizado na Universidade do Minho, Braga/Pt, oportunidade em que analisei decisões de Tribunais Portugueses nas quais a residência alternada¹ da criança foi imposta, no âmbito de processo de regulação das responsabilidades parentais, mesmo em caso de desacordo entre os genitores, sendo esse o primeiro contato que tive com este tema tão fascinante da seara do Direito de Família.

Tais decisões me despertaram grande interesse, uma vez que na minha atuação como Defensora Pública do Estado do Amazonas, titular de um núcleo especializado em atendimentos iniciais na área da família, onde se realizam diariamente acordos de guarda e de convivência familiar após divórcio/dissolução de união estável, sempre prevaleceu a idéia de que, mesmo na concessão da guarda compartilhada, era de rigor a fixação de uma única residência ao(s) filho(s), ou seja, deveria ser estabelecida uma “*residência (lar) de referência*”, uma

¹ Em Portugal, a prática da dupla residência da criança após o divórcio é chamada de residência alternada, expressão essa que não se confunde com a guarda alternada, conforme será analisado no decorrer desta escrita.

vez que a criança precisaria da estabilidade emocional que tal circunstância supostamente acarretaria.

Diante de tal premissa, sobrevieram inúmeros questionamentos a respeito dessa temática: quais os fundamentos jurídicos para a concessão da dupla residência ou residência alternada da criança? Essa dinâmica de alternância de residências atende ao seu superior interesse? Tal arranjo familiar pós-divórcio equivale à guarda alternada? Buscando solucionar tais questões e, diante da flagrante disparidade entre o posicionamento adotado pelos Tribunais de Portugal e do Brasil, decidi ir a fundo na pesquisa da doutrina e jurisprudência estrangeiras, para entender melhor, não só, o embasamento jurídico mas também psicológico que permeiam essa nova forma de organização familiar pós-divórcio.

Dessa forma, a presente escrita tem o objetivo de trazer um contributo para a comunidade acadêmica da seara do direito, através da reflexão das práticas atualmente adotadas na regulamentação da convivência da criança após o divórcio com ambos os genitores, além de fomentar a discussão sobre o conceito da dupla residência (residência alternada), seus principais fundamentos, distinguindo-o de outros institutos jurídicos como a guarda alternada, e divulgar os benefícios que tal arranjo familiar pode trazer para os filhos do divórcio.

Para o alcance de tal desiderato, será realizada uma abordagem de direito comparado, analisando-se as raízes do instituto, assim como o seu conceito e características, através do posicionamento doutrinário luso-brasileiro e estrangeiro, apontando-se os principais aspectos positivos e negativos suscitados pelos juristas expoentes nesta temática.

Conforme será demonstrado, trata-se de instituto jurídico presente nos mais recentes debates no ramo do Direito de Família, considerando as novas formas de arranjo familiar atualmente existentes, a decorrerem grande parte do crescente número de divórcio e separação de pessoas, o que torna imprescindível aprofundarem-se as discussões acerca

do tema, eis que ainda se constata demasiada resistência por parte dos tribunais em aplicar a dupla residência da criança após divórcio nos referidos países lusófonos, não obstante a diversidade de estudos científicos apontando para a referida prática, no contexto da coparentalidade, como sendo uma forma de organização parental após divórcio ou separação que atende aos interesses e necessidades da criança e, como consequência, de seus pais.

Para melhor entendimento da matéria, dedicar-se-á o primeiro capítulo deste escrito ao exame das origens do instituto da residência alternada nos Estados Unidos da América, a partir da década de 70, momento em que se observavam no mundo ocidental transformações em vários aspectos da vida familiar, tais como diminuição das taxas de nupcialidade e casamentos; crescimento das uniões estáveis; aumento de nascimentos fora do casamento; aumento significativo da taxa de divórcio e na configuração de novas realidades parentais nas famílias monoparentais e reconstituídas².

Consoante será devidamente destacado, observou-se uma evolução da dinâmica familiar, com a gradual alteração do seu padrão estrutural, em que as mulheres passaram de cuidadoras exclusivas dos seus filhos e do lar para exercerem atividade também no mercado de trabalho, e contribuir cada vez mais para o sustento do seu núcleo familiar, o que culminou no aparecimento de novas formas de organização parental, sendo possível observar a participação cada vez mais intensa dos pais no cotidiano da família, a refletir maiores responsabilidades na educação e criação de seus filhos, tanto na conjugalidade como após divórcio ou separação.

Nesse contexto, emergem no seio familiar práticas de igualdade parental, sendo possível observar o exercício da coparentalidade, conceituada como a forma dos pais

² MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017 p.13.

cooperarem no cumprimento dos seus papéis parentais para com seus filhos. Seria, portanto, nas palavras do psicólogo e Professor da Universidade de Laval, Canadá, Richard Cloutier “o entendimento na partilha de responsabilidades, a sincronização das funções de cada um dos progenitores, a qualidade da comunicação no dia-a-dia e na altura das tomadas de decisão, o respeito pelo que foi acordado, as estratégias de controlo dos conflitos”³.

É precisamente nesse ambiente de responsabilidades parentais conjuntas que surge a dinâmica da dupla residência (residência alternada) após divórcio/separação, a consistir no exercício da residência da criança de forma alternada ou rotativa com cada um dos progenitores, com os quais a criança passa tempo tendencialmente similar, a possibilitar o desenvolvimento de vivências comuns e o estabelecimento do quotidiano familiar e social estável com ambas as células familiares⁴.

Conforme será ressaltado no decorrer desta escrita, as legislações de diversos países ocidentais sofreram constantes transformações no que diz respeito ao tratamento das responsabilidades parentais, pretendendo-se discutir, nesse contexto internacional, como a prática da alternância de residências vem sendo abordada em países como os Estados Unidos, França e Espanha, através do exame da legislação civil que regulamenta a matéria, bem como mediante observação do posicionamento jurisprudencial.

Após breve digressão histórica-normativa do instituto da residência alternada, propõe-se para o segundo capítulo um minucioso estudo do ordenamento jurídico brasileiro

³ CLOUTIER, Richard e FILION, Lorraine e TIMMERMANS, Harry, *Quando os pais se separam... para melhor lidar com a crise e ajudar a criança*, Tradução de Emanuel Pestana, Lisboa, Climepsi Editores, 2006, p.69

⁴ PERQUILHAS, MARIA, *O exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada (alternada). Consensos e controvérsias*, in *Divórcio e Parentalidade* (ANCIÃES, Alexandra, AGULHAS, Rute e CARVALHO, Rute), Lisboa, Edições Sílabo, 2018, p. 68.

alusivo à matéria, avaliando-se a evolução do Código Civil no que diz respeito ao exercício e titularidade do poder familiar, assim como das modalidades de guarda existentes na legislação civilista brasileira, chegando-se às alterações promovidas pelas importantes Leis nº 11.680/08 e nº 13.058/14, responsáveis pela introdução no direito brasileiro dos conceitos de guarda compartilhada, tendo esta última lei complementado aspectos relevantes do instituto, ao legitimar a guarda física compartilhada, no âmbito da qual se insere a prática da dupla residência.

Pretende-se clarificar que, embora a lei utilize a expressão “*guarda compartilhada*”, sugerindo portanto que no aspecto da residência do filho também houvesse a referida divisão igualitária, tal prática não tem sido utilizada pelos tribunais brasileiros, sendo diminuta a sua incidência, se comparada com a jurisprudência portuguesa. Almeja-se avaliar, portanto, quais os fundamentos utilizados para a não aplicação da dupla residência nos casos em que se restou fixada a guarda compartilhada.

Demais disso, o segundo capítulo tem por escopo, além de demonstrar como os Tribunais brasileiros têm decidido acerca da dupla residência da criança, expor os posicionamentos favoráveis e contrários apresentados pela doutrina brasileira acerca da referida forma de arranjo familiar.

Por fim, reservou-se o terceiro e último capítulo para uma detida análise da aplicabilidade do instituto ordenamento jurídico português, ocasião em que será realizado estudo da legislação cível, sendo forçoso, desde já, salientar inexistir até o momento qualquer referência à terminologia “*residência alternada*”⁵, contudo alguns tribunais têm aplicado o instituto, no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais, homologando acordos apresentados pelos

⁵ O Código Civil Francês, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de aplicação da residência alternada, em seu artigo 373-2-9.

genitores que estabeleçam a alternância de residências, ou mesmo decidindo nesse sentido, conforme será fartamente exposto no mencionado capítulo. Além disso, serão avaliadas as recentes propostas de alteração legislativa de iniciativa tanto da sociedade civil como de partidos políticos portugueses, no sentido de incluir como presunção jurídica a prática da residência alternada.

Não obstante Portugal possua melhores índices de sua aplicação, ainda existe grande resistência em relação à prática da residência alternada, tanto por parte de Juízes, membros do Ministério Público, ou mesmo de juristas, por pressuporem que tal prática, ao invés de acalmar os conflitos entre os progenitores, os acentuam, colocando os filhos no centro do conflito entre os pais, prejudicando o seu bem-estar psicológico⁶.

É de se ter por certo não se tratar de um regime de convívio que possa ser aplicado em todas as situações⁷, consoante será adequadamente exposto nos capítulos a seguir, impondo-se aos operadores jurídicos e demais profissionais envolvidos sensibilidade na avaliação do caso concreto, a averiguar se as competências parentais estão conservadas, bem como as demais características do instituto, visando sempre o superior interesse da criança.

Diante do exposto, é evidente que o tema da dupla residência da criança após o divórcio (residência alternada) é bastante polêmico, recente e ainda pouco explorado, sendo de grande valia para a comunidade jurídica lusobrasileira aprofundarem-se os estudos sobre a sua aplicação, em caso de separação/divórcio dos genitores, de maneira a difundir

⁶ Essa é o posicionamento da nobre jurista Maria Clara Sottomayor, Magistrada do Tribunal Constitucional, conforme destacado em sua obra “Tema de Direito das Crianças”, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, p.67.

⁷ Em casos de violência doméstica ou abuso sexual de crianças, dentre outros a serem estudados e apresentados no presente estudo.

o seu debate, a partir do exame dos argumentos favoráveis e contra sua incidência, colhidos da análise doutrinária e jurisprudencial, bem como mediante a avaliação de alguns dos importantes estudos científicos já publicados sobre o tema, sendo esse o objetivo a que se propõe a presente escrita.

A dinâmica da dupla residência da criança pós-divórcio tem sua origem nos EUA, na figura da joint physical custody, pela qual a criança passa a residir com os dois genitores, através da partilha de períodos sucessivos de convivência e das responsabilidades parentais. Alinhando-se às orientações internacionais sobre o tema, Brasil e Portugal adaptaram suas legislações no sentido de incluir o princípio da parentalidade partilhada como presunção legal. Contudo, a insistência dos Tribunais em fixar um “lar de referência” para a criança evidencia a necessidade de amplo debate sobre a dupla residência, que tanto favorece a coparentalidade bem como atende às necessidades da criança de vinculação afetiva com ambos os pais.



ISBN 978-65-5589-045-7



9 786555 890457