

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Direito da Família

- Vária

JURISDIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

OUTUBRO 2018

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta





O compromisso do Centro de Estudos Judiciários é o de dar a maior divulgação possível ao trabalho realizado no âmbito da sua actividade: máximo aproveitamento e maior utilidade para a Comunidade Jurídica.

As comunicações produzidas nas acções de formação na área do Direito da Família e das Crianças no âmbito dos Planos de Formação 2015-2016, 2016-2017 e 2017-2018, e que ainda não tinham sido publicadas, vêm agora a público neste e-book, no qual são objecto de apreciação e estudo matérias que só por si não permitiriam uma autonomização, mas que – aqui reunidas – constituem uma fonte de saber que não pode ser desperdiçada, em face da sua qualidade e interesse (Os alimentos devidos à Criança – Esaguy Martins; As providências especiais previstas no artigo 931.º, n.º 7, do Código de Processo Civil – natureza e procedimentos – Nuno de Lemos Jorge; A regulação do exercício das responsabilidades parentais na ponte entre o direito e outros saberes– Paula Casaleiro; A residência da Criança – critérios de decisão - Ana Raquel Pessoa; O direito da criança aos convívios com terceiros de referência - Andreia Marques, Bruno Alcarva e Débora Santa Maria; Audição da Criança nos Acordos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais Extra Judiciais - Rui Amorim; O acompanhamento técnico no “novo” Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Lucília Gago; Audição Técnica Especializada – A experiência da ECJ Amadora/ Lisboa – Vânia Silva e Célia Augusto); Intervenção judicial no processo de inventário para separação de meações – Carla Câmara).

Matérias polémicas, abordadas de forma prática e que, agora, serão objecto de leitura atenta pelos profissionais da área dando-lhe a merecida utilidade.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito da Família – Vária

Jurisdição da Família e das Crianças:

Ana Teresa Pinto Leal (Procuradora da República, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição*)

Lúcia Chandra Gracias (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Pedro Raposo de Figueiredo (Juiz de Direito e Docente do CEJ*)

Maria Oliveira Mendes (Procuradora da República e Docente do CEJ*)

Ana Maria Carvalho Massena Carreiro (Procuradora da República, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição**)

Maria Gomes Bernardo Perquilhas (Juíza de Direito e Docente do CEJ**)

José Eduardo Gonçalves Barbosa Lima (Procurador da República e Docente do CEJ**)

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2015/2016:

Mediação familiar e técnicas de Mediação nas secções de família – 18 de dezembro de 2015 (programa)

Temas de Direito da Família e das Crianças – 6, 13, 20 e 27 de maio de 2016 (programa)

Plano de Formação 2016/2017

Processos especiais decorrentes da dissolução da sociedade conjugal – 16 de dezembro de 2016 (programa)

Temas de Direito da Família e das Crianças – 20 e 27 de janeiro e 17 e 24 de fevereiro de 2017 (programa)

Plano de Formação 2017/2018

Temas de Direito da Família e das Crianças – 5 e 12 de janeiro e 16 e 23 de fevereiro de 2018 (programa)

Conceção e organização:

Jurisdição da Família e das Crianças

(Coordenação: Ana Maria Carvalho Massena Carreiro)

Intervenientes:

Ezaguy Martins – Juiz Desembargador Jubilado

Nuno de Lemos Jorge – Juiz de Direito, Assessor no Tribunal Constitucional

Paula Casaleiro – Doutoranda em Sociologia, CES – FEUC

Ana Raquel Pessoa – Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

Andreia Marques, Bruno Alcarva e Débora Santa Maria – Auditor/as de justiça do 32º Curso de Formação do CEJ

* Desde setembro de 2018.

** À data da realização das Ações de Formação.

Rui Amorim – Procurador da República – Comarca de Braga – Juízo de Família e Menores de Barcelos

Lucília Gago – Procuradora-Geral da República (desde 12 de outubro de 2018) e ex-Docente do CEJ

Vânia Silva e Célia Augusto – Equipa de Acompanhamento às Crianças e Jovens do Setor Territorial Amadora – Lisboa do ISS

Carla Câmara – Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Lisboa

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 12/10/2018	

Direito da Família - Vária

Índice

1. Os alimentos devidos à Criança	9
Esaguy Martins	
1.1. Da obrigação de alimentos	11
1.2. Da fixação da pensão de alimentos, quando o progenitor que não tenha a guarda se encontre em situação de ausência em parte incerta, de desemprego, ou em que, simplesmente seja desconhecida a sua situação patrimonial	14
1.3. Dos argumentos no sentido – que como decorre do bosquejo feito, é, na atualidade, o largamente maioritário na jurisprudência – de haver lugar à fixação de alimentos, em hipótese de ausência em parte incerta do progenitor alimentante, de desconhecimento da situação económica daquele e de desemprego	20
1.4. À referenciada argumentação uma outra ordem de razões pode, no entanto, contrapor-se	23
1.5. Da fixação de pensão de alimentos quando o progenitor não custodio tiver rendimentos insuficientes, designadamente auferindo rendimento social de inserção	32
1.6. Conclusão	36
2. As providências especiais previstas no artigo 931.º, n.º 7, do Código de Processo Civil – natureza e procedimentos	37
Nuno de Lemos Jorge	
2.1. Introdução	39
2.2. Origem da norma	40
2.3. Natureza dos procedimentos	42
2.4. Consequências da natureza cautelar	44
2.5. Observações finais	53
3. A regulação do exercício das responsabilidades parentais na ponte entre o direito e outros saberes	55
Paula Casaleiro	
3.1. Introdução	57
3.2. Conclusões	58
3.3. Referências bibliográficas	62
3.4. Centralidade das perícias no processo e na decisão judicial	63
3.5. Impacto heterogéneo das perícias	64
3.6. Neutralidade e objetividade	66
3.7. Conclusão	67
4. A residência da Criança – critérios de decisão	73
Ana Raquel Pessoa	
5. O direito da criança aos convívios com terceiros de referência	77
Andreia Marques, Bruno Alcarva e Débora Santa Maria	

5.1. Introduction: An overview on the post-modern family	81
5.2. European Law	82
5.3. The right of contact between the child and attachment figures	90
5.4. Conclusion	94
5.5. Bibliography	95
6. Audição da Criança nos Acordos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais Extra Judiciais	109
Rui Amorim	
6.1. Introdução	111
6.2. Questões	111
6.3. Conclusões	119
7. O acompanhamento técnico no “novo” Regime Geral do Processo Tutelar Cível	121
Lucília Gago	
7.1. A consagração do direito de audição da criança – o caminho percorrido e a percorrer	123
7.1.1. Os mais relevantes instrumentos internacionais	123
7.1.2. A lei interna nacional: o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, a audição da criança e o seu acompanhamento técnico	128
7.2. O princípio da consensualização consagrado no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RGPTC – o recurso obrigatório à audição técnica especializada ou à mediação	139
8. Audição Técnica Especializada – A experiência da ECJ Amadora/ Lisboa	149
Vânia Silva e Célia Augusto	
8.1. Resumo	151
8.2. Introdução	151
8.3. Enquadramento legal	152
8.4. Como se processa a intervenção técnica face a um pedido de realização de ATE em Processo Tutelar Cível	152
8.5. Novos ou velhos desafios para a Assessoria Técnica em processos tutelares cíveis?	158
8.6. Nota reflexiva	160
9. Intervenção judicial no processo de inventário para separação de meações	161
Carla Câmara	

1.

Os alimentos devidos à Criança

Esaguy Martins



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OS ALIMENTOS DEVIDOS À CRIANÇA

Esaguy Martins*

1.1. Da obrigação de alimentos.

1.2. Da fixação da pensão de alimentos, quando o progenitor que não tenha a guarda se encontre em situação de ausência em parte incerta, de desemprego, ou em que, simplesmente seja desconhecida a sua situação patrimonial.

1.3. Dos argumentos no sentido – que como decorre do bosquejo feito, é, na atualidade, o largamente maioritário na jurisprudência – de haver lugar à fixação de alimentos, em hipótese de ausência em parte incerta do progenitor alimentante, de desconhecimento da situação económica daquele e de desemprego.

1.4. À referenciada argumentação uma outra ordem de razões pode, no entanto, contrapor-se.

1.5. Da fixação de pensão de alimentos quando o progenitor não custodio tiver rendimentos insuficientes, designadamente auferindo rendimento social de inserção.

1.6. Conclusão.

Vídeo de apresentação

Não tendo a pretensão de esgotar esta temática no lapso de tempo disponível iremos focar-nos na questão do fundamento da correspondente obrigação nos quadros das responsabilidades parentais, e na da fixação de pensão de alimentos em hipóteses de ausência em parte incerta do progenitor alimentante, de desconhecimento da situação económica daquele, de desemprego, ou de insuficiência económica do mesmo (designadamente em hipótese de perção pelo referido progenitor de RSI – Lei n.º 13/2003, de 21 de maio).

Sendo a abordagem da primeira numa perspetiva essencialmente introdutória da segunda.

E assim:

1.1. Da obrigação de alimentos.

1 – A nossa Lei Fundamental é expressa, no seu artigo 36.º, ao estabelecer que os cônjuges “têm iguais direitos e deveres quanto à manutenção e educação dos filhos” (n.º 3) e que “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos” (n.º 5).

Anotam Jorge Miranda e Rui Medeiros¹ que aquela Lei, para além do *princípio da igualdade* no domínio da manutenção e educação dos filhos, consagra igualmente o direito e o dever dos pais de “dentro das suas possibilidades económicas (...) durante a menoridade dos filhos ou enquanto não for exigível a estes que se autossustentem, velar pela sua segurança e saúde e prover ao seu sustento. E, não convivendo os pais maritalmente, o progenitor que não tem a guarda do filho deve, desde logo por imperativo constitucional (em face do dever fundamental de manutenção dos filhos, ainda que nascidos fora do casamento), prestar-lhe alimentos.”

* Juiz Desembargador Jubilado.

¹ In “Constituição da República Portuguesa, Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, págs. 410 e 415.

Também J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira,² depois de esclarecerem que “aliás, «educação» tem aqui um sentido distinto e bastante mais amplo do que «ensino»”, assinalam “Quanto ao direito e dever de manutenção” que “ele envolve especialmente o dever de prover ao sustento dos filhos, dentro das capacidades económicas dos pais, até que eles estejam em condições (ou tenham obrigação) de o fazer. Daí o fundamento da obrigação de alimentos por parte do progenitor que não viva com os filhos.” (os grifados são nossos). Sendo que, e continuamos a citar, “O dever de educação e manutenção dos filhos, além de um dever ético-social, é um dever jurídico, nos termos estabelecidos na lei civil (artigos 1877.º e seguintes) e em convenções internacionais (cfr. Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 5.º).”

Igualmente na Convenção Sobre os Direitos da Criança, feita em Nova Iorque em 20 de novembro de 1989, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/1990, e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro, se consignou caber “*primacialmente aos pais e às pessoas que têm a criança a seu cargo a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança*” (artigo 27.º, e idem quanto ao grifado).

Tendo-se expendido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Uniformizador de Jurisprudência) de 19-03-2015 – proc. 52/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A, Relator: FERNANDA ISABEL PEREIRA³ - que:

“A obrigação ou dever de alimentos estabelecido a favor dos filhos menores assume contornos particulares face à natureza dos direitos envolvidos, que encontram suporte no artigo 36.º n.º 5 da Constituição, normativo que impõe aos pais o dever de educação e manutenção dos filhos. Trata-se de um dever fundamental, constitucionalmente autonomizado, que tem por beneficiários imediatos os filhos, vinculando o progenitor que não tem a guarda do filho ao dever de lhe prestar alimentos.

Não obstante a estrutura obrigacional do vínculo de alimentos, esta prestação alimentícia é integrante de um dever privilegiado que, segundo Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª ed., pág. 169),⁴ constitui um caso nítido de deveres reversos dos direitos correspondentes, de direitos deveres ou de poderes-deveres com dupla natureza, em que se elevou um dever elementar de ordem social e jurídico a dever-direito fundamental.

O superior interesse da criança está claramente afirmado e prevalece sobre qualquer outro em matérias que respeitem à sua segurança, saúde, educação e sustento, comprimindo, se necessário, o próprio direito dos pais à sobrevivência condigna. Aos pais compete partilhar com os filhos o pouco que possam ter e colocar-se em posição de angariar os meios necessários e indispensáveis ao sustento do filho menor.” (idem...).

² In “Constituição da República Portuguesa, Anotada”, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2007, págs. 565-566.

³ In www.dgsi.pt/jstj.nsf

⁴ José Carlos Vieira de Andrade, Almedina.

Passando agora à lei ordinária, temos que, consabidamente, *“Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”*, compreendendo o dever de assistência *“a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar”* (cfr. artigo 1874.º, do Código Civil, a que pertencerão os demais normativos de ora em diante citados sem indicação de origem).

Na mesma linha, dispõe-se no artigo 1878.º competir *“aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação.”*.

Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, bem como nos de separação de facto, cessação de convivência entre progenitores que viviam em condições análogas às dos cônjuges, e de filiação estabelecida quanto a ambos os cônjuges que não vivem em tais condições *“os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar são regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação”, que “é recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor”* (cfr. artigos 1905.º, n.º 1, 1909.º, 1911.º e 1912.º, n.º 1). Sendo que, na definição legal, *“por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário”* compreendendo, igualmente *“a instrução e educação do alimentando, no caso de este ser menor”* (vd. artigo 2003.º.)

Abarcando assim aqueles, que o mesmo é dizer o correspondente *dever paternal de sustento ou manutenção*, na síntese de Jorge Duarte Pinheiro⁵ *“o vestuário, a alimentação e todas as prestações conexas com as várias situações jurídicas em que se desdobram as responsabilidades parentais (v.g., prestações com a saúde e a segurança, exigidas pelo poder-dever de guarda, ou com a educação, decorrentes do poder-dever de educar)”*.

Frisa Maria Aurora Vieira de Oliveira⁶ – que *“os alimentos devidos a menores visam satisfazer as necessidades destes, não apenas as suas necessidades básicas, cuja satisfação é indispensável para a sua sobrevivência, mas tudo o que o menor precisa para usufruir de uma vida conforme à sua condição, às suas aptidões, estado de saúde e idade, tendo em vista a promoção do seu desenvolvimento intelectual, físico e emocional, em condições idênticas às que desfrutava antes da dissociação familiar.”*⁷

Diversamente, entende Diogo Leite Campos⁸ que após a dissociação familiar não poderá ser tomado como referência o nível de vida que o menor tinha na constância da vida conjugal.

O que, porventura, se preenderá com a circunstância de uma suposta superior eficácia da economia conjunta, observada durante a constância da vida conjugal ou afim, deixar de se verificar com a cessação desta.

⁵ In “O direito da família contemporâneo, Lições”, 4.ª Ed., aafdl, 2013, pág. 295.

⁶ In “Alimentos Devidos a Menores - Dissertação de Mestrado”, orientada pela professora Maria Olinda da Silva Nunes Garcia, Janeiro de 2015, acessível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28643/1/Alimentos%20devidos%20a%20menores.pdf>.

⁷ Neste sentido vide Maria João Romão Carreiro Vaz, Child Support as an Effect of Divorce in Portugal and Europe, in Handbook of Global Legal Policy, edited by Stuart S. Nagel University of Illinois, 2000, página 273 e seguintes, na qual a autora refere que o nível de vida dos pais como um critério importante na determinação das necessidades da criança, notando que esse critério é expressamente referido no §1610 do BGB e no artigo 438.º do Código Civil Italiano, sendo também adotado pelos tribunais franceses.

⁸ In “Lições de Direito da Família e das Sucessões”, 2.ª edição, Almedina, 1997, pág. 312.

Em qualquer caso, e na conformidade do assinalado pelos constitucionalistas citados supra, “os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los”, devendo, na sua fixação, atender-se “outrossim, à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência” (vd. artigo 2004.º, n.ºs 1 e 2, respetivamente). Sendo que, como desde já se acolhe, ao fixar a medida dos alimentos devidos a menores, adequando-os aos meios de quem houver de prestá-los, não pode o tribunal limitar-se a atender ao valor atual dos rendimentos no momento e, conjunturalmente, auferidos pelo obrigado, devendo antes valorar, de forma global e abrangente, a sua condição social, a sua capacidade laboral e todo o acervo de bens patrimoniais de que seja detentor.

1.2. Da fixação da pensão de alimentos, quando o progenitor que não tenha a guarda se encontre em situação de ausência em parte incerta, de desemprego, ou em que, simplesmente seja desconhecida a sua situação patrimonial.

1 – Trata-se, a presente, de questão que foi objeto de decisões jurisprudenciais contraditórias.

Assim, e no sentido de em situações que tais não poder o Tribunal fixar uma pensão de alimentos a cargo do referido progenitor, decidiu-se, v.g., em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-01-2007⁹ – proc. 10081/2007-2, Relator: ANA PAULA BOULAROT - em cujo sumário pode ler-se:

“I - A fixação de uma pensão de alimentos não é obrigatória nas decisões que regulam o poder paternal, pois não obstante o dever de contribuir com alimentos para o sustento dos filhos menores seja um dever parental, este dever não poderá ser imposto se por um lado o Tribunal nada apurar acerca da vida social e profissional do Requerido e/ou este não tiver quaisquer meios para o cumprir: a decidir-se desta forma, estar-se-ia a ignorar o preceituado no artigo 2004.º, n.º1 do C Civil. II - Se, o Tribunal, nessas circunstâncias fixar tal prestação alimentícia, abrindo caminho para a substituição, pelo Estado, no cumprimento da satisfação da mesma ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro, seria à partida, estar a aplicar analogicamente este normativo a situações diversas, o que não nos permite o disposto no artigo 11.º do Código Civil, já que se trata de uma norma excecional”.

Nessa mesma linha decidiram os Acórdãos daquela Relação de 04-12-2008, proc. 8155/2008-6, Relator: MÁRCIA PORTELA; de 17-09-2009, Proc. 5659/04.7TBSXL.L1-2, Relator: ONDINA CARMO ALVES; de 05-05-2011, proc. 4393/08.3TBAMD.L1-2, Relator: EZAGÜY MARTINS; e de 06-12-2011, proc. 3464/08.0TBAMD.L1-6, Relator: TOMÉ RAMIÃO.¹⁰

Para além, e sempre apenas respigando, dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 29-11-2011, proc. 2213/09.0TMPRT, Relatora ONDINA CARMO ALVES; de 15-05-2014, proc. 1860/08.2TBPRD-4.P1, Relator: MADEIRA PINTO; e de 29-05-2014, proc. 743/12.6TBVNG.P1, Relator: DEOLINDA VARÃO.¹¹

⁹ In www.dgsi.pt/jtrl.nsf

¹⁰ Todos in www.dgsi.pt/jtrl.nsf.

¹¹ Todos in www.dgsi.pt/jtrp.nsf

Em sentido oposto podem ver-se, designadamente: os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-09-2017, proc. 12594/10.8T2SNT-B-7, Relator: CARLA CÂMARA; de 05-04-2016, proc. 1343/12.6TCLRS-A.L1-1, Relator: JOÃO RAMOS DE SOUSA; de 09-12-2015, proc. 5722-15.9T8SNT.L1-8, Relator: SACARRÃO MARTINS (não obsta a tal fixação o facto de o progenitor responsável pelos alimentos se encontrar em paradeiro desconhecido, assim como sendo absoluto o desconhecimento do seu modo de vida e condições profissionais e económicas"); e de 18-12-2012, proc. 838/10.0T2AMD.L1-7, Relator: TOMÉ GOMES¹²;

– Os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-03-2015, proc. 1014/08.8TMCBR-M.C1, Relator: JORGE ARCANJO (este decidindo que “deve ser fixada e mantida pensão de alimentos devidos a menor ainda que o progenitor, a ela obrigado, se encontre desempregado e insolvente”); de 12-03-2013, proc. 648/12.0TBTN-V.A.C1, Relator: MOREIRA DO CARMO (“o tribunal deve proceder à fixação de alimentos a favor do menor, ainda que o respetivo progenitor esteja temporariamente desempregado”; e de 05-11-2013, proc. 1339/11.5BTBMR.A.C1, Relator: CARVALHO MARTINS¹³;

– Os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 29-01-2013, proc. 2424/09.9TMPRT-A.P1, Relator: HENRIQUE ARAÚJO; de 15-11-2012, proc. 7737/10.4TBVNG.P1, Relator: JOSÉ FERRAZ; de 12-04-2012, proc. 1659/11.9TMPRT.P1, Relator: LEONEL SERÔDIO; de 03-10-2011, proc. 2337/10.1TMPRT.P1, Relator: ANA PAULA AMORIM; e de 21-06-2011, proc. 1438/08.0TMPRT.P1, Relator: M. PINTO DOS SANTOS¹⁴;

– Os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02-11-2010, proc. 614/08.0TMBRG.G1, Relator: TERESA PARDAL; e de 20-10-2011, proc. 6/11.0TBGMR.G1, Relator: MANUEL BARGADO.¹⁵

Com alguma *nuance* julgou-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-02-2013, proc. 4861/08.7TBSXL.L1:

“1, Relator: RUI VOUGA, que “1. Em ação intentada contra o obrigado à prestação de alimentos, o autor apenas tem que alegar e provar a relação geradora dessa obrigação (a filiação, quando estejam em causa alimentos a favor de filho; e a menoridade deste, no caso de ação referente a menor) e a necessidade de alimentos, cabendo, por sua vez, ao demandado/requerido o ónus de alegar e provar a impossibilidade de os prestar.
2. Consequentemente, só em caso de prova da impossibilidade de prestar alimentos é que o obrigado a tal pode deles ficar desonerado (o que afasta a possibilidade dele ser desonerado em virtude da sua simples ausência em parte incerta e do desconhecimento da sua situação económica); por outro lado, a prova dessa impossibilidade deve ser feita pelo obrigado demandado na ação”.

¹² In www.dgsi.pt/jtrl.nsf. Vd. ainda os Acórdãos da mesma Relação, de 25-06-2015, proc. 23123/13.1T2SNT.L1-2, Relator: TERESA ALBUQUERQUE; de 26-03-2015, proc. 5542-13.5T2SNT.L1-6, Relator: MARIA TERESA PARDAL; e de 05-03-2013, proc. 7252/06.0TBSXL.L1-7, Relator: PIMENTEL MARCOS, ibidem.

¹³ Todos in www.dgsi.pt/jtrc.nsf.

¹⁴ Todos in www.dgsi.pt/jtrp.nsf.

¹⁵ In www.dgsi.pt/jtrg.nsf.

Na mesma linha, no já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-11-2013, decidiu-se que:

- “1. A medida da prestação alimentar determina-se pelo binómio: possibilidades do devedor e necessidade do credor, devendo aquelas possibilidades e outras necessidades serem atuais. Na fixação dos alimentos há que ter em conta em cada caso concreto, não só as necessidades primárias do alimentado, mas também as exigências decorrentes do nível de vida e posição social correspondentes à sua situação familiar.
2. A falta de possibilidades, perfila uma exceção, cuja prova incumbe ao devedor de alimentos.”.

Em acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-06-2015, proc. 30819/09.0T2SNT-A.L1-7, Relator: ROSA RIBEIRO COELHO,¹⁶ ressaltou-se já, porém, que a falta *“de um dos elementos de aplicabilidade da proporcionalidade a que se refere o artigo 2004.º do Código Civil, não será, só por si, causa de não fixação da obrigação de prestar alimentos, que será feita com os elementos disponíveis”, se aquela se dever a “facto imputável ao obrigado”.*

2 – O Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em Acórdão de 27-09-2011, 4393/08.3TBAMD.L1.S1, Relator: GREGÓRIO SILVA JESUS, julgou que:

“I - A essencialidade de que se reveste para o interesse do menor a prestação alimentar impõe ao tribunal que lhe confira o necessário conteúdo, não se podendo dar, e ter, por satisfeita pela constatação da falta de elementos das condições económicas do progenitor requerido, particularmente se por ausência deste em parte incerta ou de colaboração sua.

II - Mesmo no caso de se desconhecer o paradeiro e a situação económica do progenitor, deve fixar-se a pensão de alimentos devidos a menor.

III - Não o fazer, deixando para o futuro, de duração incerta se não mesmo inalcançável, campo para novas iniciativas por banda da mãe dos menores ou do MP com o objetivo de descobrir o paradeiro do requerido-pai e as suas condições de vida ou esperar o seu surgimento, compromete inevitavelmente a eficácia jurídica da satisfação das necessidades básicas dos menores alimentandos, prolongando no tempo de forma injustificada a carência continuada de recebimento de qualquer prestação social de alimentos.”

No mesmo sentido foram os ulteriores arestos daquele Tribunal, de 15-05-2012, proc. 2792/08.0TBAMD.L1.S1, Relator: ALVES VELHO; de 29-03-2012, proc. 2213/09.0TMPRT.P1.S1, Relator: JOÃO TRINDADE; de 08-05-2013, proc. 1015/11.9TMPRT.P1.S1, Relator: LOPES DO REGO; e de 22-05-2013, proc. 2485/10.8TBGMR.G1.S1, Relator: GABRIEL CATARINO¹⁷ (o que, como é natural, não deixou de pesar no sentido das decisões dos Tribunais da Relação – nuns mais do que noutros – e da 1.ª instância, podendo mesmo dizer-se que hoje é francamente maioritária a corrente jurisprudencial que sustenta ser de fixar alimentos ao menor ainda que se desconheça a situação económica do progenitor, designadamente por ausência do mesmo em parte incerta).

¹⁶ In www.dgsi.pt/jtrl.nsf

¹⁷ Todos in www.dgsi.pt/jstj.nsf.

Tomé D’Almeida Ramião pondera essa mesma circunstância, no seu “Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Anotado e Comentado”,¹⁸ considerando:

“Têm-se discutido na jurisprudência a questão de saber se, no âmbito de regulação das responsabilidades parentais, deve ser fixada prestação de alimentos a cargo do progenitor, ainda que se ignore a sua real situação económica e social ou em que se apure não auferir rendimentos.

Na jurisprudência dividiram-se as opiniões quanto à resposta a esta questão, argumentando uns que deverá sempre ser fixada uma prestação alimentar e a forma de os prestar, a cargo de progenitor ausente, independentemente do conhecimento da sua situação económica, ou que não aufera rendimentos, com vista à intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, sustentando outros que nestes casos, por ser desconhecida em absoluto a situação económica do obrigado ou em que se apure não auferir rendimentos, não poderá ser fixada a prestação.

(...)

Na nossa "Organização Tutelar de Menores – Anotada e Comentada em anotação ao artigo 180.º, manifestámos a nossa opinião, em concordância com a segunda posição, pelas razões aí aduzidas.

Porém, e independentemente da bondade dos vários argumentos invocados, a verdade é que o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo, de forma unânime e uniforme, a seguir a primeira orientação, ou seja, a decidir pela obrigatoriedade da concretização da obrigação legal de alimentos a cargo do progenitor, cuja situação económica seja desconhecida ou em que se apure não auferir rendimentos, nomeadamente por estar desempregado.

(...)

Assim, face à orientação unânime e reiterada entretanto defendida pelo Supremo Tribunal de Justiça nos vários arestos citados, torna-se despiciendo continuar a sustentar e a expor os argumentos em sentido contrário, por manifesta e óbvia inutilidade prática.”

3 – Quando daquele modo se devesse forçosamente entender, seria esta nossa intervenção em grande medida carecida de alcance, não se nos afigurando, porém, que a atual orientação do Supremo Tribunal de Justiça “arrume” definitivamente a questão.

É que, desde logo, não nos confrontamos com um qualquer acórdão proferido em julgamento ampliado de revista ou acórdão uniformizador de jurisprudência.

E de qualquer modo, tais Acórdãos Uniformizadores não são fonte normativa – caso em que se equiparariam aos anteriores Assentos – resultando inconstitucional o dispositivo processual civil a eles respeitante (vd. artigos 686.º a 695.º, do Código de Processo Civil) quando interpretado em sentido contrário.

¹⁸ Quid Juris, 2.ª Ed., 2017, pág. 135.

Com plena atualidade, refere Fernanda Palma (em declaração de voto anexa ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 337/95) sendo aliás citada por Lopes do Rego, in “A Uniformização de Jurisprudência no Novo Direito Processual Civil”, LEX, 1997, pág.16” – “as razões constitucionais que não permitem que os assentos fixem doutrina com força obrigatória geral não deixam subsistir, igualmente, uma força obrigatória interna, apenas aplicável aos tribunais inferiores. Nem a restrição da força vinculativa dos assentos aos tribunais integrados na ordem do tribunal emissor gera uma mera eficácia interna desligável de uma força obrigatória geral - para os destinatários das decisões judiciais proferidas ao abrigo da força vinculativa dos assentos, a doutrina destes é tão obrigatória como para os juizes que proferiram tais decisões, nem os tribunais inferiores se relacionam com os superiores, na nossa ordem judiciária, através de relações hierárquicas funcionais. Assim, a criação, sem base legal, de injunções para os juizes dos tribunais de 1.ª e 2.ª instância determinadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, fora do quadro da vinculação dos tribunais inferiores às decisões proferidas em via de recurso pelos tribunais superiores, viola o princípio da independência decisória dos juizes consagrado no artigo 206.º da Constituição” (atualmente o artigo 203.º).

Sobre a matéria, também Teixeira de Sousa,¹⁹ referia, em comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/9/2014 (3871/12.4 TBVFR-A.P1.S1):

“1. De acordo com o respetivo sumário, o STJ 11/9/2014 ([3871/12.4 TBVFR-A.P1.S1](#)) decidiu o seguinte:

"Não basta não se concordar com o entendimento de um acórdão uniformizador. Para decidir em sentido contrário é necessário trazer uma argumentação nova e ponderosa, quer pela via da evolução doutrinal posterior, quer pela via da atualização interpretativa."

2. (...)

Segundo uma interpretação possível do acórdão, este analisa em que condições o STJ entende que as instâncias se podem afastar de um anterior acórdão uniformizador. O acórdão defende a orientação de que "a regra só pode ser a de que a jurisprudência uniformizada não deve ser afastada pela mera discordância doutrinal do julgador, caso [em] que não se distinguiria da restante jurisprudência".

De acordo com esta orientação, os acórdãos uniformizadores têm um valor que os distingue da restante jurisprudência ("comum", se assim se pode dizer). Esse valor próprio dos acórdãos de uniformização obsta a que as instâncias se afastem das posições neles definidas sem que invoquem uma argumentação "nova e ponderosa", seja baseada em doutrina posterior, seja decorrente de uma interpretação atualista. Uma mera discordância das instâncias com base em argumentos que foram rebatidos no acórdão de uniformização não é suficiente para justificar a não aplicação da orientação definida no acórdão uniformizador.

O acórdão mostra alguma ambiguidade neste ponto. É perfeitamente legítimo que o STJ defina em que condições rejeita qualquer recurso de uma decisão que contrarie um acórdão de uniformização de jurisprudência: nada pode obstar a que, como decorrência de várias decisões

¹⁹ Em artigo publicado no Blog do IPPC – 22/09/2014, Jurisprudência (29), às 19:37.

do STJ sobre a matéria, se forme uma jurisprudência constante no sentido de que o STJ revoga qualquer decisão que, sem argumentos novos e ponderosos, se afaste de um acórdão uniformizador. É bastante mais discutível que o STJ possa definir - mesmo num acórdão uniformizador - em que condições as instâncias se podem afastar de um acórdão de uniformização, designadamente porque a verificação ou não verificação dessas condições é totalmente irrelevante para a admissibilidade do recurso nos termos do artigo 629.º, n.º 2, al. c), do CPC.

Aparentemente, o acórdão argumenta a partir desta última posição (possivelmente esteve subjacente na sua elaboração a primeira das referidas posições).

3. Pode discutir-se o que sucederia se o STJ emitisse um acórdão uniformizador sobre as condições em que as instâncias se podem afastar dos acórdãos de uniformização. Um tal acórdão uniformizador seria ilegal, dado que em parte alguma da lei se encontra que um acórdão de uniformização só admite uma discordância das instâncias com base em certos argumentos (novos e ponderosos, por exemplo) ou que um acórdão uniformizador é vinculativo para as instâncias sempre que estas não consigam utilizar uma determinada argumentação. O STJ pode auto-vincular-se sobre como apreciará as decisões das instâncias que se afastem dos acórdãos uniformizadores, mas não pode impor as condições em que as instâncias podem afastar-se destes acórdãos. A definição destas condições equivaleria a fixar as condições em que os acórdãos de uniformização seriam vinculativos para as instâncias e, portanto, a atribuir a esses acórdãos um valor normativo que a lei não consente.

Assim, se, por hipótese, o STJ emitisse um acórdão de uniformização expressamente sobre as condições em que as instâncias podem discordar dos acórdãos uniformizadores, ter-se-ia que fazer uma interpretação corretiva do mesmo, no sentido de se entender que o que esse acórdão estabelece é o modo como o STJ apreciará as decisões das instâncias contrárias aos acórdãos de uniformização.”

Posto o que, e para lá da força persuasória que tais Acórdãos possam ter, sempre às outras instâncias estaria aberta a possibilidade de renovação da questão.

E assim, por maioria de razão, no confronto de jurisprudência não uniformizada.

Certo aqui que, como refere Karl Larenz,²⁰ em citação feita no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-05-2016, proc. 982/10.4TBPTL.G1-A.S1, Relator: ABRANTES GERALDES,²¹ “o juiz não tem apenas o direito, está até obrigado a divergir do precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorreta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então corretamente resolvida, deve hoje - mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação - ser resolvida de outro modo”.

²⁰ In “Metodologia do Direito”, referenciada a págs., 497 e 503, sem que tenhamos logrado estabelecer correspondência com a paginação da obra consultada, acessível em <https://portalconservador.com/livros/Karl-Larenz-Metodologia-da-Ciencia-do-Direito.pdf>.

²¹ Nota 7 de fim de página, in www.dgsi.pt/jstj.nsf.

E, “o juiz não pode confiar no precedente como que de olhos fechados, deve formar um juízo pessoal, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a correção daquele”, sendo que “se, na convicção do juiz chamado a decidir, a incorreção do precedente for evidente, o postulado da igualdade de tratamento não o impedirá de decidir corretamente”.

Isto, naturalmente, sem prejuízo de nas decisões a proferir o julgador dever ter em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito, conforme postula o artigo 8.º, n.º 3, do Código Civil.

1.3. Dos argumentos no sentido – que como decorre do bosquejo feito, é, na atualidade, o largamente maioritário na jurisprudência – de haver lugar à fixação de alimentos, em hipótese de ausência em parte incerta do progenitor alimentante, de desconhecimento da situação económica daquele e de desemprego.

1 – Na citada tese de Maria Aurora Vieira de Oliveira²² encontramos resenhados os principais argumentos aduzidos na doutrina e na jurisprudência no sentido da fixação judicial de alimentos nas sobreditas hipóteses.

Assim, começa aquela por assinalar ter o princípio constitucional da igualdade jurídica dos progenitores criado “a obrigação de ambos contribuírem para o sustento dos filhos proporcionalmente aos seus rendimentos e proventos, e às necessidades e capacidade de trabalho do alimentando, de modo a assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento dos filhos menores.”

Sustentando depois, porém, que “deve ser dada uma interpretação atualista ao n.º 1 do citado artigo 2004.º, devendo este preceito ser interpretado no sentido de que os critérios a observar na fixação dos alimentos a menores devem determinar-se mais pelas necessidades destes, do que pelas possibilidades dos pais, pois sendo estes responsáveis pela conceção e nascimento dos filhos, devem esforçar-se ativamente por exercer uma atividade profissional geradora de rendimentos e diligenciar com zelo e prontidão para prover o sustento e manutenção dos filhos menores, tanto mais que, as possibilidades dos progenitores para alimentarem os seus filhos por modestas que sejam, serão sempre superiores às possibilidades dos menores, competindo aos pais a obrigação de tudo fazerem para garantir o máximo que estiver ao seu alcance.”

E “a lei constitui uma obrigação que não se compadece com a situação económica ou familiar de cada um dos progenitores mas, outrossim, atina com um dever irremovível e inderrogável de aqueles que deram vida a alguém terem, enquanto durar a incapacidade dos próprios angariarem sustento pelos seus próprios meios, de prover ao seu sustento e manutenção, mediante uma prestação alimentar.”

²² *In op. cit. supra.*

Concluindo aquela autora que “O critério a que alude o n.º 1 do artigo 2004.º do Código Civil, releva para efeitos de fixação do montante de alimentos, não para se excluir o respetivo pagamento, como erradamente tem considerado alguma jurisprudência.”

Deste modo, prossegue, “é obrigatório que quer o acordo, quer a decisão de mérito relativo à regulação das responsabilidades parentais, fixe a prestação de alimentos a cargo do progenitor a quem o menor não foi confiado, ainda que não se saiba da existência de rendimentos de que este seja titular, quer por desconhecimento do respetivo paradeiro, quer por desconhecimento da sua situação económica e, bem assim, quando esta seja conhecida mas precária ou haja insuficiência de recursos económicos, deve mesmo assim a sentença que regula as responsabilidades parentais, impor àquele a obrigação de prestar alimentos, uma vez que, é intrínseco ao poder paternal o dever de prover ao sustento do filho menor, como resulta inquestionavelmente do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, além de que, a não fixação de alimentos potencia que o devedor se mantenha ocioso por forma a subtrair-se ao pagamento da prestação alimentar.”

Propugnando que, nesses casos a fixação de alimentos a favor do menor seja “determinada através de recurso a presunções naturais, nomeadamente tomando em consideração os recursos que o progenitor não residente poderia obter com o seu trabalho e a juízos de equidade, estabelecendo-se assim um patamar mínimo de rendimento presumível, como por exemplo a retribuição mínima garantida, com base no qual se fixará a prestação a cargo do progenitor a quem o menor não foi confiado.”

Fazendo ainda relevar a consideração de serem os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, “processos de jurisdição voluntária (artigo 150.º da Organização Tutelar de Menores)” (agora artigo 12.º do RGPTC/Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro), “o que significa que, nestas providências tutelares cíveis, existe uma diferente modelação prática de certos princípios ou regras processuais, cuja distinção tende a basear-se nos critérios de decisão do tribunal, atribuindo-se um maior relevo ao princípio do inquisitório e em que existe um interesse fundamental tutelado pelo direito (o superior interesse da criança) acerca do qual podem formar-se posições divergentes que ao juiz cumpre regular nos termos mais convenientes e adequados ao caso concreto.”

Por último, diz, “a não fixação de qualquer prestação alimentar na decisão de mérito que regula as responsabilidades parentais ou a homologação do acordo que não prevê qualquer prestação alimentar a cargo do progenitor a quem o menor não foi confiado”, em situações como as assim consideradas, poderia “inviabilizar a possibilidade de eventual intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, dado que, para o seu acionamento se exige, além da verificação de outros pressupostos, que o progenitor esteja judicialmente obrigado a prestar alimentos e não os satisfaça nomeadamente pelas formas previstas no artigo 189.º da OTM.” (agora artigo 48.º do RGPTC/Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro).

O que se traduziria “numa flagrante e insustentável desigualdade do menor perante qualquer outro, que tenha obtido uma condenação do tribunal ao pagamento de uma prestação alimentar e que o obrigado, inicialmente capaz de suportar a prestação, deixou momentaneamente de a poder prestar.”

2 – Maria Amália Pereira dos Santos²³ considera que “o dever de alimentos é de interesse e ordem pública, conceção alicerçada na filosofia de que quem traz ao mundo uma criança está obrigado a sustentá-la, devendo assumir essa obrigação como um direito/dever.”

E “sobre os critérios legais da fixação dos alimentos”, que “tudo se deve avaliar, pois, na correlação: possibilidades de quem dá e necessidades de quem recebe”, sendo, no tocante à possibilidade de prestação de alimentos, que “tem ela de abarcar o acervo de todos os rendimentos, qualquer que seja a fonte, lícita, donde dimanem, de modo a abranger não só os rendimentos conexos com o trabalho – salários ou pensões -, com todos os seus componentes, fixos ou variáveis, como até os ganhos de carácter eventual e outros meios de riqueza”.

Concluindo, “que deve ser fixada, por regra, uma prestação de alimentos a menor que deles careça – mesmo que o progenitor se encontre ausente ou sem possibilidades de a prestar -, por ser a que, em nossa opinião, melhor pondera os seguintes fatores: o superior interesse do menor (nele se incluindo, indubitavelmente, o seu direito a alimentos); o especial dever dos pais proverem ao sustento dos filhos menores, não «premiando» o progenitor incumpridor/relapso das suas responsabilidades parentais; as regras do ónus da prova que regem a fixação da obrigação de alimentos; e o acesso ao mecanismo legal de substituição do progenitor incumpridor por parte do FGADM.”

Tal dever/obrigação é inerente à própria qualidade de pais (...) estando os filhos menores totalmente dependentes deles em termos económicos (enquanto não trabalham e quando não têm rendimentos próprios); daí o tratar-se de obrigação indisponível, imprescritível e impenhorável, como estabelecem os artigos 2008.º n.ºs 1 e 2, 853.º n.º 1 al. b) e 298.º n.º 1 do Código Civil.”

Contudo, esclarece afinal que não será de desonerar o progenitor de prestar alimentos no caso de aquele “se ter (voluntariamente) ausentado para parte incerta e de, por via disso, ter tornado impossível a indagação das suas condições socioeconómicas ou, por, voluntariamente, tendo possibilidades e capacidades para isso, não exerça qualquer atividade remunerada.”

Diferente sendo já “a situação de total impossibilidade – em razão da incapacidade ou indigência totais e da ausência absoluta de proventos/rendimentos do progenitor – de os prestar.”

Pois “só esta total impossibilidade (objetiva) dos pais de proverem ao sustento dos filhos, por não conseguirem prover sequer ao seu próprio sustento, é que é suscetível de justificar a não observância daquela obrigação alimentícia por parte dos progenitores.

Nos demais casos, é obrigação dos pais proverem ao sustento dos filhos, violando eles essa obrigação, quando entram em incumprimento.”.

3 – Ana Leal²⁴ refere perfilhar “o entendimento de que ainda que não se saiba da existência de rendimentos de que seja titular o progenitor – quer por desconhecimento do respetivo

²³ “O dever (judicial) de fixação de alimentos a menores”, in JULGAR *on line*, 2014, acessível in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-dever-judicial-de-fixacao-de-alimentos-a-menores.pdf>.

²⁴ In “Guia Prático da Obrigação de Alimentos”, 2014, 2.ª Ed., Almedina, págs. 29-30.

paradeiro, quer por desconhecimento da sua situação económica – e bem assim, quando a sua situação económica seja precária, deve a sentença impor àquele a obrigação de prestar alimentos.”

Apelando também esta autora à consideração de ser “inerente ao conteúdo das responsabilidades parentais o dever de prover ao sustento dos filhos, o que, além de constituir imperativo constitucional por força do que se dispõe no artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa decorre também do artigo 2009.º, n.º 1, alínea c), do Código Civil”, e de que, “de outro modo ficaria vedada a possibilidade de intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores por falta de um dos pressupostos essenciais”.

1.4. À referenciada argumentação uma outra ordem de razões pode, no entanto, contrapor-se.

1 – Começaremos por assinalar que Clara Sotto-Mayor,²⁵ depois de dar nota que “Os critérios apontados pela lei para o cálculo da obrigação de alimentos”, no artigo 2004.º do Código Civil, são, “em si mesmos, lógicos e realistas”, mas “indeterminados”,²⁶ sustenta que “O desemprego, se o alimentante se colocar voluntariamente numa situação em que é incapaz de arranjar emprego, não dispensa o alimentante de cumprir a obrigação de alimentos. Para este efeito devem ser elaboradas regras para imputar rendimentos a pais desempregados de acordo com a sua capacidade de trabalhar e de ganhar dinheiro. O mesmo se passa nos casos em que o progenitor sem a guarda está a diminuir deliberadamente o seu rendimento ou a fazer despesas excessivas, bem como em relação aos trabalhadores por conta própria que não declaram ao Estado a totalidade dos seus rendimentos. Para a determinação do rendimento destes não basta a apresentação da declaração do I.R.S., mas deve ser possível presumir rendimentos de acordo com determinados índices, sendo admitida a prova testemunhal para apurar os rendimentos do obrigado a alimentos.”²⁷

Ressalvando implicitamente – e sem prejuízo da citação de jurisprudência de “Tendências” diversas “quanto à medida dos alimentos” – as hipóteses de desemprego involuntário, e ausência não intencional, sem postergar o critério da proporcionalidade.

Isto, aliás, na linha, expressamente convocada, de Vaz Serra,²⁸ que já então referia: “tomar-se-ão em consideração os recursos que poderia obter com o seu trabalho; o devedor não tem o direito de se manter ocioso para se subtrair à obrigação alimentar”.

Sendo que numa das fórmulas mais conhecidas para determinar o montante de alimentos, e de que a mesma autora dá conta, a saber, a de Melson,²⁹ temos, como primeiro passo, a determinação do *rendimento líquido* dos pais – sendo permitido, nesta fórmula, imputar rendimentos ao devedor se este não está a utilizar a sua capacidade de trabalho – seguidamente opera-se o cálculo do montante correspondente à reserva mínima de

²⁵ In “Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio”, 2016, 6.ª Ed., Almedina

²⁶ Op. cit., pág. 335.

²⁷ In op. cit. págs. 339-340.

²⁸ “Obrigação de alimentos”, in BMJ, n.º 108, pág. 106.

²⁹ In op. cit., págs. 135-136.

autossobrevivência, de cada um daqueles, e, após, estabelecem-se as necessidades primárias da criança. Por último, imputa-se a cada um dos pais a satisfação de uma parte desta necessidade com base na proporção do rendimento disponível de cada um, depois de subtraída a sua reserva mínima de autossobrevivência.

Englobando-se, no montante fixo correspondente às necessidades da criança, as despesas com infantários, amas ou colégios e despesas médicas extraordinárias.

Finalmente, se os progenitores ainda têm rendimento líquido disponível, depois de terem satisfeito as suas necessidades primárias e a de todos os dependentes, calculam-se então os alimentos adicionais, em proporção dos rendimentos disponíveis de cada um dos pais, fazendo os filhos beneficiar dos acréscimos de rendimento dos pais relativamente ao mínimo de sobrevivência.

Como quer que seja, não se dispensa o apelo à ponderação dos meios do obrigado a alimentos, ainda quando imputando rendimentos ao devedor se este não está a utilizar a sua capacidade de trabalho.

Também Manuel Madeira Pinto,³⁰ considerando que “O sistema de tabelas para a fixação de pensões de alimentos vem sendo utilizado, desde há anos, na maioria dos Estados dos USA, Canadá, Noruega e Alemanha, entre outros países”, dá vários exemplo de “tabelas”.

Referindo-se ao programa informático nos Tribunais de Família de Washington DC, que, em função dos rendimentos declarados dos progenitores e outras variáveis do grupo familiar, oferece ao juiz um triple resultado (pensão alta, média ou baixa) que o juiz concretiza em função das circunstâncias de cada caso; às denominadas Tabelas de Dusseldorf, que vêm sendo utilizadas desde 1961 e, embora careçam de valor normativo, são pautas seguidas pelos tribunais alemães com a finalidade de incrementar a segurança jurídica e favorecer a igualdade na aplicação da lei; e à tabela elaborada em Málaga, por Javier Pérez Martín,³¹ com base nas sentenças da Audiencia Provincial de Barcelona, que se vem utilizando em muitos Juzgados e que se pode consultar na revista de Derecho de Familia da editora Lex Nova.

Sendo que “Essa tabela, de muito fácil manejo, compreende dois pressupostos básicos: quando só o progenitor não custodio tem rendimentos e quando ambos progenitores têm rendimentos, especificando-se as distintas quantidades em função do número de filhos.”

Em qualquer desses instrumentos operativos, e no que considerado é pelo referido Autor, não se contemplando o desconhecimento da situação patrimonial do progenitor não custodio.

2 – Isto posto, e no que concerne ao alcance do imperativo formulado no artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, logo se remeterá para o que a propósito anotam os

³⁰ “Fixação de pensão de alimentos a menores”, in «<http://igualdadeparental.org/pais/informacoes-uteis/pensao-de-alimentos/fixacao-de-pensao-de-alimentos-a-menores/>».

³¹ **La necesidad de un sistema de baremos para las pensiones alimenticias en los procesos matrimoniales**. Magro Server, Vicente. Sepin Familia n.º 5 noviembre de 2001. Editorial Sepin.

constitucionalistas inicialmente citados, no sentido do normativo consagrar o direito e o dever dos pais de “dentro das suas possibilidades económicas” prestarem alimentos aos filhos.

3 – No tocante à convocada interpretação atualista do n.º 1 do artigo 2004.º, importará ter presente que, como refere Oliveira Ascensão³², desde que se defenda, como é o caso, que o sentido da lei é o sentido atual “o atualismo surge-nos como forçoso. Se afirmamos o primado da ordem social, se indicamos que a lei só tem sentido quando integrada nessa ordem, fazemos uma afirmação atualista.

No que a este aspeto respeita, supomos encontrar no texto do artigo 9.º, n.º 1 do Código Civil a sua consagração. Entre os elementos a que se deve atender na interpretação da lei estão as condições específicas do tempo em que é aplicada. Esta referência é totalmente incompreensível fora de um entendimento atualista. Um atualista pode explicar que entre os elementos auxiliares da interpretação figurem elementos históricos, como veremos. Mas para um historicista é aberrante que o sentido de uma fonte possa variar por efeito de circunstâncias posteriores: todo o sentido estaria imutavelmente fixado desde o início.”

Referindo Marcelo Rebelo de Sousa,³³ em sede de finalidade objetivista atualista da interpretação da lei, pela qual “deve hoje, sem hesitações, optar-se”, que “Transpondo conclusões (...), o fim da interpretação é apurar a solução que se considera consagrada no Artigo 9.º do Código Civil, hoje, no momento da sua interpretação.”.

Ora, para lá de se não lobiarem hodiernas “condições específicas”, que sustentem a pretendida interpretação “atualista” do n.º 1 do artigo 2004.º, importará ter presente que, como se ponderou no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de fixação de jurisprudência, n.º 5/2009³⁴, «*Interpretar um preceito consiste, antes do mais, em tirar das palavras usadas na sua redação um certo sentido, um certo conteúdo de pensamento, uma significação; em extrair da palavra - expressão sensível de uma ideia - a própria ideia nela condensada. Não se tratará, porém, de colher da lei um qualquer sentido, o primeiro que, o texto legal traga ao espírito do jurista.*

É que a lei não se destina a alimentar a livre especulação individual; é um instrumento prático de realização e de ordenação da vida social, que se dirige sempre a uma generalidade mais ou menos ampla de indivíduos, não concretamente determinados, para lhes regular a conduta (Pires de Lima e Antunes Varela, Noções Fundamentais de Direito Civil, I, 1973, p. 144 - Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 5.ª ed., 1951, p. 24).

Diversos elementos contribuem para esse objetivo.

O elemento gramatical com uma primeira função de natureza negativa, eliminadora: a de eliminar dos sentidos possíveis da lei todos aqueles que, de qualquer modo exorbitam do texto respetivo (Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 159), tendo presente que, quanto às normas que comportam mais de um significado (sentido, pensamento), nem todos esses

³² – In “O Direito, Introdução e Teoria Geral”, 13.ª Ed. refundida, Almedina, 2006, págs. 402-403.

³³ – In “Introdução ao Estudo do Direito”, LEX, 2000, pág. 66.

³⁴ Proc. 08P2807, Relator: SIMAS SANTOS, in www.dgsi.pt/jsti.nsf.

sentidos recebem do texto legislativo igual apoio; uns hão de naturalmente caber dentro da letra da lei mais à vontade do que outros; os primeiros correspondem ao sentido natural das expressões utilizadas, os outros a um sentido arrevesado, forçado.

O intérprete deve, em princípio, admitir que a lei procede de um legislador que sabe exprimir com suficiente correção o seu pensamento [...]; do simples texto da lei recebe maior impulso o sentido que melhor corresponde ao seu significado natural, ao seu alcance normal (cf. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pp. 159 e 160) (...).».

Ensina Oliveira Ascensão³⁵ que “A letra não é só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação. Quer isto dizer que o texto funciona também como limite da busca do espírito. Os seus possíveis sentidos dão-nos como que um quadro muito vasto, dentro do qual se deve procurar o entendimento verdadeiro da lei. Para além disto, porém, não se estaria a interpretar a lei mas a postergá-la, chegando-se a sentidos que não encontrariam no texto qualquer apoio.

Esta conclusão não nos deve levar à afirmação oposta, que a interpretação se deve limitar à escolha de um dos possíveis sentidos literais do texto. Em breve veremos que à letra se pode preferir o sentido que a letra traiu. Mas terá de se assentar na valoração de elementos que o texto, mesmo que defeituosamente, refere. Se se prescinde totalmente do texto já não há interpretação da lei, pois já não estaremos a pesquisar o sentido que se alberga em dada exteriorização.”

E acrescenta: “Mas atenção: o facto de procurarmos um sentido objetivo da lei não implica que desconhecamos que a lei é uma fonte intencional do direito. Desde que um propósito ou objetivo do legislador tenha ficado perceptível na Lei, o intérprete não o pode ignorar. Assim, se se encontra uma restrição de um preceito numa hipótese que não pode ser atribuída a desatenção, essa restrição deve ser tomada como intencional.

O intérprete não pode então antepor o seu próprio critério ao do legislador e aplicar por interpretação extensiva ou analogia a regra que o legislador intencionalmente restringiu, considerando quicá que há idêntica razão de decidir. As leis não são só palavras, cujo sentido seja dado pelo intérprete; são também os seus próprios sentidos, e entre estes incluem-se os sentidos do legislador que ficaram perceptíveis no texto. Tudo isto é ainda congruente com uma interpretação objetivista, porque é ainda um sentido da lei, e não do legislador histórico.”

Refere Castro Mendes – in “Introdução ao Estudo do Direito”, Lisboa, AAFDL, 1977 – ³⁶ que a primeira e principal tarefa do intérprete “é ler a lei e ver o que aí se diz”...

Ora, isto visto, temos para nós, pretender que o artigo 2004.º, n.º 1, do Código Civil, contempla a fixação de um montante de alimentos no desconhecimento do paradeiro do “obrigado” e da situação económica deste, bem como da sua capacidade de trabalho no contexto do mercado laboral considerável, é – e sempre salvo o muito e devido respeito – arrasar, pura e simplesmente, o segmento da norma, que determina serem “Os alimentos (...) proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los”.

³⁵ In op. cit., págs.396 e 401.

³⁶ A pág. 351.

Para além de colidir com o disposto no artigo 2012.º do Código Civil, enquanto neste se prevê a redução dos alimentos taxados, se, depois de fixados pelo tribunal, as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem.

E, outrossim, não se articulando com a cessação da obrigação alimentar “Quando aquele que os presta não possa continuar a prestá-los”, cfr. artigo 2013.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil.

É que tais modificação de circunstâncias determinantes e impossibilidade de continuar a prestar são necessariamente supervenientes, pressupondo um confronto com circunstâncias verificadas aquando da “inicial” fixação de alimentos... que na interpretação assim sob crítica inexistem no que respeita às possibilidades do obrigado.

Assim se tendo julgado em Acórdão da Relação de Lisboa de 07-04-2011 – proc. 9079/10.6TBCSC.L1-2, Relator: HENRIQUE ANTUNES³⁷ – que “*Só deve autorizar-se a modificação dessa obrigação se o juízo de comparação entre as circunstâncias contemporâneas da decisão e o contexto atual tornar patente uma variação.*”

Diga-se ainda que pretender que o disposto no artigo 2004.º, n.º 1, releva para efeitos de fixação do montante de alimentos, mas já não para se excluir o respetivo pagamento, encerra – e sempre salvo o devido respeito – uma incongruência lógica.

Pois se não for possível fixar o montante de alimentos, por inexistência de elementos para atuar a regra da proporcionalidade, e designadamente na circunstância do desconhecimento da situação económica do progenitor não custodio, nenhum pagamento de pensão de alimentos será exigível.

Afinal caberá observar que, como se julgou em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-12-2004 – proc. 04B3872, Relator: OLIVEIRA BARROS³⁸ – “*Como se vê dos artigos 2004.º, n.º 1, e 2013.º, n.ºs 1, al. b) e 2, C. Civ., os fatores ou parâmetros da dimensão ou medida da obrigação alimentar são também, e antes de mais, os requisitos ou pressupostos da própria existência dessa obrigação, que depende tanto das necessidades do alimentando como das possibilidades ou recursos do (em abstrato) obrigado a essa prestação (...)*”.

4 – Quanto à caracterização dos processos tutelares cíveis – espécie a que reporta a regulação do exercício das responsabilidades parentais, e designadamente na vertente alimentar – como de jurisdição voluntária, no artigo 12.º do RGPTC, não retiramos dessa circunstância argumento em favor da tese derogadora do disposto no artigo 2004.º, n.º 1, do Código Civil.

É certo que, para lá de poderes inquisitórios alargados – vd. artigo 986.º, n.º 2, do Código de Processo Civil – “Nas providências a tomar, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna”, cfr. artigo 987.º, do mesmo Código.

³⁷ In www.dgsi.pt/jtrl.nsf.

³⁸ In www.dgsi.pt/jstj.nsf.

Mas verdade também é que, como se julgou nos já citados Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-01-2007, e de 17-09-2009 – *“não obstante neste tipo de decisões o Tribunal não esteja sujeito a critérios de legalidade, mas antes de conveniência e oportunidade, isso não quer dizer que lhe seja permitido decidir sem factos e que ignore em absoluto as normas em vigor.”*

Dando nota António José Fialho³⁹ de, apesar de ser possível aplicar-se o critério da equidade, existirem questões que devem ser resolvidas segundo critérios de estrita legalidade em processos de jurisdição voluntária, como por exemplo, após verificação de todos os pressupostos para o decretamento do divórcio por mútuo consentimento, o juiz (ou o conservador do registo civil) não pode deixar de decretar o divórcio⁴⁰, não sendo permitido o suprimento do consentimento por imposição legal – Artigo 1000.º, n.º1, do Código de Processo Civil.

Tratando-se, no citado artigo 2004.º, n.º 1, claramente, de uma norma injuntiva, com a qual o também concitado artigo 2009.º, n.º 1, alínea c), ao vincular à prestação de alimentos “Os ascendentes”, não conflitua.

5 – No tocante às convocadas regras do ónus da prova e à pretendida inversão do ónus da prova.

Desde logo, não colhe qualquer apelo ao ónus da prova, que recairia sobre a pessoa obrigada a alimentos, de estar em condições de beneficiar da dispensa de prestar alimentos.

Assim sendo que já Abel Pereira Delgado,⁴¹ a propósito do direito a alimentos em caso de divórcio, e citando Moitinho de Almeida,⁴² refere expressamente:

“A prova das possibilidades do obrigado incumbe ao alimentando, pois ele é o autor da ação; necessariamente que o autor há de, na petição inicial, justificar o montante da prestação mensal que vem pedir.

Porém, se o obrigado quiser provar a sua impossibilidade de prestar alimentos, então já lhe caberá a ele essa prova.”

Também Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira⁴³ vão nesse sentido quando referem, em sede de critérios para a fixação do montante dos alimentos entre ex-cônjuges, que “o tribunal deve ponderar as possibilidades do obrigado e as necessidades do credor, e é claro que esta ponderação tem de ser feita em concreto.”.

Acrescentando “Certamente o regime já resultaria do artigo 2004.º, mas o legislador de 1977 acrescentou, no artigo 2016.º, n.º 3, a enunciação de alguns critérios exemplificativos...”.

³⁹ – In “Conteúdo e Limites do Princípio Inquisitório na Jurisdição Voluntária, Petrony, 2017, pág. 34.

⁴⁰ Artigos 1775.º e 1776.º do Código Civil

⁴¹ In “O divórcio”, 2.ª ed., Livraria Petrony, Lda., 1994, págs. 167-168.

⁴² In “Os alimentos do Código Civil de 1966”, págs 10 e seguintes.

⁴³ In “Curso de Direito da Família”, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2001, pág. 679.

Tudo isto, reitera-se, sem prejuízo dos poderes inquisitórios conferidos ao juiz nos processos de jurisdição voluntária.

Por outro lado, a operatividade da inversão do ónus da prova, nos quadros do artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil, pressupõe que a parte contrária tenha “culposamente tornado impossível a prova ao onerado sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.”.

Não se prescindindo assim, e desde logo, no que aqui pode estar em causa, da demonstração da voluntariedade da conduta do requerido/alimentante no tocante à situação de desconhecimento do seu paradeiro e, em consequência, da sua situação económica.

Acresce a dificuldade de se cometer ao ausente em parte incerta, e de que se desconhece a situação económica – depois de concluída a voluntariedade dessa ausência... sem observância de contraditório efetivo – o ónus de provar a sua impossibilidade de pagar uma pensão de alimentos... em montante assim aleatoriamente alvitrado pelo Requerente... quando não haja este remetido para o tribunal a fixação de tal montante...

6 – Da inviabilização da possibilidade de eventual intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores nessas consideradas hipóteses (de ausência em parte incerta e desconhecimento da situação económica do “obrigado”, bem como nas de insuficiência de meios deste e de desemprego involuntário) e, por via disso, da violação do princípio da igualdade.

6.1. – O argumento extraído da “inibição” de os menores recorrerem à prestação “substitutiva” do Fundo de Garantia de Alimentos, é de natureza estritamente pragmática, degradando a fixação de pensão de alimentos devida por um progenitor ao filho menor, em hipóteses como as consideradas, num ato meramente instrumental da subsequente intervenção do Fundo.

Quando é certo que, como refere J. P. Remédio Marques,⁴⁴ a intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, “não visa substituir definitivamente uma obrigação legal de alimentos devida a menor”, revestindo “natureza subsidiária”.

E que a lei exige, para tal intervenção, “a mais da falta de pagamento voluntário, a não satisfação das quantias em dívida pelas formas previstas no artigo 189.º da referida OTM, (agora artigo 48.º do RGPTC) pelo que o Ministério Público ou a pessoa à guarda de quem o menor se encontra devem alegar e provar o exercício, sem sucesso ou só parcialmente sucedido, das vias pré-executivas, constantes do citado normativo, ou que esse exercício nem, tão-pouco, é possível na medida em que o devedor não auferir qualquer dos rendimentos aí mencionados.”

Alegação e prova que apenas se compreendem num quadro de circunstâncias supervenientes relativamente à fixação da pensão de alimentos, por isso mesmo antitético da fixação de uma

⁴⁴ In “Alguma Notas Sobre Alimentos (devidos a menores)...”, Coimbra Editora, 2000, págs. 221-223.

tal pensão no desconhecimento absoluto da situação do progenitor obrigado a alimentos, em derrogação do disposto no artigo 2004.º, n.º 1, do Código Civil.

6.2. – Da violação do princípio da igualdade.

Está consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, dispositivo nos termos do qual:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

Aquele princípio, e como anotam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira,⁴⁵ é um dos estruturantes do sistema constitucional global, “conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social (artigo 2.º).”

“Na sua dimensão liberal, consubstancia a ideia da igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei, geral e abstrata, considerada subjetivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação.”

Exigindo “A dimensão democrática (...) a explícita proibição de discriminações (positivas e negativas) na participação no exercício do poder político, seja no acesso a ele (...) seja na relevância dele (...), bem como no acesso a cargos públicos.”

E acentuando “A dimensão social (...) a função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fáticas (...) de forma a atingir-se a «igualdade real entre os portugueses» (artigo 9.º/d)”

Referindo Jorge Miranda e Rui Medeiros⁴⁶ que o sentido primário da fórmula constitucional é negativo; “consiste na vedação de privilégios e discriminações”, tratando-se os primeiros de “situações de vantagem não fundadas”, e as segundas de “situações de desvantagem.”

Sendo o seu sentido positivo o de impor “Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes”, e “tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador.”

Também António Cortês,⁴⁷ sobre o sentido e alcance constitucional do princípio da igualdade, refere que: “Entre os princípios primeiros da juridicidade encontramos o princípio da

⁴⁵ In “Constituição da República Portuguesa, Anotada”, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, págs. 336-337.

⁴⁶ In “Constituição da República Portuguesa, Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, págs. 120-121.

igualdade. O princípio da igualdade determina que "o que é igual seja tratado de forma igual e o que é diferente seja tratado de forma diferente na medida da diferença".

E, "O princípio surge aqui como uma expressão imediata dos princípios da não contradição e da razão suficiente. Ele exige que o sistema jurídico seja congruente e que as diferenciações sejam materialmente justificadas. Quem defenda, num determinado contexto, um certo efeito jurídico para uma determinada situação deve estar disposto a aplicar o mesmo efeito a todas as situações semelhantes sob todos os aspetos relevantes que surjam num contexto análogo. O princípio exige, pois, que o que é igual seja tratado de forma igual, salvo se houver uma razão materialmente justificada (mérito, necessidade, tempo, etc.) para não o fazer".

A qualquer destas luzes logo se concluindo não ser equacionável, por via do entendimento assim minoritário, a violação de tal princípio constitucional.

A solução alcançada trata diversamente situações diferentes.

Num caso, desconhecendo-se em absoluto a situação pessoal do progenitor não se fixa pensão a pagar pelo mesmo.

Sem prejuízo de, vindo futuramente a apurar-se aquela, ser porventura de proceder a nova regulação do exercício do poder paternal, na vertente alimentar.

Quedando, no entretanto, arredado o recurso ao Fundo de Garantia dos Alimentos devidos a Menores.

Que, a não ser assim, ficaria sub-rogado em "direitos dos menores" a alimentos... fixados no total desconhecimento da efetiva capacidade do progenitor em causa os prestar.

No outro caso, fixada a pensão, ponderando, para além das necessidades do menor, as comprovadas possibilidades do(s) progenitor(es), caso se venha a revelar impossível cobrar prestações em dívida através dos procedimentos pré-executivos previstos no artigo 48.º do RGPTC, e verificados que estejam os demais requisitos estabelecidos no artigo 1.º da Lei n.º 75/98, de 19/11, será chamado a intervir o sobredito Fundo.

São coisas diversas, uma situação de fixação de uma pensão de alimentos em montante determinado, em função de comprovada possibilidade de o obrigado a alimentos, a pagar, e a situação de absoluto desconhecimento da situação pessoal do progenitor obrigado a alimentos.

Sendo, por outro lado, que as prestações instituídas pela Lei n.º 75/98 não são universais, no sentido de se tratar de uma atribuição a todos os menores carecidos de alimentos, independentemente da situação das pessoas legalmente obrigadas a prestá-los.

Não revestindo aquelas a natureza de "prestações familiares" ou "subsídios sociais".

⁴⁷ In "Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional", Universidade Católica Portuguesa, 2010, págs. 266 e segs, aliás também citado por Tomé D’Almeida Ramião, *in cit.* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-12-2011.

A intervenção do Fundo tem, reitera-se, natureza subsidiária, pressupondo a anterior fixação de prestação alimentícia com ponderação dos critérios estabelecidos no artigo 2004.º do Código Civil, só assim se compreendendo a sub-rogação legal do Fundo “em todos os direitos dos menores a quem sejam atribuídas prestações, com vista à garantia do seu reembolso.”, cfr. artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98, e 5.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 164/99, de 13 de maio.

1.5. Da fixação de pensão de alimentos quando o progenitor não custodio tiver rendimentos insuficientes, designadamente auferindo rendimento social de inserção.

1 – No sentido de haver lugar a tal definição pronunciaram-se, entre outros:

O supracitado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-05-2013: *“I - A lei estabelece uma obrigação legal, a cargo dos pais, de contribuírem para o sustento dos filhos, a qual decorre do estabelecimento de uma relação natural ou biológica constituída e tutelada pelo direito, a relação paternal. II - Independentemente do interesse do menor e para além dele, a lei constitui uma obrigação de prestação de alimentos que não se compadece com a situação económica ou familiar de cada um dos progenitores, não colhendo a tese de que não tendo o progenitor condições económicas para prover ou materializar o conteúdo do direito definido, se deva alienar o direito e aguardar pela superveniência de um estado económico pessoal que lhe permita substanciar, no plano fáctico-material, a exigência normativa que decorre da sua condição de progenitor;”*.

E o Acórdão da Relação de Lisboa de 05-03-2013, proc. 7252/06.0TBSXL.L1-7, Relator: PIMENTEL MARCOS, in www.dgsi.pt/jtrl.nsf: *“Esta regulação judicial deve ter como base de orientação primacial o superior interesse dos menores, conforme preceituado no n.º 2 do citado artigo 1905.º e o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque em 26 de Janeiro de 1990, aprovada por resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de Junho de 1990.*

A sentença que regula o exercício do poder paternal deve fixar sempre uma pensão de alimentos a cargo do progenitor a quem os menores não são confiadas, quer seja desconhecido o seu paradeiro, e/ou a sua situação económica, quer esta seja precária.”

Temos para nós que assim constatada uma colisão ou conflito de dois direitos fundamentais de igual dignidade (o direito fundamental que os filhos têm à manutenção por parte dos pais - artigo 36.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa - e o direito fundamental, a todos garantido, a um mínimo de sobrevivência - artigos 1º e 63º, n.ºs 1 e 3, da mesma Constituição da República Portuguesa) não poderá fixar-se pensão de alimentos a cargo do progenitor não custódio que prive este de um rendimento disponível suficiente para assegurar a sua própria autossubsistência mínima.

E como lapidarmente se explanou no supracitado Acórdão da Relação do Porto, de 15-05-2014.⁴⁸

⁴⁸ Proc. 1860/08.2TBPRD-4.P1, Relator: MADEIRA PINTO.

“I - O pagamento de prestação de alimentos a menores através do Estado quando o progenitor/a tenha situação económica que não lhe permite pagar a prestação, sem violar o seu mínimo de sobrevivência ou se ignore totalmente a situação económica daquele e até o paradeiro, deve ser assunto a merecer a devida atenção do legislador, cabendo a este definir a política social que entender adequada a esta situação, no âmbito da sua competência exclusiva e de acordo com as prioridades definidas politicamente. II- A nós, enquanto julgador não nos cabe definir essa política social, nem subverter o sistema “ficcionalando” uma situação económica do progenitor/a a quem cabe prestar alimentos e, dessa forma, fixar uma pensão alimentar que não é adequada à realidade provada, apenas com base num pretensão superior interesse do menor, sem quadro legal. III- O FGADM é um “fundo fechado”, constituído mediante pressupostos taxativos, para garantia dos alimentos devidos a menores antes fixados por decisão judicial ou equivalente, que o poder legislativo criou (...) para garantir uma prestação autónoma mas substitutiva do progenitor/devedor originário. Todo o regime jurídico desta garantia tem como pano de fundo aquele fim: daí a sub-rogação, daí os reembolsos, daí a cessação da prestação a cargo do FGADM a partir do momento em que o obrigado a alimentos comece o pagamento das prestações. IV- Poderá o poder legislativo criar prestações sociais/subsídios de proteção da infância e juventude, em termos gerais e abstratos de acordo com as opções político-legislativas, de futuro. Não podem é os tribunais, na falta de mecanismos legais em vigor, subverter o sistema político-constitucional e fazer integrar no FGADM situações de facto propositadamente simuladas ou que na previsão das normas que regulam este Fundo, nelas não têm cobertura.”

2 – O que seja esse mínimo de sobrevivência, não o diz a lei, tendo a jurisprudência procurado densificar o conceito.

Assim, o Tribunal Constitucional declarou, no Acórdão n.º 177/2002, Proc. N.º 546/01, Plenário, Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza,⁴⁹ *“a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que resulta da conjugação do disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 824.º do Código de Processo Civil, na parte em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas, pagas ao executado que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo nacional, por violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, e que resulta das disposições conjugadas do artigo 1.º, da alínea a) do n.º 2 do artigo 59.º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 63.º da Constituição.”*

No mesmo sentido, embora por reporte à *“norma que resulta da conjugação do disposto na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 824.º do Código de Processo Civil (na redação emergente da reforma de 1995/96), na parte em que permite a penhora de uma parcela do salário do executado, que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, e na medida em que priva o executado da disponibilidade de rendimento mensal correspondente ao salário mínimo nacional;”*, sendo a declaração do Acórdão do T.C. n.º 96/2004, Proc. n.º 423/03 1.ª Secção, Relatora: Maria Helena Brito.⁵⁰

⁴⁹ Acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040096.html>.

⁵⁰ Ibidem.

Tendo-se porém considerado, no ulterior Acórdão do mesmo Tribunal, n.º 306/05, Proc. n.º 238/04, 3.ª Secção, Relator: Vítor Gomes,⁵¹ *“que o critério de comparação com o salário mínimo nacional não é o adequado para determinar a “proibição constitucional de penhora” nesta situação em que (na medida inversa da proteção ao devedor) também o princípio da dignidade da pessoa do filho pode ser posto em causa pelo incumprimento, por parte do progenitor, de uma obrigação integrante de um dever fundamental para com aquele. Não é critério que neste domínio possa ser eleito, como regra geral, pelas consequências inoportáveis no plano social e pelo significativo esvaziamento do conteúdo do direito-dever consagrado no n.º 5 do artigo 36.º da Constituição que implicaria.”*

E *“Ora rejeitado o critério do salário mínimo, o ordenamento jurídico oferece um outro referencial positivo que pode ser usado como critério orientador do limite de “impenhorabilidade” para este efeito: o do rendimento social de inserção criado pela Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio (...) Como o Tribunal reconheceu no acórdão n.º 509/02, a consagração do rendimento social de inserção corresponde à realização, na sua dimensão positiva, da garantia do mínimo de existência.”*

Também a Relação do Porto, em Acórdão de 09-10-2012, proc. 88/09.9TBRSD.P1, Relator: HENRIQUE ARAÚJO,⁵² julgou que *“I – O valor do rendimento social de inserção constitui um limite mínimo imune à cobrança do crédito de alimentos a menores.”*, o que *“harmoniza os direitos em confronto, garantindo a correta modelação dos interesses tutelados.”*

E a Relação de Coimbra, em Acórdão de 26-01-2016, proc. 239/12.6TMCBR.C2, Relator: ARLINDO OLIVEIRA,⁵³ decidiu que: *“1. Demonstrando-se que o progenitor do menor padece de doença incapacitante do exercício de funções laborais que o impossibilita de, dessa forma, angariar rendimentos ou meios de subsistência, e é beneficiário de prestações sociais (RSI), por não dispor de rendimentos, não se condena o mesmo no pagamento de uma prestação de alimentos, a favor do menor. 2. Trata-se de uma incapacidade involuntária de angariar meios para prover ao sustento do menor, seu filho, estando o próprio devedor de alimentos numa situação em que, ele próprio, se torna credor de alimentos por não poder prover à sua própria subsistência.”*

O Rendimento Social de Inserção – criado pela Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, em substituição do rendimento mínimo garantido, criado pela Lei n.º 19-A/96, de 29 de junho, e regulamentado pelo Decreto-lei n.º 283/2003, de 8 de novembro e pela Portaria n.º 105/2004, de 26 de janeiro (que estabelece o montante dos apoios especiais) – *“consiste numa prestação incluída no subsistema de solidariedade e num programa de inserção por forma a assegurar às pessoas e seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social, laboral e comunitária”* cfr. artigo 1.º da citada Lei.

Correspondendo o valor do rendimento social de inserção *“a uma percentagem do valor do indexante dos apoios sociais a fixar por portaria do membro do Governo responsável pela área*

⁵¹ Ibidem.

⁵² In www.dgsi.pt/jtrp.nsf.

⁵³ In www.dgsi.pt/jtrc.nsf.

da solidariedade e da segurança social”, e sendo o montante da prestação do rendimento social de inserção “igual à diferença entre o valor do rendimento social de inserção correspondente à composição do agregado familiar do requerente, e a soma dos rendimentos daquele agregado” cfr. artigos 6.º, n.º 1, alínea c), e 9.º e 10.º, da sobredita Lei.

E, de acordo com o disposto no artigo 23.º da Lei n.º 13/2003, “A prestação inerente ao direito do rendimento social de inserção não é suscetível de penhora, salvo em situações de dívida por pagamentos indevidos na prestação de rendimento social de inserção.”

Esse artigo 23.º conheceu sucessivas alterações, sendo a última – a que corresponde a redação transcrita – a introduzida pelo Decreto-Lei n.º 90/2017, de 28 de julho.

Por via da qual se retomou a regra da insusceptibilidade de penhora da prestação inerente ao direito do rendimento social de inserção, que apenas havia sido afastada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, cujo artigo 5.º deu àquele artigo 23.º a seguinte redação: “A prestação do rendimento social de inserção é parcialmente penhorável nos termos da lei geral.”

Sendo esta ripristinada insusceptibilidade de penhora, consagrada já na redação inicial do artigo, que apenas não formulava a ressalva das situações de dívida por pagamentos indevidos na prestação de rendimento social de inserção, introduzida pelo citado Decreto-Lei n.º 90/2017, de 28 de julho.

Assim, por um lado, mesmo no âmbito de vigência da redação do sobredito artigo 23.º introduzida pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho – e dada a relação de especialidade da Lei n.º 13/2003 com a Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que aprova as bases gerais do sistema de segurança social – não acompanharíamos o Acórdão da Relação do Porto, de 05-06-2017, proc. 2181/06.0TMPRT-B.P1,⁵⁴ enquanto nele se fundamenta a parcial penhorabilidade da prestação do rendimento social de inserção no disposto no “*nos termos gerais (artigo 72.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro)*”.

Não podendo, por outro lado, defender-se, no domínio da atual redação do mesmo artigo 23.º, que estando em causa “*nos autos a não satisfação de um crédito alimentar, visto o disposto no artigo 738.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, apenas é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo*”.

É que aquela disposição do Código de Processo Civil de 2014, deve considera-se derogada pela norma do artigo 23.º da Lei n.º 13/2003, resultante das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 90/2017.

⁵⁴Relator: CARLOS GIL, in www.dgsi.pt/jtrp.nsf

1.6. Em **conclusão** diremos que:

- a) Na fixação de alimentos a prestar a filho menor não pode postergar-se a regra da proporcionalidade estabelecida no artigo 2004.º, do Código Civil;
- b) O montante da prestação de alimentos não poderá, em caso algum, privar o progenitor “obrigado” da sua autossubsistência mínima;
- c) Esta deverá corresponder ao valor do rendimento social de inserção;
- d) No caso de o progenitor “obrigado” se encontrar desempregado, apenas poderá considerar-se a sua capacidade de auferir rendimentos desde que, comprovadamente, tal situação for imputável àquele e no mercado de trabalho existente se apresentem ofertas correspondentes às competências do mesmo progenitor;
- e) Sendo desconhecida a situação económica do progenitor “obrigado”, designadamente por se encontrar o mesmo ausente em parte incerta, não é de fixar pensão de alimentos.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/8pmqyv8bc/flash.html>

2.

**As providências
especiais previstas no
artigo 931.º, n.º 7, do Código
de Processo Civil – natureza
e procedimentos**

Nuno de Lemos Jorge



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AS PROVIDÊNCIAS ESPECIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 931.º, N.º 7, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NATUREZA E PROCEDIMENTOS

Nuno de Lemos Jorge*

2.1. Introdução
2.2. Origem da norma
2.3. Natureza dos procedimentos
2.4. Consequências da natureza cautelar
2.5. Observações finais
Vídeo da apresentação

2.1. Introdução

1. O artigo 931.º, n.º 7, do Código de Processo Civil (doravante, CPC) prevê o seguinte: “[e]m qualquer altura do processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, e se o considerar conveniente, pode fixar um regime provisório quanto a alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos e quanto à utilização da casa de morada da família; para tanto, o juiz pode, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias”.

A letra do preceito oferece pouco ao intérprete, na condensada enumeração de matérias que nos apresenta, mas constitui, não obstante, um ponto de partida do qual podemos extrair alguns primeiros sinais norteadores da sua interpretação.

Trata-se de *decisões provisórias*, o que, pressupondo outras definitivas, nos mostra, a um tempo, a conexão e a dependência em relação ao objeto do processo em que se inserem. A dissolução do casamento produz (*rectius*, pode produzir) efeitos quanto a alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos e quanto à utilização da casa de morada da família. A fixação destes efeitos reclama uma decisão (final); diz-nos a norma em apreço que tal decisão pode ser precedida de uma outra, de caráter provisório, “em qualquer altura do processo” de divórcio.

A decisão *provisória* será o culminar de um certo *procedimento*, a que a norma faz escassa referência, limitando-se a prever que o juiz pode, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias. No entanto, este procedimento deve ser moldado em obediência a alguns princípios imprescindíveis, pois nenhuma decisão pode sobrevir no processo sem respeito pelo contraditório, pela igualdade das partes ou pelo direito à prova, por exemplo – enfim, pela ideia de *processo equitativo* (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa).

* Juiz de Direito, em comissão de serviço como assessor do Gabinete dos Juizes do Tribunal Constitucional. O presente texto corresponde, no essencial, à comunicação apresentada no Centro de Estudos Judiciários, no dia 16 de dezembro de 2016, no âmbito de uma ação de formação sobre processos especiais decorrentes da dissolução da sociedade conjugal (cfr. “<https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=432>”).

O legislador não aponta – em bom rigor, não tem de apontar – para uma estrutura modelar deste procedimento. Mais concretamente, não esclarece se o mesmo, tendo contornos marcadamente *incidentais*, se rege *diretamente* pelas disposições gerais sobre os incidentes da instância (artigos 292.º a 295.º do CPC) ou pelas normas que regem os procedimentos cautelares (artigos 362.º e ss. do CPC), aplicando-se as primeiras, neste caso, a título subsidiário (artigo 365.º, n.º 3, do CPC)¹.

A resposta dependerá, é evidente, do entendimento que adotarmos quanto à natureza – *cautelar ou não cautelar* – dos procedimentos previstos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC. Tomar posição a este respeito é o primeiro propósito deste texto, à volta do qual orbitarão considerações adicionais sobre alguns aspetos relevantes daqueles procedimentos e das decisões em que culminam.

2.2. Origem da norma

Não é esta a sede própria para uma exposição detalhada sobre a história legislativa do divórcio², sendo do conhecimento geral que a dissolução do casamento civil encontrava, no Código Civil de 1966, obstáculos significativos (mais gravosos, até, do que aqueles que eram previstos na designada “Lei do Divórcio” de 1910 – Decreto de 3 de novembro de 1910): comprimiu o divórcio litigioso nas apertadas fronteiras divórcio-sanção³; fez anteceder o divórcio por mútuo consentimento de um período de três anos de separação judicial de pessoas e bens; e permitiu ao juiz decretar a separação, em lugar do divórcio pedido, no caso de entender que as circunstâncias do caso aconselhavam a não dissolução do casamento⁴⁻⁵.

¹ Sobre a distinção entre incidentes da instância e procedimentos cautelares, cfr. José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, volume 2.º, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 1, e João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, *Direito Processual Civil* (obra em preparação), §40.º, I., 2.

² Sobre a matéria, cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 684 e ss., e Nuno de Salter Cid, *O divórcio em Portugal: antecedentes e 1.ª República*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 16 (2011), pp. 19 e ss., e *O divórcio em Portugal durante o Estado Novo*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 9, n.ºs 17-18 (2012), pp. 15 e ss.

³ A lei anterior permitia o divórcio litigioso por causas objetivas não culposas – cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 685 e s.

⁴ Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 686.

⁵ Se olharmos para o CPC de 1961 – Decreto-Lei n.º 44129, de 28/12/1961 – verificamos que este era, ainda, fértil em institutos de direito processual civil que hoje não seriam tolerados. Refletiam um certo entendimento sobre a relação matrimonial e espelham, de forma nítida, as diferenças entre o quadro axiológico (enquanto manifestado pela lei) e os limites jurídico-constitucionais atuais e aqueles em que assentavam os institutos jurídicos há cerca de meio século, nesta matéria. Entre as providências relativas aos cônjuges, encontrávamos, por exemplo, o processo para entrega judicial da mulher (artigo 1416.º), previsto para as hipóteses em que “*a mulher, sem motivo justificado, abandone o marido ou se recuse a acompanhá-lo*”. A entrega “*efetua[va]-se no tribunal, sob a presidência do juiz, que exorta[va] os cônjuges a restabelecerem a harmonia conjugal*” (n.º 5 do artigo 1416.º). De algum modo no reverso, “*se o marido, sem motivo justificado, se recusa a receber a mulher em casa, pode esta requerer que ele a receba*” (artigo 1417.º). Note-se, todavia, que até mesmo neste contexto, o divórcio por mútuo consentimento, nos casos de casamento civil, era, em geral, menos dificultado do que veio a ser no Código Civil de 1966. No CPC de 1961, em conformidade com o regime substantivo então aplicável, o divórcio por mútuo consentimento podia ser pedido pelos cônjuges casados há mais de cinco anos e que tivessem completado, pelo menos, 25 anos de idade (artigo 1420.º), seguindo-se uma conferência, à qual deviam assistir os pais dos cônjuges e os filhos maiores de 18 anos, salvo justo impedimento (artigo 1421.º, n.º 1). Se ambos os cônjuges comparecessem à conferência, o juiz exortá-los-ia a desistir do seu propósito, “*chamando-lhes, especialmente, a atenção para os efeitos nocivos do divórcio ou da separação no que respeita ao futuro dos filhos*” (artigo 1422.º, n.º 1). Na falta de

As amplas modificações legislativas posteriores a 25 de abril de 1974 incluíram, sem surpresa, várias normas do regime do divórcio. Foi aprovado o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio, que, *inter alia*, veio permitir o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos, consagrar a possibilidade de os cônjuges pedirem o divórcio por mútuo consentimento sem precedência de outros procedimentos e alargar as causas de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, designadamente no que respeita à separação de facto (causa cujo regime foi, posteriormente, modificado pelo Decreto-lei n.º 561/76, de 17 de julho).

Publica-se, então, o Decreto-Lei n.º 605/76, de 24 de julho, cujo sumário anuncia, laconicamente, que *“dá nova redação a diversos artigos do Código Civil e do Código de Processo Civil – separação de pessoas e bens e divórcio”*. O respetivo preâmbulo orienta vagamente o intérprete:

“[...]

A Lei n.º 4/70, de 29 de abril, ao criar os tribunais de família, previu, na sua base VI a extensão progressiva da competência daqueles, fixada na base II do mesmo diploma.

Todavia, antes de se alargar a competência de tais tribunais a todas as matérias a que a referida base II alude, convém estabelecer medidas conducentes a um rápido descongestionamento dos respetivos serviços.

Visa, portanto, este diploma a modificação de algumas disposições da lei substantiva e adjetiva, por forma a simplificar a resolução de todos os casos em que, subjacentemente, exista o acordo das partes.

Com efeito, só depois de verificados os resultados das disposições do presente diploma se poderá encarar o alargamento da competência dos tribunais de família nos termos atrás referidos, designadamente com a atribuição de matérias atualmente afetas aos tribunais tutelares de menores.

[...]”

É precisamente com o Decreto-Lei n.º 605/76, de 24 de julho, que surge a norma que, hoje, sem modificações, encontramos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC (com a numeração decorrente da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho; anteriormente, era o artigo 1407.º, n.º 7), de que me ocuparei, servindo este breve apontamento unicamente para mostrar que a história legislativa não permite esclarecer completamente o propósito do legislador e a natureza dos procedimentos ali previstos.

reconciliação ou desistência do pedido, autorizava-se o divórcio provisório pelo prazo de um ano (artigo 1422.º, n.º 3) e só depois de decorrido esse período se designava nova conferência, na qual se tentava, uma vez mais, a reconciliação dos cônjuges e, não sendo ela lograda, era, então, decretado o divórcio definitivo (artigo 1423.º, n.ºs 1 e 2). A dissolução definitiva do casamento por mútuo consentimento poderia ocorrer, assim, após o período de um ano de divórcio provisório.

2.3. Natureza dos procedimentos

Saber se os procedimentos previstos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC têm natureza cautelar obriga-nos a perguntar o que é característico de uma tutela cautelar, qual a marca distintiva que ostenta – enfim, o seu *quid* específico.

Rui Pinto, fazendo um corte dogmático entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória⁶ e recordando que a instrumentalidade formal não é essencial à primeira (isto é, pode conceber-se tutela cautelar sem ação principal)⁷, sustenta que se trata de um meio processual de salvaguarda de direitos subjetivos, dizendo respeito a um problema material independente do problema que é objeto da decisão final, juridicamente relevante e, por isso, expresso num objeto processual próprio e autónomo, não reconduzível ao objeto nem da ação principal nem de uma sua antecipação. Este problema material é o perigo de dano ao direito carente de proteção (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa), no pressuposto de nenhuma ação, senão a cautelar, o poder afastar – *“a necessidade de alteração do status quo material é uma tarefa do direito material e, por isso, a estatuição de poderes processuais para obter cautelas não é algo que dependa do gosto do legislador, mas é imposto pelos fins do processo e, por aí, com a sua relação com o direito material”*⁸.

Rita Lynce de Faria⁹ chama a atenção para a tutela cautelar como resposta à tentativa de minimização das limitações do processo, como preventiva da efetividade do direito e da utilidade de uma decisão futura. João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa¹⁰ referem que a demora na satisfação judicial do interesse protegido cria o risco de um prejuízo ao seu titular, razão pela qual *“a lei permite que, através de um processo mais simples e rápido – mas, por isso mesmo, menos seguro –, demonstrada a mera probabilidade séria da existência do direito ameaçado (...), o tribunal possa decretar uma tutela provisória que se destina a acautelar o efeito útil da ação (...), isto é, a evitar que a composição definitiva seja inútil. (...) Das características dos procedimentos cautelares resulta que as providências cautelares que neles são decretadas realizam uma função preventiva: elas destinam-se a prevenir a lesão de um direito. O modo como o fazem é que é característico: elas visam evitar a mudança numa situação que possa fazer perigar a utilidade da sentença que venha a ser proferida na ação principal”*.

Regressando ao artigo 931.º, n.º 7, do CPC, note-se que a lei nos indica que o juiz fixa *um regime provisório*, isto é, toma uma *decisão provisória*. A provisoriedade é um traço típico das decisões cautelares¹¹ (sem prejuízo da possibilidade de inversão do contencioso – ainda assim, esta não altera a *natureza* da tutela, apenas torna dispensável a discussão subsequente na ação principal, transferindo o ónus da propositura desta para o requerido¹²), mas não dos

⁶ Cfr. *A questão de mérito na tutela cautelar*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 317 e ss.

⁷ *Idem*, p. 320.

⁸ *Idem*, pp. 541 e ss.; excerto citado, p. 565.

⁹ *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 44 e ss.

¹⁰ *Ob. cit.*, §37.º, I., 1. a 3.

¹¹ Cfr. José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, volume 2.º, cit., 2017, p. 1.

¹² *“As providências cautelares que, atendendo ao seu objeto, admitem a inversão do contencioso não deixam de ser instrumentais perante a tutela definitiva; o que se verifica é que essas providências se consolidam como tutela*

incidentes. A provisoriedade da tutela cautelar significa, também, que a decisão não chegará a adquirir a força de caso julgado, como sucede com as decisões definitivas por referência à pretensão que está em causa na ação principal¹³. Já os incidentes da instância – “*procedimentos anómalos que visam a resolução de questões que, embora relacionadas com o objeto do processo, não fazem parte do encadeamento lógico necessário à resolução do pleito, tal como ele é desenhado inicialmente pelas partes*”¹⁴ – emergem de “*factos eventuais com relevância no processo*”¹⁵. As decisões dos incidentes da instância têm caráter *definitivo*, embora restrito ao respetivo objeto.

Independentemente das vias de aproximação ao problema (que, como vimos, variam), parece nítido que os traços fundamentais da tutela cautelar se encontram presentes nas decisões a que se refere o n.º 7 do artigo 931.º do CPC, embora com a especificidade própria das relações jurídicas que brotam dos laços familiares¹⁶ e sem prejuízo de algumas particularidades, a que adiante se fará referência (*infra*, ponto 4.). Em todas elas se desenha um direito carecido de tutela, que não a obtém – ou não a obtém completamente – aguardando apenas a decisão (da ação) principal: o direito dos filhos a ver regulado o exercício das responsabilidades parentais quando a sua concreta situação assim o exija, designadamente em caso de dissociação familiar; o direito a alimentos do (futuro ex-) cônjuge; e o direito a ocupar a casa de morada de família.

Em suma, os traços fundamentais dos procedimentos cautelares e dos (genéricos) incidentes da instância permitem concluir, sem dificuldade, que os procedimentos tendentes ao decretamento das providências previstas no n.º 7 do artigo 931.º do CPC têm evidente afinidade com os primeiros. Trata-se de remédios provisórios, com *propósito e natureza cautelares*. Ou seja, *encontramo-nos perante procedimentos cautelares*¹⁷ – conclusão que deve estar presente no horizonte do aplicador da norma, pois traz consigo consequências importantes. Delas se ocupa o ponto seguinte.

definitiva pela inação do requerido, deixando de ser um instrumento de uma posterior tutela definitiva e passando a ser a própria tutela definitiva”, João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit., §37.º, III., 1., 1.2. Cfr., ainda, José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, volume 2.º, cit., pp. 45 e ss., e Rita Lynce de Faria, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas”, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1139 e ss.

¹³ Cfr. Rui Pinto, ob. cit., p. 321, e Rita Lynce de Faria, ob. cit., p. 484.

¹⁴ José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, volume 1.º, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2014, p. 575.

¹⁵ Cfr. João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit., §40.º, I., 2.

¹⁶ Especificidade que é também a do processo em que as providências são decretadas. A este propósito, escreve Tomé d’Almeida Ramião, *O divórcio e questões conexas – regime jurídico actual*, 3.ª edição, Lisboa: Quid Juris, 2011, pp. 83 e ss.: “[a] razão de ser deste procedimento tem justificação no facto de ser do conhecimento geral que muitas vezes, porventura mais do que deviam, a situação de divórcio arrasta os cônjuges para uma conflitualidade desmedida, com sentimentos de raiva, revolta, de ódio, para tensões e conflitos que por vezes atingem foros de pura irracionalidade, com alterações emocionais profundas, em que cada um dos cônjuges tenta imputar ao outro a responsabilidade da rutura conjugal, procurando vingar-se nele, com prejuízos em especial para os filhos menores. Nesse sentido, e perante situações de grande conflitualidade entre os cônjuges, e em que a sua convivência não é pacífica, poderá justificar-se um regime provisório sobre tais matérias, enquanto se mantém o processo de divórcio”.

¹⁷ No mesmo sentido, Tomé d’Almeida Ramião, ob. cit., p. 84, com indicação de jurisprudência.

2.4. Consequências da natureza cautelar

De um modo geral, a questão do regime a aplicar aos procedimentos previstos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC encontra resposta na remissão para os artigos 362.º e ss. do CPC, observação evidente que não dispensa, todavia, algumas notas adicionais.

2.4.1. Uma primeira diferença emerge com clareza da própria letra da lei: o decretamento das providências cautelares, em geral, carece *de ser pedido* (artigo 362.º, n.º 1, do CPC); as providências previstas no n.º 7 do artigo 931.º do CPC podem nascer mediante impulso dos interessados no seu decretamento ou por iniciativa do juiz.

A letra do preceito não parece autorizar, à partida, distinções cortantes, no sentido de apenas *algumas* das providências ali mencionadas poderem ser decretadas *ex officio*, mas parece razoável afirmar que, pela sua natureza, nem todas se apresentam com igual abertura à intervenção oficiosa do tribunal.

A regulação do exercício das responsabilidades parentais está especialmente vocacionada para a apreciação e decisão oficiosas (sem prejuízo do contraditório, claro está). Nesta matéria, a norma do n.º 7 do artigo 931.º do CPC deve articular-se com o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro – doravante, RGPTC)¹⁸, o que, só por si, implica, designadamente:

(i) Que a atuação do tribunal se rege pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo e, ainda, pelos princípios da simplificação instrutória e oralidade¹⁹, da consensualização²⁰ e da audição e participação da criança²¹;

(ii) Que o procedimento seja de jurisdição voluntária²²; e

(iii) Um dever de iniciativa processual do Ministério Público²³.

¹⁸ O qual, aliás, prevê, expressamente, no seu artigo 65.º, que “[a]s providências que tenham correspondência nos processos e incidentes regulados no Código de Processo Civil seguem os termos aí prescritos, com as adaptações resultantes do disposto no RGPTC”.

¹⁹ Artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RGPTC: “a instrução do processo recorre preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente, no que concerne à audição da criança que deve decorrer de forma compreensível, ao depoimento dos pais, familiares ou outras pessoas de especial referência afetiva para a criança, e às declarações da assessoria técnica, prestados oralmente e documentados em auto”.

²⁰ Artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RGPTC: “os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audição técnica especializada e ou à mediação, e, excecionalmente, relatados por escrito”.

²¹ Artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RGPTC: “a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse”.

²² Artigo 12.º do RGPTC.

²³ Artigo 17.º, n.º 1, do RGPTC, em linha com o disposto nos artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea a), e n.º 4, alínea a), do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro.

A projeção dos princípios atrás referidos não ocorrerá, necessariamente, com a mesma intensidade com que se verifica em processos tutelares cíveis não cautelares, devendo adaptar-se, sem excessivo sacrifício, à natureza do procedimento cautelar.

O próprio RGPTC contém, no seu artigo 28.º²⁴, a previsão de “decisões provisórias e cautelares”, que visa, no essencial, realizar, nos processos ali previstos, o mesmo tipo de tutela que está subjacente ao n.º 7 do artigo 931.º do CPC. Não há colisão normativa entre este último preceito e aquele outro, mas o artigo 28.º do RGPTC contém uma regulação mais detalhada. Assim, a aplicação de uma medida provisória relativa à regulação do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 931.º, n.º 7, do CPC, pode reger-se *também* pelo disposto no artigo 28.º do RGPTC.

Sublinha-se, ainda, que o n.º 5 do artigo 28.º do RGPTC reforça – no que diz respeito às providências relativas às responsabilidades parentais – a conclusão já tirada quanto à natureza cautelar do procedimento, ao estruturar os meios de reação do requerido, nos casos de contraditório diferido, em termos paralelos à solução contida no artigo 372.º, n.º 1, do CPC.

De todo o modo, na pendência do divórcio, verificando-se uma situação de dissociação familiar e existindo filhos menores de idade, não se afigura conforme à lei uma atitude omissiva – o tribunal *deve* regular provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais, privilegiando o acordo, se o mesmo se revelar possível e conforme ao superior interesse da criança (o disposto nos artigos 34.º a 38.º, 1.ª parte, do RGPTC pode constituir, para este efeito, uma base procedimental, sem prejuízo das adaptações que se mostrarem necessárias).

Quanto às decisões provisórias relativas aos alimentos e à casa de morada de família, a intervenção *oficiosa* do juiz será de verificação mais rara. À falta de impulso dos interessados o processo não revelará, as mais das vezes, nestes casos, um interesse definido com suficiente densidade para que o tribunal possa – ou mesmo deva – suprir a falta do pedido. Não obstante, podem imaginar-se hipóteses em que o *interesse dos filhos* ou a *especial vulnerabilidade* dos sujeitos aconselhe uma decisão *ex officio*. Neste último caso, a debilidade deve ser manifesta e revelada por elementos objetivos (sem prejuízo do exercício dos poderes inquisitórios do juiz), manifestando-se uma especial carência de tutela do direito.

²⁴ Com a seguinte redação:

“Artigo 28.º

Decisões provisórias e cautelares

1 – Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, a requerimento ou oficiosamente, o tribunal pode decidir provisoriamente questões que devam ser apreciadas a final, bem como ordenar as diligências que se tornem indispensáveis para assegurar a execução efetiva da decisão.

2 – Podem também ser provisoriamente alteradas as decisões já tomadas a título definitivo.

3 – Para efeitos do disposto no presente artigo, o tribunal procede às averiguações sumárias que tiver por convenientes.

4 – O tribunal ouve as partes, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

5 – Quando as partes não tiverem sido ouvidas antes do decretamento da providência, é-lhes lícito, em alternativa, na sequência da notificação da decisão que a decretou:

a) Recorrer, nos termos gerais, quando entenda que, face aos elementos apurados, ela não devia ter sido deferida;

b) Deduzir oposição, quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinem a sua redução.”

É, precisamente, a ideia de necessidade de tutela dos direitos que serve de fio condutor a algumas observações sobre o *periculum in mora*, de que se trata no ponto subsequente.

2.4.2. O *periculum in mora* – literalmente, o “perigo [decorrente] da demora” do processo principal – constitui um requisito geral para o decretamento de providências cautelares, sendo habitualmente descrito como o “*fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável*”²⁵ (cfr. artigo 368.º, n.º 1, do CPC).

Esta medida de gravidade não constitui, todavia, um requisito *necessariamente* comum a toda e qualquer providência, podendo conceber-se hipóteses em que, sem afetar a natureza cautelar da tutela, é possível decretá-la perante a (mera) violação do direito, receio desta ou (qualquer) prejuízo daí resultante, como decorre, aliás, da própria previsão legal de algumas providências²⁶.

Assim pode ser porquanto, na verdade, e nas palavras de Rui Pinto, “o tão usado e propalado *periculum in mora* não é senão a inadequação da tutela declarativa para lidar com um certo tipo de problema material e extraprocessual”²⁷ e “as vantagens do funcionamento de uma providência cautelar valem e ocorrem por si mesmas, haja ou não haja mora processual”²⁸, concluindo o autor, como vimos, que o problema material a resolver no procedimento cautelar é o do “*perigo de dano*”²⁹ a um direito. Ou seja, estamos perante um problema de carência de tutela jurisdicional de um direito, que não se pode resolver (pelo menos totalmente) pela pronúncia na ação principal e, sendo caso disso, posterior execução da decisão, mas poderá realizar-se mediante uma *providência* apta a prevenir, evitar ou minorar o dano desse direito.

Nesta configuração, é – uma vez mais – nítido que as “providências” a que se refere o artigo 931.º, n.º 7, do CPC trazem consigo a *marca cautelar*, mas também que a regulação do exercício das responsabilidades parentais apresenta algumas características únicas. O legislador pretende, nestes casos, que as providências necessárias sejam tomadas assim que se imponha regular o exercício das responsabilidades parentais, privilegiando o acordo. É o que resulta do disposto no artigo 38.º, 1.ª parte, do RGPTC, devendo, por regra, o juiz orientar-se pelo mesmo princípio, no que respeita à aplicação do disposto no artigo 931.º, n.º 7, do CPC, em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Tal não afasta que,

²⁵ António Santos Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III volume, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2010, p. 100.

²⁶ Alguns exemplos: o embargo de obra nova pode ser requerido por aquele “que se julgue ofendido no seu direito de propriedade, singular ou comum, em qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou na sua posse, em consequência de obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause ou ameace causar prejuízo” (artigo 397.º, n.º 1, do CPC); o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos permite decretar providências cautelares perante a (mera) violação do direito (artigo 210.º-G, n.º 1); o artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de fevereiro, prevê a apreensão do veículo e do certificado de matrícula assim que se mostre “vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade”; o artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho, prevê que “se, findo o contrato por resolução ou pelo decurso do prazo sem ter sido exercido o direito de compra, o locatário não proceder à restituição do bem ao locador, pode este, após o pedido de cancelamento do registo da locação financeira, a efetuar por via eletrónica sempre que as condições técnicas o permitam, requerer ao tribunal providência cautelar consistente na sua entrega imediata ao requerente”.

²⁷ Ob. cit., pp. 533 e ss. O autor distingue o perigo de dano do *periculum in mora*, concluindo que podem verificar-se ambos ou apenas um deles (ob cit., pp. 539 e ss.).

²⁸ *Idem*, p. 534.

²⁹ *Idem*, p. 565.

para além desta ideia orientadora, o juiz possa decidir provisoriamente (outras) questões que se lhe coloquem e devam ser apreciadas a final, bem como ordenar as diligências que se tornem indispensáveis para assegurar a execução efetiva da decisão (artigo 28.º do RGPTC). A articulação entre o artigo 931.º, n.º 7, do CPC e os artigos 28.º e 38.º, n.º 1, do RGPTC revela, deste modo, uma espessa barreira de proteção do superior interesse da criança, aqui na dimensão de direito a ver regulado o exercício das responsabilidades parentais, estabelecendo um verdadeiro *dever* de decisão provisória orientado pela (e para) a máxima prevenção do dano. Presumiu o legislador que, *perante a dissociação familiar*, a ausência de regulação gera um perigo de dano do direito suficientemente sério para desencadear a *cautela* da decisão provisória – daí o *dever* de decidir³⁰.

Sem uma posição expressa e forte do legislador – como sucede no âmbito do exercício das responsabilidades parentais – a ponderação do *perigo de dano* justificativo do decretamento de uma medida provisória em matéria de atribuição de casa de morada de família e em matéria de alimentos não deve representar uma tutela tão recuada.

Não obstante, quanto à atribuição provisória do uso da casa de morada de família, importa notar que, embora o procedimento esteja previsto, formalmente, como dependente do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (ou seja, um processo de jurisdição contenciosa), a providência a decretar diz respeito à tutela de um direito regulado, em termos definitivos, num processo de jurisdição voluntária (artigo 990.º do CPC), aberto a critérios de oportunidade e conveniência (artigo 987.º do CPC). Os mesmos interesses que concorrem na apreciação da decisão final – designadamente, a necessidade e os recursos de cada um, os interesses dos filhos – devem relevar para aferir da necessidade de tutela cautelar³¹. Não parece, assim, mobilizável para a aplicação da norma uma ideia estrita de *dano sério e irreparável*³². A tutela provisória deste direito há de encontrar o seu espaço, mais propriamente, na necessidade de compatibilização imediata daqueles interesses, em ordem a garantir a estabilidade familiar, a habitação condigna dos filhos e/ou assegurar uma solução de

³⁰ Nem sempre o processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges oferece, à partida, designadamente na conferência, elementos seguros quanto à dissociação familiar, pelo que o juiz pode não ter por verificado um dos principais fatores da necessidade de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Cabe-lhe, ainda assim, proceder às indagações possíveis, junto dos progenitores ou através de diligências pontuais simples compatíveis com uma averiguação sumária da situação de facto. Se vier a tomar uma decisão provisória sobre o exercício das responsabilidades parentais, o regime terá de definir-se posteriormente em termos definitivos. Tendo sido decretado o divórcio, deve observar-se o disposto no artigo 34.º do RGPTC, se o exercício das responsabilidades parentais não estiver ainda definitivamente regulado nem se encontrar já pendente a ação respetiva, sem prejuízo do que se refere no texto principal, *infra*, ponto 4.3.-b), quanto à subsistência da providência, excecionalmente, em certos casos de extinção do processo sem decretamento do divórcio.

³¹ O que se projeta, inevitavelmente, em critérios de decisão análogos aos que se encontram nos artigos 1793.º e 1105.º do Código Civil (nos casos de habitação própria e de habitação arrendada, respetivamente). Neste sentido (por vezes, privilegiando expressamente o critério da necessidade de um dos cônjuges e subordinando outros critérios àquele), cfr. os acórdãos do STJ de 26.04.2012, proferido no processo n.º 33/08.9TMBRG.G1.S, do TRP de 26.05.2015, proferido no processo n.º 5523/13.9TBVNG-B.P1, de 05.02.2013, proferido no processo n.º 1164/10.0TMPRT-B.P1, de 01.02.2011, proferido no processo n.º 298/06.0TMMTS-B.P1, e de 09.12.2004, proferido no processo n.º 0436649, do TRL de 31.03.2013, proferido no processo n.º 2557/10.9TBVFX.L1-6, de 09.12.2008, proferido no processo n.º 5670/2008-6, e de 09.12.2008, proferido no processo n.º 10341/2008-6, do TRC de 05.11.2013, proferido no processo n.º 2251/12.6TBPBL-D.C1, e do TRG de 27.02.2014, proferido no processo n.º 3190/11.3TBVCT.G1, disponíveis em www.dgsi.pt, tal como os demais citados doravante sem outra menção.

³² Cfr., neste sentido, o acórdão do TRC de 05.11.2013, proferido no processo n.º 2251/12.6TBPBL-D.C1.

habitação viável ao cônjuge que dela careça, com uma imprescindível nota de *necessidade atual*.

Mas também no que respeita à decisão sobre alimentos nos termos do artigo 931.º, n.º 7, do CPC alguma jurisprudência tende a flexibilizar os critérios de atribuição, com o que nisto vai implicado de suavização do nível de exigência colocado na apreciação do perigo de dano do direito do requerente³³⁻³⁴.

2.4.3. A caducidade das providências decretadas nos termos do n.º 7 do artigo 931.º do CPC – no âmbito do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges – deve ser analisada em função das variáveis que se passam a enunciar.

a) O divórcio foi decretado

Tendo sido proferida uma decisão que decretou o divórcio, pode esta: (aa) ter assentado num acordo quanto ao divórcio, mas sem que se verificasse o acordo quanto aos respetivos efeitos, nas matérias em que a lei o exige, decidindo-se quanto a estes regimes na sequência de incidentes próprios³⁵; ou (ab) não ser precedida de acordo quanto ao divórcio, hipótese em que o processo prosseguiu unicamente para decisão quanto à dissolução do casamento. Importa distinguir estas hipóteses, para efeitos de caducidade das providências provisórias.

aa) O divórcio foi decretado e as respetivas consequências fixadas pelo tribunal

Se houve acordo quanto ao divórcio, mas não, designadamente, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, aos alimentos e ao uso da casa de morada de família, significa

³³ Cfr., designadamente, os acórdãos do TRE de 01.02.2007, proferido no processo n.º 2655/06-2 (“*não podemos olvidar que não estamos perante uma ação em que são pedidos alimentos a título definitivo, mas, tão só, a título provisório e no âmbito de um processo especialíssimo regulado pelo art. 1407.º, n.º 7, do CPC, em que o regime da sua fixação segue critérios de conveniência e não de estrita legalidade, sendo destinado a vigorar, apenas, durante a pendência da ação de divórcio, em que o cônjuge não é obrigado à prestação de alimentos como qualquer outro obrigado, mas antes, como pessoa que contraiu pelo casamento o dever de constituir com o outro cônjuge uma comunhão de vida e, por isso de lhe assegurar uma situação patrimonial condizendo com a condição da família, assumindo muito maior relevância no período temporal em que decorre a ação de divórcio, até porque a prestação de alimentos devida ao cônjuge não tem o mesmo objeto que a prestação alimentar comum, não se mede pelas estritas necessidades vitais (alimentação, vestuário, calçado, alojamento) do credor, visando pelo contrário assegurar ao necessitado o trem de vida económico e social, as necessidades recreativas as obrigações sociais a que ele faz jus como cônjuge do devedor*”; sublinhados acrescentados), e do TRP de 28.06.1999, proferido no processo n.º 9950826, e de 18.02.1993, proferido no processo n.º 9210591. Outras decisões parecem guiar-se por um critério de estrita necessidade do credor de alimentos – cfr. os acórdãos do TRC de 11.02.2003, proferido no processo n.º 3984/2002, e de 04.11.2003, proferido no processo n.º 2924/03, do TRP de 16.12.2009, proferido no processo n.º 222/08.6TMMTS-A.P1, e do TRL de 27.03.2007, proferido no processo n.º 405/2007-1. Não cabendo no âmbito deste estudo o desenvolvimento do critério de decisão, sempre se dirá que a posição já assumida quanto ao sentido da tutela cautelar obriga a ter como referência o conteúdo do direito tutelado por esta via e as circunstâncias que conduzem à necessidade de tutela. Sobre o conteúdo do direito, cfr. Paula Távora Vítor, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*, Coimbra, polic., 2015 (tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), em especial pp. 169 e ss., 285 e ss., 357 e ss. e 457 e ss.

³⁴ Sobre a decisão das providências previstas no artigo 931.º, n.º 7, do CPC segundo critérios de equidade, cfr., ainda, Tomé d’Almeida Ramião, ob. cit., p. 84, com indicação de jurisprudência.

³⁵ Embora não seja consensual o regime a observar nestes casos, segue-se, na presente exposição, o entendimento segundo o qual os procedimentos tendentes à fixação dos efeitos do divórcio são tramitados como incidentes autónomos, seguindo o figurino do RGPTC no caso da regulação do exercício das responsabilidades parentais. V., a propósito do uso da casa de morada de família, o acórdão do TRP de 27.03.2014, proferido no processo n.º 10731/10.1TBVNG.P2.

que o processo prosseguiu para fixação, pelo tribunal, dos respectivos regimes (artigo 1778.º-A, n.º 3, do Código Civil)³⁶. As decisões neste âmbito substituem as medidas provisórias, pelo que as mesmas caducam com o trânsito em julgado da sentença.

ab) O divórcio foi decretado, mas não foram determinadas as respetivas consequências

Se o processo se destinou, apenas, à apreciação da questão da dissolução do casamento, o dispositivo da sentença cinge-se, por regra, ao mencionado efeito.

Neste caso, a providência quanto ao exercício das responsabilidades parentais mantém-se até que tal exercício venha a ser definitivamente regulado, já que não procedem as razões normalmente associadas ao regime da caducidade, que cede perante o interesse em manter o regime considerado mais adequado à salvaguarda do superior interesse da criança³⁷. Deve entender-se que, nestas circunstâncias, o espírito do sistema aponta para uma interpretação segundo a qual a subsistência dos efeitos da regulação provisória é preferível ao *vazio de regime* decorrente da caducidade da providência, que resultaria em provável prejuízo da criança. A lei oferece um apoio evidente para esta interpretação, pois prevê, no artigo 34.º do RGPTC, os momentos processuais tendentes à decisão sobre o regime definitivo logo após o divórcio, não fazendo sentido que, neste contexto, em que os procedimentos tendentes à regulação definitiva prosseguem logo após o processo de divórcio, o regime provisório anteriormente definido deixe de vigorar.

A providência relativa ao uso da casa de morada de família caduca se não for proposta a ação prevista no artigo 990.º do CPC, da qual a dita providência depende, no prazo de 30 dias contados do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio (artigo 373.º, n.º 1, alínea a), do CPC, com as devidas adaptações)³⁸⁻³⁹. Se a ação principal for intentada, a providência subsistirá até ao trânsito em julgado da respetiva sentença.

A providência quanto aos alimentos caduca, por regra, se não for proposta a ação de alimentos definitivos, da qual a referida providência depende, no prazo de 30 dias contados do trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio (artigo 373.º, n.º 1, alínea a), do CPC, com as devidas adaptações)⁴⁰. Se a ação principal for intentada, a providência subsistirá até ao trânsito em julgado da respetiva sentença. Ressalvam-se, porém, os casos em que tenha sido deduzido, nos articulados, o pedido de alimentos definitivos, nos termos do artigo 555.º, n.º 2, do CPC, que se reconduzirão à solução indicada na alínea anterior: a decisão final, apreciando também o pedido de alimentos, substituirá a providência e esta cessará com o trânsito em julgado da sentença.

³⁶ V. nota anterior.

³⁷ V., ainda, nota 30, *supra*.

³⁸ Sem prejuízo do disposto no artigo 990.º, n.º 4, do CPC, do qual resulta que o pedido pode ser apresentado mesmo antes da sentença.

³⁹ Mas se, em lugar de ter sido proferida uma decisão provisória, os cônjuges tiverem celebrado um “acordo provisório” quanto ao uso da casa de morada de família, tem-se entendido que, na falta de outra menção, esse acordo vigorará até uma eventual decisão definitiva quanto à respetiva atribuição – cfr., neste sentido, o acórdão do STJ de 17.01.2013, proferido no processo n.º 2324/07.7TBVCD.P1.S1.

⁴⁰ Cfr., neste sentido, o acórdão do TRC de 08.03.2005, proferido no processo n.º 159/05.

b) O divórcio não foi decretado

A improcedência do pedido, a desistência, a deserção da instância e a impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide fazem caducar as providências relativas ao uso da casa de morada de família e aos alimentos, por se encontrarem dependentes do divórcio.

O mesmo regime vale para a decisão provisória quanto ao exercício das responsabilidades parentais. Assim não será, todavia, mantendo-se a providência, se, apesar da extinção do processo de divórcio, resultar dos autos que se mantém o quadro de dissociação familiar, visto que a situação da criança continuará a carecer de uma regulação definitiva (cfr. artigo 909.º do Código Civil)⁴¹. Valem, neste caso, *mutatis mutandis*, as observações expendidas em *ab*), *supra* (incluindo a aplicabilidade do disposto no artigo 34.º do RGPTC).

2.4.4. O contraditório é uma das garantias fundamentais do processo justo. Nos procedimentos cautelares, a audição do requerido pode ser *excecionalmente diferida* para momento posterior à (primeira) decisão sobre o pedido da providência, quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência, mas não pode ser suprimido (artigos 366.º, n.ºs 1 e 6, e 372.º do CPC).

As providências previstas no artigo 931.º, n.º 7, do CPC seguem, em geral, o mesmo regime. No que toca ao exercício das responsabilidades parentais, o artigo 28.º, n.º 4, do RGPTC prevê, aliás, que “*o tribunal ouve as partes, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência*”. Embora a excecionalidade do diferimento do contraditório deva ser apreciada com muita exigência, há hipóteses (v. g., em contextos de violência doméstica⁴² e de suspeita de abuso sexual) nas quais se pode configurar o decretamento de uma medida provisória relativa aos filhos, mediante requerimento ou oficiosamente, sem prévia audição do requerido, perante um risco de essa audição afetar, com alguma gravidade, o superior interesse da criança, que presidiu, precisamente, àquela decisão.

A ponderação, quanto às demais providências ora analisadas, obedecerá a juízos análogos, sem prejuízo de serem previsivelmente mais raras as hipóteses em que se justificará o diferimento do contraditório em matéria de uso da casa de morada de família e, mais ainda, em matéria de alimentos.

2.4.5. Prevê-se no artigo 369.º, n.º 1, do CPC que “*mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio*”. Trata-se da designada (pelo próprio CPC) inversão do contencioso. “*Isto significa que, se houver inversão do contencioso, a consolidação da providência cautelar não fica dependente da propositura da ação principal pelo requerente*”.

⁴¹ V., ainda, nota 30, *supra*.

⁴² Cfr., a este propósito, com interesse, os artigos 44.º-A, n.º 3, do RGPTC e 31.º, n.º 4, do regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas (Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro).

*dessa providência: nessa hipótese, a consolidação da providência decorre da omissão da instauração da ação de impugnação pelo requerido*⁴³.

A figura da inversão do contencioso não parece ser de admitir no âmbito das providências previstas no artigo 931.º, n.º 7, do CPC. Para além de ser muito duvidoso que pelo menos uma delas – a relativa ao exercício das responsabilidades parentais – seja adequada a realizar a “composição definitiva do litígio”, a inversão do contencioso é dificilmente compatível com a natureza *especialmente* abreviada dos procedimentos. Ademais, a letra da lei sugere que o legislador se comprometeu com a provisoriedade das decisões, deixando a sua apreciação definitiva para outro(s) momento(s) do processo. Por fim, não parece adequado (pelo menos, no que toca ao exercício das responsabilidades parentais) transpor para este contexto processual a dispensa da discussão que há de ter lugar nas ações principais.

2.4.6. Os procedimentos cautelares têm *sempre* carácter urgente (artigo 363.º do CPC)⁴⁴, o que acarreta consequências importantes, designadamente quanto à organização do serviço da secretaria, aos prazos de decisão e ao modo de contagem dos prazos processuais (cfr. artigos 138.º, n.º 1, 156.º, n.º 3, e 162.º, n.º 1, do CPC).

A qualificação dos procedimentos previstos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC como procedimentos cautelares implicará a sua sujeição à previsão do artigo 363.º do CPC, sendo esta noção de urgência mais ampla do que a prevista no artigo 13.º do RGPTC⁴⁵.

Esta conclusão não resolve, porém, todo o problema em torno da natureza urgente do procedimento. Trata-se de uma conclusão que não é clara – tanto não o é que a discussão sobre a natureza do procedimento deu origem à conferência que originou este texto – e, como tal, pode não ser evidente para as partes.

Não só as partes se encontram vinculadas a deveres de boa fé. Também o juiz deve obediência ao mesmo princípio. Cabe-lhe, assim, tornar claro para as partes, desde o primeiro momento, que o procedimento é urgente e assim será considerado pelo tribunal; se o não fizer e, em consequência, as partes praticarem atos fora do prazo aplicável ao processo urgente, mas dentro do prazo que seria contado se o não fosse, deve admiti-los como atempados, caso se verifique uma situação de confiança, assente na boa fé, no carácter não urgente do procedimento, designadamente se do conjunto da tramitação adotada pelo tribunal resultarem sinais contraditórios a este respeito. Poderemos estar, então, perante uma hipótese próxima da que foi apreciada pelo STJ no acórdão de 09.07.2014, proferido no processo n.º 2577/05.5TBPMs-P.C3.S1, em cujo sumário se pode ler:

“[...]”

⁴³ Cfr. João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit., §37.º, III., 1.2.

⁴⁴ O acórdão do STJ n.º 9/2009, datado de 31.03.2009 e publicado no Diário da República n.º 96, Série I, de 19.05.2009, fixou jurisprudência no sentido de que os procedimentos cautelares revestem sempre carácter urgente mesmo na fase de recurso.

⁴⁵ Nos termos do qual correm durante as férias judiciais os processos tutelares cíveis cuja demora possa causar prejuízo aos interesses da criança.

1. *As ações apensadas ao processo de insolvência, nos termos do art. 85.º do CIRE, passam a ter, a partir da apensação, carácter urgente, nos termos do art. 9.º do mesmo diploma: "tudo o que se relaciona com o processo é urgente, aí incluindo todos os incidentes, apensos e recursos".*

2. *Tendo uma ação apensada ao processo de insolvência nos termos do art. 85.º do CIRE sido processada durante mais de seis anos após a apensação, sem que a questão da urgência fosse suscitada, é razoável e perfeitamente plausível que a parte admitisse que o entendimento do Tribunal fosse no sentido de que o processo não era urgente.*

3. *Aquele facto era, pelo menos, adequado a criar na parte a convicção de que o prazo de que dispunha para apresentar as alegações de recurso para o Tribunal da Relação não corria em férias, de acordo com o regime previsto no art. 144.º, n.º 1, do CPC (então em vigor).*

4. *Esta convicção é fundada e legítima e merece, por isso, a tutela do direito, como se reconheceu, para situação similar, na fundamentação do AUJ deste Tribunal de 31.03.2009.*

5. *Estamos perante uma situação de confiança justificada, assente na boa fé e gerada pela aparência, que deve ser protegida, conduzindo à "preservação da posição nela alicerçada".*

[...]”⁴⁶.

2.4.7. Outros aspetos do regime das providências previstas no artigo 931.º, n.º 7, do CPC apresentam-se mais lineares, perante a qualificação dos respetivos procedimentos como cautelares.

⁴⁶ Sobre esta decisão, incidiu o seguinte comentário de Miguel Teixeira de Sousa, disponível no Blog do IPPC, in “<https://blogippc.blogspot.com/2014/09/jurisprudencia-28.html>” (acesso em 30.06.2018): “O acórdão apoia-se – ou, talvez melhor, inspira-se – no “AUJ deste Tribunal de 31.03.2009”. Trata-se, na realidade, do Ac. 9/2009, de 19/5, no qual se entendeu que, tendo o tribunal definido num despacho, que não chegou a adquirir força de caso julgado, que o procedimento cautelar não tinha natureza urgente, há que considerar tempestiva a apresentação de oposição em prazo apenas compatível com a não urgência, apesar de realmente dever ser entendido que o procedimento cautelar também na fase de oposição mantém essa natureza urgente. As situações apreciadas em ambos os acórdãos são análogas, mas, exatamente por isso, não são as mesmas. No acórdão em análise, trata-se de uma confiança induzida nas partes pela omissão de qualquer pronúncia do tribunal sobre a natureza urgente do processo, confiança aliás reforçada pela circunstância de o processo ter estado pendente em 1.ª instância durante seis anos; no Ac. 9/2009 trata-se da confiança que deve merecer um despacho não transitado em julgado (ou, no caso concreto, que não pode adquirir valor de caso julgado) que atribuiu a um procedimento cautelar a natureza não urgente. Noutros termos: no acórdão em análise, o que está em causa é proteção que merece a confiança numa aparência; no Ac. 9/2009 do que se trata é da proteção que deve ser dispensada à confiança numa realidade (in casu, numa declaração do tribunal). O princípio não pode deixar de ser o de que as partes devem poder confiar nos atos do tribunal e da secretaria, ou seja, na realidade que lhes é comunicada através de citações e notificações. (...) IV. Como se referiu, as situações apreciadas em ambos os acórdãos não são as mesmas; comum é apenas a proteção que merece um justificado investimento de confiança realizado pelas partes. Depois de o Ac. 9/2009 ter protegido a confiança numa declaração do juiz (e, portanto, numa declaração expressa), o acórdão em análise avança um pouco mais na proteção que é devida à confiança induzida nas partes, já que reconhece a necessidade dessa proteção também no caso em que a confiança decorre de uma mera aparência criada pelo tribunal. O acórdão em análise constitui um excelente exemplo de uma jurisprudência atenta à realidade da vida e um desejável precedente para qualquer outra situação em que deva ser garantida em juízo a tutela de uma justificada confiança das partes” (sublinhado acrescentado).

O nexo a estabelecer *entre a providência e a ação principal* não suscita dúvida, visto que é o próprio legislador a resolver o problema, ao enunciar os objetos das providências e ter por suficiente a sua conexão com a pendência do divórcio.

O cônjuge interessado na providência de alimentos provisórios pode lançar mão do procedimento cautelar nominado previsto no artigo 384.º do CPC, mas não pode duplicar esta pretensão nos termos do artigo 931.º, n.º 7, do CPC, verificando-se litispendência⁴⁷.

A aplicabilidade do regime dos incidentes da instância, do qual resultam, designadamente, as regras de limitação da prova testemunhal (artigo 294.º, n.º 1, do CPC) e de apresentação das provas no requerimento em que se suscite o incidente e na oposição (artigo 293.º, n.º 1, do CPC), decorre do disposto no artigo 365.º, n.º 3, do CPC.

As partes têm, claro está, direito à prova dos factos relevantes por si alegados (observando os limites legalmente previstos), mas sem prejuízo do exercício dos poderes instrutórios pelo juiz⁴⁸. Este deve, ainda, indeferir o pedido de realização de diligências probatórias dispensáveis⁴⁹ ou manifestamente incompatíveis com a natureza sumária da indagação a realizar.

A decisão deve conter a fundamentação necessária para compreender as razões de facto (incluindo motivação) e de direito em que se apoia, mas essa indicação pode e deve ser sumária e simplificada, ainda que esta simplificação possa ter uma geometria variável, em função da natureza e do conteúdo da providência decretada e das vicissitudes do procedimento que a ela conduziu.

Na tramitação destes procedimentos, deve privilegiar-se a concentração dos atos, diferindo, sempre que possível, a apreciação de questões prévias para o momento da decisão final (a não ser que esta resulte prejudicada), evitando o desdobramento dos momentos processuais.

Não se prefiguram motivos para afastar a garantia penal da providência (artigo 375.º do CPC), devendo o requerido ser dela advertido⁵⁰.

2.5. Observações finais

Da breve exposição que antecede, devemos concluir que a qualificação dos procedimentos previstos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC como *procedimentos cautelares* é mais coerente com a função que desempenham no processo.

⁴⁷ Cfr. Tomé d'Almeida Ramião, ob. cit., p. 101, e o acórdão do STJ de 06.06.2000, in BMJ 498, p. 173, ali citado.

⁴⁸ Sobre o sentido do princípio do inquisitório, cfr. Nuno de Lemos Jorge, *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*, Revista Julgar, n.º 3 (setembro-dezembro de 2009), pp. 61 e ss.

⁴⁹ Cfr. artigo 367.º, n.º 1, do CPC.

⁵⁰ Para quem, não aceitando a qualificação dos procedimentos previstos no artigo 931.º, n.º 7, do CPC como cautelares, também não aceitar a aplicabilidade do disposto no artigo 375.º do CPC, nem sequer por interpretação extensiva, restará, ainda assim, a possibilidade de cominar a infração da providência com a prática de um crime de desobediência simples (cfr. artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal).

O regime assim estabelecido assegura maior flexibilidade e eficácia da resposta do tribunal a um problema de tutela jurisdicional dos direitos dos sujeitos interessados no decretamento das providências, podendo o juiz fazer uso de amplos poderes instrutórios. Por outro lado, a qualificação proposta conduz a resultados adequados às especificidades das relações jurídicas em jogo no processo de divórcio, que reclamam ampla margem de apreciação das questões pelo tribunal e abertura a soluções adaptadas às irrepetíveis circunstâncias do caso concreto, em assuntos frequentemente sensíveis, que se projetam significativamente na vida pessoal dos envolvidos, por vezes com efeitos duradouros ou mesmo permanentes.

Trata-se, enfim, de conciliar o regime processual agilizado dos procedimentos cautelares com os critérios de decisão flexíveis da jurisdição voluntária⁵¹, o que, crê-se, esteve na mente do legislador ao desenhar as providências previstas naquela norma do CPC.

Vídeo da apresentação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/3939bkzg4/flash.html?locale=pt>

⁵¹ Cfr. Tomé d'Almeida Ramião, ob. cit., p. 84.

3.

**A regulação do
exercício das responsabi-
lidades parentais na ponte
entre o direito e outros
saberes**

Paula Casaleiro



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA PONTE ENTRE O DIREITO E OUTROS SABERES

Paula Casaleiro*

3.1. Introdução
3.2. Enquadramento teórico e legal
3.3. As perícias no processo e decisão judiciais de regulação das responsabilidades parentais
3.4. Centralidade das perícias no processo e na decisão judicial
3.5. Impacto heterogéneo das perícias
3.6. Neutralidade e objetividade
3.7. Conclusão
Referências Bibliográficas
Vídeo de apresentação

3.1. Introdução

O direito e a justiça, na sua busca pela verdade, viraram-se primeiro para o juízo divino, depois para os testemunhos, em seguida para os documentos e, finalmente, no século XIX, para a ciência, através das perícias (Monteiro, 1997; Sousa, 2003). O direito e a justiça da família e das crianças¹ não ficaram imunes ao processo de “racionalização” e aproximação da verdade processual à verdade material e objetiva, do facto histórico. Em Portugal, no início do século XX, a Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 1911, cria as Tutorias de Infância, tribunais coletivos, compostos por um juiz de direito da comarca e dois juizes adjuntos, um deles o médico especial e privativo da respetiva tutoria e refúgio. Durante o Estado Novo, as Tutorias de Infância deram lugar aos Tribunais Tutelares de Menores,² que passaram a ser compostos apenas pelo juiz de direito, assessorado por assistentes ou auxiliares sociais. Já em democracia, são criados os Tribunais de Família e Menores (atuais juízos de família e menores), assessorados, num primeiro momento, por um serviço de apoio social do próprio tribunal,³ e, desde 2007, pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais (EMAT) do Instituto de Segurança Social,⁴ e é prevista a realização de diversos exames médicos e psicológicos.⁵

* Doutoranda em Sociologia, CES – FEUC.

¹ Opta-se aqui pelas designações direito e justiça da família e das crianças em vez das designações oficiais direito e justiça de família e de menores, da mesma forma que em momento algum, à exceção das citações diretas, se utilizará a expressão “menor” ou “menores” procurando-se ultrapassar, ainda que de forma meramente simbólica e formal, algum do estatuto de inferioridade que a palavra “menor” carrega (Guerra, 2000).

² Através da aprovação da primeira versão da Organização Tutelar de Menores (OTM), pelo Decreto 44288, de 20 de abril de 1962.

³ Nos termos da redação inicial da Organização Tutelar de Menores, resultante do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, junto das secretarias funcionaria um serviço de apoio social, a quem competia “a realização das diligências que o juiz ou o curador de menores considere necessárias para decisão da causa ou para execução das medidas decretadas” (cf. artigos 5.º e 6.º).

⁴ Decreto-Lei n.º 214/2007, publicado no D.R., n.º 103, 1.ª Série, de 29 de maio de 2007, que aprovou a nova orgânica do Instituto de Segurança Social (ISS), transferindo para a sua competência matéria de processos tutelares cíveis, até aí da competência do Instituto de Reinserção Social (IRS).

⁵ Organização Tutelar de Menores, resultante da revisão pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, e das sucessivas alterações, revogada recentemente pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, relativa ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

No âmbito do direito e da justiça da família e das crianças, os estudos internacionais e nacionais apontam para uma participação crescente de peritos/as, associada à adoção de critérios indeterminados e de respostas individualizadas, bem como para uma elevada concordância entre as perícias e as decisões judiciais (Bala e Antonacopoulos, 2007; Gonçalves, 2010; Kruk, 2011; Semple, 2011). Em Portugal, esta é uma área ainda pouco explorada, à exceção de alguns trabalhos oriundos da psicologia (Caridade, Machado e Gonçalves, 2006; Gonçalves, 2010; Parente e Manita, 2010).

No presente capítulo procura-se refletir sobre a relação entre a justiça da família e das crianças e os diferentes saberes técnicos e profissionais, apresentando os principais resultados da tese de doutoramento da autora (Casaleiro, 2017). A análise desenvolvida parte, em primeiro lugar, da conceção ampla e sociológica de perícia proposta por Dumoulin (2007, p. 202) “conjunto de formas assumidas pela introdução de uma racionalidade técnico-científica na instituição, processo e decisão judicial”⁶ e do princípio que as perícias judiciais não são meros recursos para os atores judiciais, podendo ser decisivas no pronunciamento de um juízo, afastando-me da noção plasmada no Código Civil Português. E, em segundo lugar, da análise de conteúdo de 54 processos de regulação, alteração e incumprimento das responsabilidades parentais, findos em 2014, numa secção de família e menores portuguesa, com decisão judicial ou acordo homologado em ata de discussão ou julgamento, e de um conjunto de entrevistas realizadas junto a atores judiciais e não judiciais.

Os resultados dizem, assim, respeito a processos anteriores à atual Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e revogou a Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro. A nova lei reconfigurou a intervenção dos/as peritos/as, em especial das EMAT, nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, que se quer mais centrada no conflito e na obtenção de acordos, mais oral do que escrita e (consequentemente) mais célere. Porém, as reflexões sobre a prática judicial no âmbito da lei anterior continuam a ser relevantes, ao lançarem pistas de reflexão sobre a nova lei e sua aplicação prática.

3.2. Enquadramento teórico e legal

A interação do direito e da justiça da família e das crianças com outros saberes na regulação judicial das responsabilidades parentais é observável tanto ao nível da produção normativa, como ao nível da regulação judicial, que ocupa este trabalho. A partir de meados da década de 1990, no centro do direito da família e das crianças e da regulação das responsabilidades parentais, em particular, passou a estar um dos princípios fundamentais da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, o princípio do superior interesse da criança, fruto da influência crescente que teorias e profissionais diversos tiveram na regulação da família (Fineman, 1988; Neale e Smart, 1997; Singly, 2006). Simultaneamente, a adoção de um critério indeterminado, como o superior interesse da criança, exigiu uma resposta individualizada, assente em critérios psicológicos ou comportamentais, para determinar, designadamente, que regime de regulação das responsabilidades parentais será no superior interesse de cada criança, o que se tem

⁶ Todas as citações na língua original que não o português foram por mim traduzidas.

traduzido num maior envolvimento de psicólogos/as, psiquiatras e assistentes sociais na justiça de família e crianças (Kruk, 2011).

A procura de uma decisão judicial que tenha em atenção o superior interesse de uma criança específica, recorrendo se necessário a peritos/as de outras disciplinas, enquadra-se na tendência para a “individualização” ou para a procura de “respostas individualizadas”, que Bernheim e Commaille (2012) identificam como emergindo, após a década de 1970, com a crise do Estado Social. Neste contexto, acentua-se na decisão judicial a contradição entre a regra jurídica, de vocação geral, “universal” e uma evolução para uma singularização do tratamento, a exigência crescente de ter em conta a especificidade de cada indivíduo, apoiando-se para tal em critérios psicológicos ou comportamentais, oferecidos por outras disciplinas (substituindo as causas sociais por causas relacionadas com o indivíduo).

Em Portugal, a regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais deve ser decidida em processo de jurisdição voluntária,⁷ em harmonia com o superior interesse da criança, nos termos do artigo 180.º, da revogada Organização Tutelar de Menores (OTM) e do atual artigo 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), que remete para os princípios orientadores da intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo. O princípio do superior interesse da criança é definido por Bolieiro e Guerra (2009) como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o de outros adultos terceiros, devendo ser densificado e concretizado através de uma rigorosa avaliação casuística, numa perspetiva global e sistémica, de natureza interdisciplinar e interinstitucional, visando a satisfação da premente necessidade da criança de crescer harmoniosamente, em ambiente de amor, aceitação e bem-estar, promovendo-se a criação de ligações afetivas estáveis e gratificantes. Por outras palavras, e como coloca Laborinho Lúcio (2010), o superior interesse da criança é o terreno privilegiado da intervenção dos/as peritos/as e técnicos/as, aos vários níveis, a demandar a exigência de uma permanente regulação, de uma atenta avaliação e de uma operacionalidade estratégica que determine a ação e que assegure resultados.

Atualmente, os processos tutelares cíveis relativos à regulação das responsabilidades parentais e, em concreto, a participação dos diferentes técnicos/as e peritos/as são regulados pelo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro. O Regime Geral do Processo Tutelar Cível revogou a Organização Tutelar de Menores, resultante da revisão pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, e das sucessivas alterações,⁸ com o objetivo de “introduzir maior celeridade, agilização e eficácia na resolução desses conflitos, através da racionalização e da definição de prioridades quanto aos recursos existentes, em benefício da criança e da família” (Exposição de motivos). Por conseguinte, define novos

⁷ Nos termos do artigo 986.º do Código de Processo Civil, nos processos de jurisdição voluntária “o tribunal pode (...) investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes”, sendo que “só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias”, e “não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso”. Nestes processos, o juiz não está sujeito a critérios de legalidade estrita, “devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna” (artigo 987.º do Código de Processo Civil).

⁸ Uma vez que o trabalho de campo desenvolvido na tese reporta-se a processos findos em 2014 opta-se aqui por apresentar algumas das principais diferenças e proximidades entre estes dois regimes.

princípios e procedimentos destinados a simplificar e a reduzir a instrução escrita dos processos, privilegiando, valorizando e potenciando o depoimento oral, quer das partes, quer da assessoria técnica aos tribunais e a resolução consensual dos conflitos (cf. artigo 4.º do RGPTC) nos processos tutelares cíveis, e, em especial, no capítulo relativo ao exercício das responsabilidades parentais e dos seus incidentes. Assim, esta Lei introduz sobretudo alterações processuais relativas à participação da assessoria técnica aos tribunais.

A Organização Tutelar de Menores previa no artigo 178.º, que, frustrada a tentativa de acordo dos pais, quanto às questões em discussão, na conferência inicial, e findo o prazo de alegações dos mesmos, se procedesse a inquérito sobre a sua situação social, moral e económica, a realizar pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais do Instituto de Segurança Social, e, salvo oposição dos visados, aos exames médicos e psicológicos que o tribunal entenda necessários para esclarecimento da personalidade e do carácter dos progenitores. Já o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, em consonância com o princípio orientador da simplificação instrutória e oralidade, inscrito no artigo 4.º, a instrução do processo tutelar cível recorre preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente às declarações da assessoria técnica, prestadas oralmente e gravadas, em sintonia com os propósitos assumidos de celeridade, agilização e eficácia na resolução dos conflitos (Ramião, 2015). No mesmo sentido, só há lugar a relatório nos processos nos casos expressamente previstos no Capítulo III, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e desde que a sua realização se revele de todo indispensável depois de esgotadas as formas simplificadas de instrução, nomeadamente se forem insuficientes os depoimentos e as informações a que se referem as alíneas a), c) e d) do n.º 1 (Ramião, 2015). Além de que o RGPTC não inclui disposição idêntica à dos exames médicos e psicológicos, nomeadamente no elenco dos atos de instrução do artigo 21.º. Contudo, no entender de Ramião (2015), os exames médico-psicológicos não podem ser excluídos, se necessários, pois a leitura deste preceito não permite afirmar pela taxatividade desses atos de instrução para além de que o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes. Em suma, esta alteração não retira protagonismo aos/às peritos/as, em especial às EMAT, pelo contrário, atribui-lhes novas competências, como a audiência técnica especializada. Assim, trata-se sobretudo de uma reconfiguração da intervenção dos/as peritos/as que passa a ser mais presencial e oral do que escrita.

Múltiplos estudos sobre esta temática têm revelado consistentemente que em mais de 90% das decisões os/as juízes/as aceitam os pareceres elaborados por psicólogos/as, psiquiatras e assistentes sociais (Semple, 2011), ou seja, verifica-se uma taxa de concordância igual ou superior a 90% entre decisões e pareceres. Brun *et al.* (1981) concluíram que num total de 119 casos, de 1975 a 1976, na Dinamarca, em apenas 9 dos casos de guarda das crianças a autoridade judicial tomou uma decisão contrária às recomendações de psiquiatras e psicólogos/as. Num estudo americano, Ash e Guyer (1984) verificaram que em 119 casos, de 1978, 92% das decisões dos tribunais correspondiam às recomendações do serviço de psiquiatria infantil da Universidade Michigan quanto à guarda das crianças. Thèry (1989a) analisou 33 casos, de 1981, em Paris, em que foi requerida a avaliação por um assistente social ou psiquiatra e em todos eles a decisão judicial seguiu a recomendação destes. Os estudos qualitativos mais recentes desenvolvidos por Judith Mosoff (1997) e Mai Heide Ottosen (2006)

concluem também que as perícias judiciais têm um forte impacto nas decisões judiciais. Ainda que, segundo Bala e Antonacopoulos (2007), possa existir uma tendência para dar mais peso a uma avaliação preparada por um profissional com um estatuto mais elevado, como um/a psicólogo/a ou psiquiatra, do que a uma preparada por um assistente social. Com efeito, o estudo desenvolvido por Semple (2011) sobre a taxa de concordância entre decisão judicial e recomendações de assistentes sociais, aponta para uma taxa de cerca de 52%, um valor relativamente baixo quando comparado com a taxa de concordância com outros/as peritos/as (83%), para o que ele avança duas hipóteses explicativas: 1) a diferença temporal entre a data do relatório e a data da decisão – o valor probatório do relatório pericial diminuía para os/as juízes/as quanto maior fosse o atraso; 2) juízes/as não estariam tão disponíveis para agir de acordo com o relatório de um/a assistente social como com o relatório de um/a psiquiatra ou psicólogo/a.

Em Portugal, os estudos da área da psicologia forense têm apontado não só para um aumento das solicitações, como para uma elevada concordância entre as recomendações dos/as peritos/as e as decisões judiciais à semelhança dos estudos internacionais (Gonçalves, 2010; Manita e Machado, 2012). Num estudo sobre as perícias realizadas na Unidade de Consulta em Psicologia da Justiça (UCPJ) do Serviço de Consulta Psicológica e Desenvolvimento Humano da Universidade do Minho, até 2005, e contemplando 32 processos transitados em julgado, Castro *et al.* (2006) verificaram apenas um caso em que havia divergência entre a opinião veiculada na perícia e a decisão judicial, e um outro, referente a um processo de regulação do poder paternal com suspeita de abuso sexual, a decisão judicial é congruente com o parecer dos/as peritos/as em matéria de regime de visitas, ainda que considere o abuso não provado (quando a perícia considerava credível essa alegação). Os autores verificaram ainda que apenas em 6 casos não existiam alusões à perícia nos acórdãos, enquanto que em 18 era referida, não só a participação do/a perito/a bem como aspetos da perícia, e nos 8 acórdãos restantes havia lugar a transcrições diretas do relatório pericial. Mais recentemente, Andreia Machado (2008) encontrou resultados semelhantes, numa amostra de processos de regulação do poder paternal transitados em julgado (n=26) acompanhados pela UCPJ entre 1998 e 2007. A autora observou uma concordância total entre conclusões emitidas na perícia e decisão judicial constante dos acórdãos, com mais de três quartos deles (n=20) a transcreverem frases daquelas na sua fundamentação.

Num contexto de aparente deferência “cega” dos tribunais em relação às perícias e na sequência da contestação da base científica das avaliações e recomendações, algumas abordagens críticas propuseram a adoção de critérios de admissibilidade das provas periciais, estabelecendo juízes e juízas como *gatekeepers* em relação aos testemunhos dos/as peritos/as e critérios para distinguir entre ciência válida e não válida (teste, *peer review*, taxa de erro, aceitação geral), o que se traduziu nos Estados Unidos da América na adoção pelo Supremo Tribunal do teste de Daubert (Jasanoff, 2001; Nelken, 2007). Autores como Kruk (2011), Fineman (1988) e Tippins e Wittmann (2005) defendem que é impossível para um/a perito/a fazer previsões rigorosas sobre os efeitos de diferentes regimes de guarda numa criança particular.

Como refere Picontó Novales (2012), os sistemas jurídicos de proteção de infância desenvolveram princípios normativos que permitiram aos profissionais da magistratura assumir basear as suas decisões em discursos científicos, acreditando que estavam a avançar para a proteção e garantia dos interesses das crianças e do seu bem-estar ao aplicar “verdades científicas”. Porém, as recomendações sobre qual o regime será no melhor interesse de uma criança são inevitavelmente baseadas, pelo menos em parte, nos valores e experiências pessoais e julgamentos clínicos dos/as peritos/as (Bala e Antonacopoulos, 2007). Para além das questões sobre a validade das avaliações dos/as peritos/as, emergem também preocupações nesta posição com a invasão por parte dos/as peritos/as na tomada de decisão judicial que devia estar reservada aos magistrados e magistradas judiciais (Semple, 2011).

Assim, na literatura emergem duas posições opostas, uma que questiona a validade científica das perícias e recomendações, defendendo, em última instância, que apenas juízes/as devem tomar as decisões (Fineman, 1988; Tippins e Wittmann, 2005), e que o processo judicial oferece uma forma de isolamento do viés pessoal da decisão que um processo de investigação não oferece. E outra, que salienta o caráter específico e prospetivo das decisões judiciais relativas à guarda das crianças e defende a participação dos/as peritos/as nos processos de regulação das responsabilidades parentais (Bala, 2005; Bala e Antonacopoulos, 2007; Semple, 2011).

3.3. As perícias no processo e decisão judiciais de regulação das responsabilidades parentais

No total de 54 processos tutelares cíveis da amostra registaram-se 155 perícias judiciais, em sentido amplo e sociológico, das quais 144 correspondem a perícias solicitadas pelo tribunal, 6 a perícias judiciais juntas pelas partes, que correspondem a relatórios médicos e psicológicos de crianças e pais, e 5 testemunhos de peritos/as em sede de audiência, o que corresponde a uma média de 2,87 perícias por processo.

Quadro 1 - Tipo de perícia judiciária solicitada pelo tribunal

	N	%
Avaliação às competências parentais	3	2,1
Avaliação dos convívios	21	14,6
Avaliação psicológica/psiquiátrica	7	4,9
Informação médica/psicológica	8	5,6
Informação social	6	4,2
Relatório social internacional	5	3,5
Relatório social	94	65,3
Total	144	100

Fonte: Casaleiro (2017)

No que respeita às perícias solicitadas pelo tribunal, como se pode observar no quadro 1, os relatórios sociais, resultantes do inquérito social, moral e económico previsto expressamente na OTM (art. 147.º), representam, como seria de esperar, mais de metade do total de perícias

judiciárias (94, 65,3% em 144), seguidos de longe pelas avaliações de convívios (21, 14,6% em 144). Note-se que a EMAT elabora um relatório social para cada um dos progenitores e/ou pessoa que tem a tutela efetiva da(s) criança(s) (como os avós), que pode ser repetido a pedido do tribunal nos processos cuja morosidade assim o justifique. O número de relatórios sociais é ainda mais expressivo se se considerar os relatórios sociais internacionais (5, 3,7%, em 144), obtidos nos processos em que um dos progenitores ou ambos se encontravam emigrados e em que o tribunal recorreu às parcerias internacionais para a realização dos inquéritos.

Já as perícias judiciárias que se enquadram nos exames médicos e psicológicos também previstos na lei, as avaliações às competências parentais (3, 2,1%, em 144) e as avaliações psicológicas e psiquiátricas (7, 4,9%, em 144), têm uma expressão reduzida nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais, quando comparadas com os relatórios sociais ou mesmo os relatórios de avaliação dos convívios, o que está associado a diferentes fatores (jurídicos, processuais entre outros).

Para além das perícias judiciárias que resultam de investigação desenvolvida especialmente para o processo (relatórios sociais, relatórios sociais internacionais, avaliações psicológicas e psiquiátricas e avaliações às competências parentais), a amostra inclui perícias judiciárias que resultam de uma investigação ou exame efetuado noutro contexto, que pode ter relevância para o processo e é solicitada pelo/a magistrado/a, no âmbito da sua liberdade de recolher informações. É este o caso das informações sociais, produzidas no âmbito de processos de promoção e proteção ou do rendimento social de inserção, dos relatórios médicos e psicológicos, de progenitores e crianças que são acompanhadas nos estabelecimentos de saúde pública (Hospitais e Centros de Saúde).

3.4. Centralidade das perícias no processo e na decisão judicial

As perícias judiciárias, em sentido amplo e sociológico, são frequentemente influentes nos casos que vão a julgamento e, na maioria dos casos, a decisão judicial final é, em geral, consistente com as recomendações do/a perito/a, tal como constata os estudos de Semple (2011), Ottosen (2006) e Manita e Machado (2012), entre outros. Pese embora os magistrados/as tenham liberdade de admissão e apreciação dos meios de prova, num total de 42 sentenças apenas 4 não seguiam de forma estrita as recomendações das perícias judiciárias e destas duas seguiam as recomendações dos relatórios sociais, contrariando apenas as recomendações das avaliações das competências parentais. Sendo que os restantes meios de prova, designadamente, os depoimentos das partes e das suas testemunhas, são desvalorizados pelos magistrados/as judiciais e do Ministério Público face aos meios de prova pericial (oficiais), caracterizados como “neutrais e objetivos”.

A influência das perícias judiciárias não se restringe, contudo, à decisão judicial, estendendo-se à condução de todo o processo judicial, desde os atos processuais, passando pela realização de outras perícias, até à homologação de acordos entre os progenitores. Note-se que os/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais aguardam pela realização e receção das

perícias judiciais para elaborarem as promoções e decisões judiciais, legitimando as sugestões dos/as peritos/as quanto à realização de conferências de pais, audição de testemunhas e outras perícias judiciais. E, para além disso, recorrem às perícias judiciais para obter acordos entre os progenitores, seja pela homologação dos acordos obtidos no âmbito da perícia judicial, seja pela instrumentalização dos resultados e/ou recomendações da perícia judicial na audiência de julgamento para conduzir as partes a chegarem a um acordo. Consequentemente, o tempo de realização e obtenção das perícias judiciais solicitadas pelo tribunal tem reflexos na duração dos processos. Os processos tutelares cíveis que compõem a amostra duram em média cerca de um ano e meio, e a maioria das perícias judiciais não respeita o prazo judicialmente estabelecido e/ou legalmente determinado de 30 ou 60 dias para elaboração do relatório pericial. A demora das decisões em processos deste tipo é uma preocupação de académicos e profissionais judiciais e não judiciais, uma vez que o tempo das perícias e da justiça não é o tempo da criança, exigindo-se respostas céleres.

A Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e revogou a Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, procura precisamente responder à necessidade de maior celeridade na resolução dos conflitos relativos às responsabilidades parentais, privilegiando para tal o depoimento oral da assessoria técnica e restringindo a realização e delimitando o objeto do relatório social elaborado pela EMAT. Note-se, contudo, que o esforço de tornar o processo mais célere não se estende aos exames médicos e psicológicos, ou seja, às perícias judiciais, que segundo a análise elaborada, são as mais demoradas. Simultaneamente, com esta alteração legislativa, a intervenção dos/as peritos/as da EMAT é ampliada com a criação da audição técnica especializada em matéria de conflito parental. A nova lei reconfigura, assim, a intervenção das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, regulamentando a interação entre magistrados/as e peritos/as e a intervenção destes peritos/as, que se quer mais centrada no conflito e na obtenção de acordos, mais oral do que escrita e (espera-se) mais célere. Estas transformações lançam pistas de análise. Importa, desde logo e em termos gerais, compreender se a nova lei alterou ou não a (inter)ação entre magistrados/as e peritos/as da EMAT e o papel que as perícias têm nos processos e decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais. Mais concretamente, importa perceber se a nova lei alterou ou não o tipo de intervenção e informação produzida pela EMAT e a duração das perícias? Existirão menos decisões e mais acordos? Tornaram-se os processos mais céleres?

3.5. Impacto heterogéneo das perícias

O impacto das perícias judiciais nas decisões judiciais de regulação do regime de responsabilidades parentais é complexo e heterogéneo. As diferentes perícias judiciais podem, como sustenta Dumoulin (2000), ser um recurso inútil, estratégico ou vinculativo na decisão judicial, em função de diferentes fatores: desde quem a solicita, passando pela autoria da perícia, o tipo de informação veiculada, a existência de outros meios de prova (testemunhas, outros relatórios periciais) e o grau de concordância entre estes, até à existência de laços de confiança entre magistrado/a e perito/a.

Uma perícia judiciária configura-se como um recurso inútil, que é desvalorizado pelos magistrados e magistradas do Ministério Público e judiciais na formação da convicção, quando é junta pelas partes, ou apresenta um cariz estritamente técnico, ou não contribui com informações novas para a construção da decisão judicial. Pelo contrário, uma perícia judiciária assume-se como recurso vinculativo para a decisão judicial, quando é solicitada pelo tribunal, a uma entidade representada como “credível” e com quem os magistrados têm laços de confiança, não existem outros meios de prova periciais ou, quando existem, estes apresentam conclusões e recomendações consistentes entre si, e mais do que informações técnicas disponibiliza informações generalistas ou contextuais e recomendações.

Entre as perícias judiciárias destacam-se como recursos vinculativos, os relatórios sociais, obrigatórios por lei e realizados pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais, cujas informações contextuais e generalistas (ou processuais) e recomendações são consideradas em todas as sentenças para formar a convicção, existindo mesmo sentenças em que são os únicos meios de prova (a par do assento de nascimento). Apenas pontualmente, estas perícias judiciárias são utilizadas unicamente como fontes de argumentos, que os/as magistrados/as judiciais selecionam e utilizam estrategicamente para, por exemplo, obterem um acordo entre as partes ou formular uma decisão, ou seja, enquanto recursos estratégicos. Como recursos inúteis destacam-se as avaliações psicológicas e psiquiátricas e os testemunhos de peritos/as em sede de audiência e julgamento. Pese embora estas perícias, tal como os relatórios sociais, sejam realizadas por peritos/as de entidades consideradas credíveis, a pedido do tribunal, a sua capacidade de estabelecer certezas e contribuir para a decisão judicial está diminuída, as primeiras pelo seu cariz primordialmente técnico, as segundas por não trazerem informação nova em relação ao relatório pericial.

Assim, no processo e decisão judicial estabelece-se uma hierarquia de saberes, de perícias, existindo perícias judiciárias que são mais valorizadas do que outras. Contudo, os dados contrariam as conclusões de Bala e Antonacopoulos (2007) e Semple (2011) ao revelarem que as perícias resultantes dos inquéritos sociais dos técnicos da segurança social, mais próximas das ciências humanas, são, na prática, mais valorizadas e têm maior impacto, do que as perícias realizadas pelo Instituto de Medicina Legal, mais próximas das ciências ditas “duras”. Assim, a natureza da disciplina determina (apenas) em parte o poder de constrangimento sobre a realidade e, em particular, sobre a decisão judicial. Como defendem Ward (2004) e Dumoulin (2007), existem múltiplos fatores que determinam o caráter vinculativo de uma perícia, entre elas as relações de confiança que se estabelecem entre magistrados/as e peritos/as e entre os/as peritos/as. Estes laços de confiança são referidos como um dos critérios não só para a utilização e legitimação judicial das perícias pelos/as magistrados/as nas decisões judiciais, como para a seleção das entidades a realizar as perícias judiciárias, designadamente, os exames médicos ou psicológicos previstos na lei.

A análise revela também que a forma como as perícias judiciárias são percecionadas e utilizadas pelos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais no processo e decisão judicial varia em função do tipo de informação e recomendações incluídas, ou não, no relatório pericial. Mais concretamente, confirma-se a hipótese de Castel (1991) que defende que quando o saber do/a perito/a não se limita a ajudar a resolver os litígios com informações

técnicas, como as informações médicas e psicológicas e (algumas) avaliações psicológicas e psiquiátricas, e qualifica e desqualifica comportamentos e inclui comentários e soluções prontas, este tende a ser o elemento decisivo no processo de decisão. Por conseguinte, as perícias judiciais mais comuns, os relatórios sociais, ao afastarem-se do modelo clássico de perícia técnica, em que o/a perito/a é um mero auxiliar ao serviço de um terceiro que tem a responsabilidade da decisão, e assumirem-se como perícias instituintes, configuram-se, em geral, enquanto “procedimentos de atalho” ou “procedimentos limitativos”, como argumenta Dumoulin (2000) que constroem a ação de magistrados e magistradas.

A seleção e validação das perícias dependem simultaneamente do poder jurídico e judicial, que estabelece as regras das perícias judiciais (legislação) e as legitima (ou não) enquanto meios de prova, do poder disciplinar das técnicas e métodos dos/as peritos/as e das características específicas de cada relatório pericial, bem como das relações de poder estabelecidas entre eles, ou seja, das relações de forças múltiplas entre magistrados/as e peritos/as, que estabelecem em conjunto o que é “verdade”. E, se, por um lado, os/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais recorrem à autoridade das perícias judiciais para legitimar as suas decisões, por outro lado, as perícias judiciais estão também sujeitas à legitimação pela ação dos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais, quer no momento prévio de seleção para realização da perícia, quer após a sua receção pelo tribunal (legitimação das recomendações), estabelecendo-se uma relação de codependência (Zappulli, 2005). Ou seja, como coloca Jasanoff (2004b), as ideias de verdade e de justiça são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, através da ação e interação de magistrados/as e peritos/as.

3.6. Neutralidade e objetividade

Por fim, as entrevistas apontam para a representação das perícias realizadas a pedido do tribunal, por uma entidade pública, como sendo objetivas e neutras. No entanto, a análise do processo de produção das perícias solicitadas pelo tribunal, desde as metodologias e técnicas selecionadas até às informações e recomendações inscritas nos relatórios periciais, revela como as perícias judiciais ou os relatórios periciais são discursos social, histórica e disciplinarmente situados e sujeitos à subjetividade e à aleatoriedade, e, por conseguinte, marcados por indeterminismos e imprecisões. As perícias judiciais, como qualquer outro conhecimento, não são nem neutras, nem objetivas, são discursos de verdade, em que os/as peritos/as selecionam e estabelecem as metodologias e técnicas a adotar e definem o que é verdadeiro e o que é falso, qualificando e desqualificando narrativas.

A título de exemplo, não raramente no processo de produção do relatório pericial os/as peritos/as assumem de forma expressa a posição de um dos progenitores: “Em nosso entender, a proposta apresentada pela progenitora é a que, por agora, melhor salvaguardará a menor do conflito parental” (Relatório social da mãe, Processo 150). Para além disso, os/as peritos/as parecem reutilizar relatórios anteriores, o que leva a que os relatórios tenham gralhas ou mesmo informações contraditórias, como se percebe no exemplo seguinte: Sob a epígrafe “Conclusão” consta igualmente do referido relatório que «Trata-se de um indivíduo

com sem qualquer tipo de alteração psiquiátrica ao nível do Eixo I ou II» (Contraditório do pai, Processo 150).

Isto não significa que não se reconheça a relevância do contributo dos/as peritos/as para a decisão judicial, em especial considerando a sua formação especializada sobre as dinâmicas familiares e as necessidades e especificidades da(s) criança(s) e que os/as profissionais da magistratura não obtêm na sua formação tradicional. Mas considera-se, por um lado que no caso específico dos relatórios sociais será necessária uma maior uniformização e estandardização dos procedimentos e metodologias, que reduza, dentro do possível, a discricionariedade e subjetividade destas perícias judiciais. E, por outro lado, considera-se que só reconhecendo o caráter contingente e indeterminado das perícias judiciais e formando peritos/as e magistrados/as é possível alcançar decisões mais justas e adequadas às necessidades específicas de cada criança e família. Esta questão chama a atenção, em especial, para a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos/as magistrados/as e para a relevância de os/as dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que lhes possibilitem distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância no exercício das suas funções, em especial, na avaliação das perícias judiciais e respetivos resultados.

3.7. Conclusão

Num contexto de “colonização” da justiça pelas perícias (Foucault, 1977), em que as perícias judiciais se assumem, em geral, como recursos vinculativos, que constroem a decisão judicial, a questão que se impõe é: Que papel fica reservado aos magistrados e magistradas nestes processos? A perícia é vista pelo direito como uma mera técnica, uma ferramenta inerte, porém, esta é na realidade um procedimento ativo, interativo e reativo, cuja emergência no campo judicial não é nem trivial, nem inofensiva. A perícia judicial opera uma transformação da economia do sistema de decisão, agindo como um recurso, mas também como constrangimento, suscetível de estruturar ou mesmo determinar a decisão, pelo menos em litígios como os de regulação das responsabilidades parentais. Neste jogo, tradicionalmente regulado pelos dispositivos normativos, as perícias judiciais afirmam-se como meios de ação concorrentes, colocando em perigo a tradicional “força do direito”, ou seja, o monopólio do direito dizer o direito (Bourdieu, 1989), bem como a autonomia dos seus profissionais. O poder do/a magistrado/a encontra o poder do/a especialista, com o qual tem necessariamente de lidar, tanto para melhorar a qualidade do serviço prestado pela justiça, como para legitimar a ação judicial. É certo que a verdade jurídica é uma verdade judicial, prática, ou seja, é a verdade que as normas processuais permitem, que resulta dos objetivos práticos do direito, e que a decisão jurisdicional legitima, observando-se sempre uma subsunção dos factos às normas jurídicas (Castanheira Neves, 2003; Faria Costa, 2001). Contudo, as perícias judiciais que são convocadas para dizer a “verdade”, oferecem uma leitura da realidade que tende a condicionar a aplicação do direito, contribuindo para o desenho de uma paleta renovada de poderes e papéis do/a magistrado/a. Por outras palavras, a “verdade” obtida nas decisões judiciais é uma “verdade prática” sujeita às normas legais e processuais, mas que está muitas vezes subordinada à “verdade pericial”, sendo coproduzida por magistrados/as e peritos/as.

Assim, apesar dos esforços normativos e doutrinários de manter o direito numa posição dominante, o recurso às perícias produz e traduz-se numa mutação dos fundamentos e dos modos de ação da instituição judiciária, que se vê de alguma forma condicionada, colocando os/as magistrados/as numa posição não mais de decisor, mas sobretudo de “supervisor”, ou seja, de instância de legitimação das decisões preestabelecidas pela perícia. Não obstante, neste processo de transformação dos poderes e papéis dos/as magistrados/as, os/as profissionais da magistratura não devem perder de vista o “poder-dever” primordial do tribunal de promoção e proteção dos direitos das crianças e de proteção dos cônjuges, sobretudo, daquele que fica com a guarda do/a filho/a, exigindo-se um controlo efetivo das perícias judiciais e dos regimes de regulação das responsabilidades parentais estabelecidos no âmbito destes processos. Ou seja, se, no âmbito dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, aparentemente, o “monopólio do direito de decidir o direito” se está a dissolver, os/as magistrados/as detêm ainda um papel crucial e imprescindível na promoção de um acesso ao direito e à justiça da família e das crianças democrático e cidadão.

Referências Bibliográficas

- Agulhas, R., e Anciães, A. (2015). *Casos práticos em Psicologia forense: Enquadramento legal e avaliação pericial*. Lisboa: Edições Sílabo.
- Ash, P., e Guyer, M. (1984). Court Implementation of Mental Health Professionals' Recommendation in Contested Child Custody and Visitation Cases. *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 12(2), 137–147.
- Bala, N. (2005). Tippins and Wittmann asked the wrong question: Evaluators May Not be “Experts”, But They Can Express Best Interests Opinions. *Family Court Review*, 43(4), 554–562.
- Bala, N., e Antonacopoulos, K. D. (2007). The Controversy over Psychological Evidence in Family Law Cases. In B. Brooks-Gordon e M. Freeman (Eds.), *Law and Psychology* (pp. 218–241). Oxford: Oxford University Press Canada.
- Bernheim, E., e Commaille, J. (2012). Quand la justice fait système avec la remise en question de l'État social. *Droit et Société*, (81), 281–298.
- Bolieiro, H., e Guerra, P. (2009). *A criança e a família - uma questão de Direito(s)*. (C. Editora, Ed.). Coimbra.
- Bourdieu, P. (1989). *O poder simbólico*. Lisboa: Difel.
- Brun, G. et al. (1981). Child Psychiatric Advice to Legal Authorities Concerning Custody and Post-divorce Visiting Rights: Results of Collaboration of Lawyers and Child Psychiatrists Over a 2-year Period. *Acta Physiologica Scandinavica*, 63, 384–388.
- Caridade, S., Machado, C., e Gonçalves, R. A. (2006). Avaliação e intervenção em contextos de justiça: O exemplo da Unidade de Psicologia da Justiça da Universidade do Minho. *Revista Do Ministério Público*, 27(106), 215–249.
- Casaleiro, P. (2017), “Justiça procura Perícia(s): os processos de regulação das responsabilidades parentais”. Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Castanheira Neves, A. (2003). *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Castel, R. (1991). Savoirs d'expertise et production de normes. In F. Chazel e J. Commaille (Eds.), *Normes juridiques et régulation sociale* (pp. 177–188). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Castro, A. J., Martins, A. S., Machado, C., e Gonçalves, R. A. (2006). Perícias psicológicas, sentenças judiciais: Que relação? In *Congresso Internacional de Psicologia Forense*. Braga:

Universidade do Minho.

Dumoulin, L. (2000). L'expertise judiciaire dans la construction du jugement de la ressource à la contrainte. *Droit et Société*, 44/45, 199–223.

Dumoulin, L. (2007). *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*. Paris: Ed. Economica.

Faria Costa, J. (2001). Consenso, verdade e direito. *Boletim Da Faculdade de Direito*, LXXVII, 421–432.

Fineman, M. (1988). Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decision making. *Harvard Law Review*, 101(4), 727–774.

Foucault, M. (1977). *Discipline and Punish. The birth of prison*. New York: Vintage Books.

Gonçalves, R. A. (2010). Psicologia Forense em Portugal: Uma história de responsabilidades e desafios. *Análise Psicológica*, 28(1), 107–115. <http://doi.org/10.14417/ap.256>

Guerra, P. (2000). Os menores e os tribunais: sinfonia em dois andamentos. *Infância E Juventude*, 3, 9–26.

Jasanoff, S. (2001). Judicial Fictions: the supreme court's quest for good science. *Society*, Maio/Junho, 27–36.

Kruk, E. (2011). A Model Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody. *The American Journal of Family Therapy*, 39(5), 375–389. <http://doi.org/10.1080/01926187.2011.575341>

Lúcio, L. (2010). As Crianças e os Direitos: O Superior Interesse da Criança. In A. Leandro, Á. Laborinho Lúcio, e P. Guerra (Eds.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio* (pp. 177–198). Coimbra: Almedina.

Machado, A. (2008). *Regulação do poder paternal. Impacto da perícia psicológica na decisão judicial*. Universidade do Minho.

Manita, C., e Machado, C. (2012). A psicologia forense em Portugal - Novos rumos na consolidação da relação com o sistema de justiça. *Análise Psicológica*, 30(1–2), 15–32.

Monteiro, C. (1997). *Perigosidade de inimputáveis e "in dubio pro reo."* Coimbra: Coimbra Editora.

Mosoff, J. (1997). "A jury dressed in medical white and judicial black": Mothers with Mental health histories in Child Welfare and Custody. In S. Boyd (Ed.), *Challenging the Public/Private Divide: Feminism, law, and Public Policy* (pp. 227–252). Toronto: University of Toronto Press.

Neale, B., e Smart, C. (1997). Experiments with Parenthood? *Sociology*, 31(2), 201–219. <http://doi.org/10.1177/0038038597031002002>

Nelken, D. (2007). Can Law learn from Social Science? In E. Mertz (Ed.), *The role of social science in law* (pp. 157–176). Aldershot: Ashgate.

Ottosen, M. H. (2006). In the name of the father, the child and the holy genes. constructions of “the child”’s best interest’ in Legal Disputes over contact. *Acta Sociologica*, 49(1), 29–46.

Parente, C., e Manita, C. (2010). Tomada de decisão judicial na regulação do exercício das responsabilidades parentais – estudo exploratório sobre algumas variáveis que a podem influenciar. In *Actas VII Simpósio Nacional de Investigação em Psicologia* (pp. 3357–3367). Braga: Universidade do Minho.

Picontó Novales, T. (2012). Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado. In T. Picontó Novales (Ed.), *La custodia compartida a debate* (pp. 45–76). Madrid: Dykinson: Instituto de Derechos Humanos, D.L.

Ramião, T. d’Almeida. (2012). *Organização Tutelar de Menores. Anotada e Comentada* (Quid Juris). Lisboa: Quid Juris.

Ramião, T. d’Almeida. (2015). *Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris.

Semple, N. (2011). The “eye of the beholder”: professional opinions about the best interests of a child. *Family Court Review*, 49(4), 760–775.

Singly, F. de. (2006). *Uns com os outros. Quando o individualismo cria laços*. Lisboa: Instituto Piaget.

Sousa, S. A. de. (2003). Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. In M. da C. Andrade, J. de F. Costa, A. M. Rodrigues, e M. J. Antunes (Eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 1207–1235). Coimbra: Coimbra Editora.

Théry, I. (1989a). Savoir ou Savoir-faire: l’expertise dans les procédures d’attribution de l’autorité parentale post-divorce. *Actes de La Recherche En Sciences Sociales*, 76/77, 115–117.

Tippins, T. M., e Wittmann, J. P. (2005). Empirical and Ethical Problems with Custody Recommendations: A Call for Clinical Humility and Judicial Vigilance. *Family Court Review*, 43, 193–222.

Ward, T. (2004). Experts, Juries, and Witch-hunts: From Fitzjames Stephen to Angela Cannings. *Journal of Law and Society*, 31(3), 369–386. <http://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2004.00295.x>

Zappulli, L. (2005). Savoirs professionnels et sens commun en milieu judiciaire : l'activité professionnelle du médecin légiste dans le parquet de Lecce. *Droit et Société*, 61(61/2005), 683–700.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/1ggy5mwt0g/flash.html?locale=pt>

4.

A residência da Criança – critérios de decisão

Ana Raquel Pessoa



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A RESIDÊNCIA DA CRIANÇA – CRITÉRIOS DE DECISÃO

Ana Raquel Pessoa*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/i2dd09awg/flash.html>

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5.

**O direito da criança
aos convívios com
terceiros de referência**

Andreia Marques,
Bruno Alcarva
Débora Santa Maria



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



THEMIS COMPETITION 2017

BRUSSELS SEMI-FINAL B – EUROPEAN FAMILY LAW

CHILDREN IN POST-MODERN FAMILIES: THE RIGHT OF CHILDREN TO HAVE CONTACT WITH ATTACHMENT FIGURES

TEAM PORTUGAL I

Judicial Trainees

Andreia Martins | Bruno Alcarva | Débora Marques

Accompanying Teacher

Maria Perquilhas

*"There can be no keener revelation of a society's soul
than the way in which it treats its children."*

*Nelson Mandela
Former President of South Africa*

Lisbon, 2017

CONTENTS

5.1. Introduction: An overview on the post-modern family	81
5.2. European law	82
5.2.1. Convention on Contact concerning Children	82
5.2.2. Comparative law study	83
5.2.3. Portuguese law.....	86
5.2.4. Brief overview of the European Court of Human Rights' case law	88
5.3. The right of contact between the child and attachment figures.....	90
5.3.1. General considerations	90
5.3.2. The concept of contacts	91
5.3.3. Right of contact as a purely personal right	91
5.3.4. The purposes of contact	92
5.3.5. Terms and requirements for the exercise of the right of contact	92
5.3.6. With which persons should the child have contact?	92
5.3.7. Legal standing to apply for contacts.....	93
5.4. Conclusion	94
5.5. Bibliography.....	95

5. INTRODUCTION: An overview on the post-modern family

As science evolves and prejudices tend to disappear, the prototype of the traditional family, according to which a man marries a woman and afterwards have children together, is slowly fading away. This is called the nuclear family.

Nowadays, a child can be born and raised in a much broader range of situations.

Therefore, besides couples that have a biological child, we can find homosexual or heterosexual couples, that adopt children or choose to resort to medically assisted reproduction techniques or to a surrogate mother. In these cases, the child can be legally considered as being daughter/son of the couple or of solely one of the couple's element.

Moreover, there are single parents raising a child on their own, as a result of a divorce, of a single adoption, of a decision to resort to medically assisted reproduction techniques or to a surrogate mother.

There are also stepfamilies, which involves two separate families merged into one new unit. In addition, there can be foster families that take care of children temporarily, namely when biological parents are unable to look after them.

Furthermore, the number of households with extended family members – several relatives living together – is also increasing, due to financial difficulties or because older relatives are incapable to take care of themselves.

In addition to these living arrangements, there are others where children are raised not by their parents, but by grandparents, uncles, cousins or other relatives.

Finally, the concept of family includes persons that might not have biological ties, but who, somehow, share the child's daily life and have developed strong emotional ties with the child, such as godparents. These constitute the so called *de facto* families.

We are witnessing the diversification of people who perform a fundamental role in the child's life. Thus, the traditional vision of whom the child should be allowed to have contact with must necessarily evolve.

Having said this, should the forementioned people have the right to obtain and maintain contact with children who are deeply attached to them, if that is in the child's best interest? Should parents, when exercising their parental responsibilities, have the power to prohibit these contacts? Should we give priority to the biological family during the child's upbringing or on the other hand, must we give priority to the child's best interest and facilitate contacts between children and persons that are emotionally linked to them, regardless of the existence of blood ties? Who should have legal standing in these disputes?

In attempting to find answers to these questions, and as a starting point, we will analyse the solutions envisaged by European Union countries, with a special focus on Portuguese law and case law, and present a brief overview of the European Court of Human Rights' case law.

Always bearing in mind that, as is widely acknowledged, the fundamental principle that must govern every decision that affects children is the *child's best interest*.

Afterwards, having established the most common responses, we are going to elaborate on the topic, in order to present a personal point of view and to contribute towards reaching a uniform response on how these disputes should be handled.

5.2. EUROPEAN LAW

5.2.1. Convention on Contact concerning Children

In 2003, in Strasbourg, the Council of Europe signed a Convention on Contact concerning Children. The purpose of such Convention is to safeguard contact between children and their parents and other persons having family ties with children, as protected by Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950.

The Council of Europe was aware of the desirability of recognizing not only parents but also children as holders of rights and the Member States agreed consequently to replace the term of *access to children* with the notion of *contact concerning children*.

Regarding parents, and in accordance with Articles 9 and 10 (2) of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 4 (1) of the Convention on Contact concerning Children sets out that: "*A child and his or her parents shall have the right to obtain and maintain regular contact with each other*".

Besides the parents, the Council of Europe expressly agreed on the need for children to have contact with other persons having family ties with children and the importance for those persons to remain in contact with children, subject to the child's best interest.

Consequently, Article 5 (1) of the Convention on Contact concerning Children provides that "*subject to his or her best interests, contact may be established between the child and persons other than his or her parents having family ties with the child*". According to Article 2 (d) of this Convention, family ties "*means a close relationship such as between a child and his or her grandparents or siblings, based on law or on a de facto family relationship*".

This means that the Convention establishes, as a minimum standard, the obligation to promote measures in order to assist children in contacting those with whom they have a close relationship, namely grandparents or siblings.

However, Article 5 (2) of the Convention also states that "*States Parties are free to extend this provision to persons other than those mentioned in paragraph 1, and where so extended, States*

may freely decide what aspects of contact, as defined in Article 2 letter a shall apply". So, Member States have some discretion to determine the persons who are regarded by national law, namely to extend this possibility of contact to persons having close personal links with the child without family ties⁽¹⁾.

5.2.2. Comparative law study

Considering the approach of European countries in this matter, they can be split into three groups: a first one, composed by those with legislation providing only for contact between the child and the parents; a second one, that includes those with legislation establishing only the right of the child to maintain contact *with some relatives*, in particular grandparents and siblings; and a third group, consisting of those which combine the possibility to maintain contact with some *relatives* with a *general clause*.

Starting with the **first group**:

DENMARK

In Denmark, only parents have the right to maintain contact with their child. According to INGRID LUND-ANDERSEN and CHRISTINA GYLDENLØVE JEPPESEN DE BOER, *"No provisions provide for the possibility of contact with other family members irrespective of the role they may have played in the child's life. Grandparents, aunts, uncles, stepparents or siblings who may have played an active role in the child's life or even have raised the child for a considerable time, have no right of contact"*⁽²⁾.

POLAND

The Polish Law does not regulate the relationships between the child and other relatives besides the parents [Article 95 (1) of the Polish Family and Guardianship Code]⁽³⁾.

The **second group**, in which the Portuguese approach is included – a topic that will be developed further ahead – also comprises Italian Law.

ITALY

Article 315bis (2) of the Italian Civil Code establishes: *"The child has the right to grow in his family and to maintain a significant relationship with his relatives"*. However, Article 317bis of the Italian Civil Code, added in December of 2013, merely took in consideration *the grandparent's right to maintain contact with their grandchildren*.

⁽¹⁾ For further development, Parliamentary Assembly Documents 2002 Ordinary Session (First Part), Volume II (from the Parliamentary Assembly of the Council Europe), consulted on 11 April 2017 in https://play.google.com/books/reader?id=4ZP1HFSDZ4EC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_PT&pg=GBS.PA1.

⁽²⁾ LUND-ANDERSEN, Ingrid and JEPPESEN DE BOER, Christina Gyldenløve, *National Report: Denmark*. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Denmark-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

⁽³⁾ MACZYŃSKI, Andrzej and MACZYŃSKA, Mgr Jadwiga, *National Report: Poland*, Human Rights Centre of the Jagiellonian University, page 15. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Poland-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

The **third group** ensures a comprehensive view of the child's right to maintain personal relationships with persons other than parents.

SPAIN

The Spanish law approach is paradigmatic on this perspective. Article 160 (2) of the Spanish Civil Code, states that *"personal relationships between the child and his siblings, grandparents and other relatives or close persons may not be deprived without just cause. In the event of opposition, the Judge, at the request of the minor, his grandparents, relatives or close persons, shall decide, according to the circumstances"*. This same regime can be found in Article 77 (2) (b) and also in Article 79, both from the *Código del Derecho Foral de Aragón*. Article 236-4 of *Código Civil Cataluña* also prescribes that *"The child has the right to maintain personal relationships with his grandparents, siblings and other close persons, and all of them also have the right to contact with the child. Parents must facilitate the mentioned relationships and can only prevent them if there's a just cause"*.

NETHERLANDS

Article 1:377a of the Dutch Civil Code determines: *"1 – A child has a right of contact with his parents and with those persons with whom the child maintains a close personal relation (...). / 2 – Upon the request of both parents or of one of them or upon the request of the persons with whom the child maintains a close personal relation, the court shall order an arrangement for exercising the right of contact ('visitation arrangement'), whether or not for a specific period, or it shall deny the right of contact, whether or not for a specific period"*.

BELGIUM

Article 375 bis of the Belgium Civil Code establishes that: *"The grandparents have the right to maintain personal relationships with the child. The same right may be granted to any other person if the latter has a special affectionate relationship. In the absence of agreement between the parties, the exercise of this right shall be ruled by the family court, at the request of the parties or the King's Public Prosecutor, according to the child's best interest"*. WALTER PINTENS and DOMINIQUE PIGNOLET state that *"according to Art. 375 bis Belgian CC, a child has the right of contact with its grandparents when it is proved that it is in the child's interests. For all other persons (including brothers and sisters of the child), it must also be proved that the child has a significant, affectionate relationship with the persons seeking the right"* ⁽⁴⁾.

GERMANY

Article 1685 (1) of the German Civil Code, recognises that *"grandparents and siblings have a right to contact with the child if this serves the best interests of the child"*. The second paragraph of this provision establishes: *"The same applies to persons to whom the child relates closely if these have or have had actual responsibility for the child (social and family relationship). It is in general to be assumed that actual responsibility has been taken on if the person has been living for a long period in domestic community with the child"*.

⁽⁴⁾ PINTENS, Walter and PIGNOLET, Dominique, *National Report: Belgium*, Catholic University Leuven, page 30. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Belgium-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

According to NINA DETHLOFF and DIETER MARTINY, *"under the new version of §1685 para. 2 German CC there is no longer an exclusive enumeration of the different persons with a right to contact. It is agreed however that also the spouse of the parent (step-parent) has a right of personal contact. The same is true for the former spouse and the former partner of a non-marital relationship. The registered partner or former registered partner has also such a right of contact. Other persons can have such a right when they acted as foster carers over some length of time"* ⁽⁵⁾.

SWEDEN

Swedish law also considers that the child needs to have gratifying relationships, not only with the parents, but also with other relatives and close persons, if this is in the child's best interest and if the child so desires (Chapter 6, Sec. 2a of the Swedish Children and Parents Code) ⁽⁶⁾. Moreover, the Swedish contemporary legal system perceives this possibility as a child's right and simultaneously as a parent's responsibility ⁽⁷⁾.

According to MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, ANNA SINGER AND CAROLINE SÖRGJERD, *"the interests of a parent are not explicitly considered when deciding in contact issues. It is the best interests of the child that shall prevail over all other concerns in matters regarding contact"* ⁽⁸⁾. And also: *"A person with custody of a child has a responsibility to ensure that, as far as possible, a child's need of contact with any other person particularly close to the child is met, Chapter 6 Sec. 15 paragraph 3 Swedish Children and Parents Code. This provision aims at encouraging the child's contact not only with persons the child knows well and misses, but also with, e.g., relatives who enrich the child's development. (...) The starting point in Swedish law is that contact is the right of the child; the parents are responsible to ensure that this right is met"* ⁽⁹⁾.

SLOVENIA

In accordance with Article 106a (1), of the Slovenian Civil Code: *"The child has the right to contact with other persons who are family related and have a close personal bond with the child, unless it would be contrary to the child's interest. Such persons are deemed to be in particular the child's grandparents, siblings, half-siblings, former foster parents, a former or present spouse, or the cohabiting partner of either parent of the child"*.

The second paragraph of this provision imposes an agreement between the parents, the child itself (if capable of understanding the meaning of such agreement) and the persons referred to in the prior paragraph. Without such agreement, a social worker shall assist them in reaching an agreement; if the disagreement persists, the court will decide [Article 106a (3) of the Slovenian Civil Code].

⁽⁵⁾ DETHLOFF, Nina and MARTINY, Dieter, *National Report: Germany*, European University, Frankfurt. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

⁽⁶⁾ RESETAR, Branka and EMERY, Robert E., *Children's rights in European Legal Proceedings: Why are family practices so different from legal theories?*, page 68. Available at: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1744-1617.2007.00193.x/pdf> and consulted on 7 April 2017.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁾ JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; SINGER, Anna and SÖRGJERD, Caroline, *National Report: Sweden*, University of Uppsala, page 25. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, pages 25 and 26.

AUSTRIA

Section 148 (3) of the Austrian Civil Code allows personal contact with persons other than parents with whom the child has an emotional bond and if it is considered harmful for the child to disrupt that bond. According to MARIANNE ROTH, this regulation includes grandparents, stepparents, foster parents, uncles, godparents, siblings and also former partners of the holder of parental responsibilities⁽¹⁰⁾.

5.2.3. Portuguese law

Currently, in Portugal, the contact between a child and persons other than parents is regulated under Article 1887.º-A of the Portuguese Civil Code. This rule was introduced in the Portuguese legal order by Law no. 84/95, of 31 September. Before this amendment, Portuguese law only established the right of contact towards parents.

So, according to Article 1887.º-A, parents may not unreasonably deprive their children from contacting siblings and grandparents.

This means that, presently, it is possible that other persons apart from parents may obtain and maintain contact with the child⁽¹¹⁾.

Traditionally, it was understood that Portuguese law did not expressly grant any right for the child to establish relationships with other relatives, but only provided it as a limitation to parental responsibility. Nowadays, this paradigm is changing, according to the majority of Portuguese authors and domestic case law, based on the idea that the parents no longer have the power to decide with whom the child may have contact. However, parents still have the duty to select the persons that may interact with the child, taking into account the child's best interest.

It is also necessary to underline that the law limits this possibility of contact to siblings and grandparents, as persons having a close family relationship with the child. Indeed, Portuguese law presumes that siblings and grandparents may play a considerable part in family life and have a close relationship with the child that should be protected.

However, Portuguese law does not extend this right of contact to other categories of persons. For instance, there is no legal provision granting this contact to: (i) other relatives of the child such as an aunt or an uncle, a cousin, a godfather or a godmother; (ii) persons having, at present, *de facto* family ties with the child and persons who have had *de facto* family ties with the child in the recent past, independent of any legal family ties (for example, former foster parents, a spouse or former spouse of a parent, a person with whom the child has been living in the same household for a considerable period of time, a person who has cohabited with a

⁽¹⁰⁾ ROTH, Marianne, *National Report: Austria*, University of Salzburg, pages 30 and 31. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

⁽¹¹⁾ For further development, OLIVEIRA, Guilherme de and MARTINS, Rosa, *National Report: Portugal*. Available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Portugal-Parental-Responsibilities.pdf> and consulted on 7 April 2017.

parent and the child); or (iii) persons that only have affectionate ties with the child, regardless of any biological or family ties.

Notwithstanding the foregoing, Portuguese courts have been asked to solve conflicts related to the right of contact between children and persons other than siblings and grandparents.

In June 2012, the Portuguese Court of Appeal of Coimbra ⁽¹²⁾ delivered a groundbreaking decision, based on the child's best interest, granting the godfather the possibility of maintaining contact with his godchild. The decision relied on the fact that the child had lived with the godfather for seven years. During such period of time, the godfather became a reference person in the child's life and a relationship identical to parenthood was established between them.

In July 2014, the Portuguese Court of Appeal of Évora ⁽¹³⁾ admitted the possibility of contact between a child and his aunt, following a decision held by the Portuguese Court of Appeal of Oporto in January 2013 ⁽¹⁴⁾. More recently, in November 2016, the Portuguese Court of Appeal of Guimarães ⁽¹⁵⁾ also ruled that an order providing for contact between an aunt and a child – taking into account that the aunt took care of the niece and maintained a close relationship with her – should be granted.

Considering the absence of a legal provision regulating the right of contact between child and persons others than parents, grandparents and siblings, the above mentioned decisions were forward-looking and innovative, supported especially by the child's best interest.

Nevertheless, in order to achieve this outcome, Portuguese courts considered it necessary to ground their decisions in Article 1918.º of Portuguese Civil Code which states: *"When the safety, health, moral development or education of a child are in danger and inhibition of the exercise of parental responsibilities is not applicable, at the request of the Public Prosecutor's Office or of any of the persons referred to in number 1 of Article 1915.º, the court may decree the necessary protective measures"*.

By doing so, the courts defended that a child prevented from contact with certain persons was endangered, which does not correspond necessarily to reality. It is important to make clear that the contact between a child and persons other than parents should be a right of the child, take place under all circumstances if it contributes positively to the development of the child and bring happiness to him or her, regardless of the child being or not in danger.

⁽¹²⁾ Portuguese Court of Appeal of Coimbra, 20.06.2012, CARLOS MARINHO, Case no. 450/11.7TBTNVA.C1, available at www.dgsi.pt.

⁽¹³⁾ Portuguese Court of Appeal of Évora, 10.07.2014, ALEXANDRA MOURA SANTOS, Case no. 851/12.3TBPTGA.E1, available at www.dgsi.pt.

⁽¹⁴⁾ Portuguese Court of Appeal of Oporto, 07.01.2013, LUÍS LAMEIRAS, Case no. 762A/2001.P1, available at www.dgsi.pt.

⁽¹⁵⁾ Portuguese Court of Appeal of Guimarães, 10.11.2016, MARIA DOS ANJOS NOGUEIRA, Case no. 719/08.8TBBCLC.G1, available at www.dgsi.pt.

5.2.4. Brief overview of the European Court of Human Rights' case law

The European Court of Human Rights (ECtHR) has been called upon to decide disputes between parents and other persons who aim to obtain or maintain contact with a child. By solving those disputes, the ECtHR has created uniform case law. Below, we will outline the main decisions regarding this topic.

According to the ECtHR the notion of *family life* under Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR) is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* family ties where the parties are living together out of wedlock (Case Anayo vs. Germany, §55; Case Kopf and Liberda vs. Austria, §35).

Moreover, in the ECtHR's vision, *family life* "within the meaning of Article 8 (art. 8), includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life" (see, among others, Case of Marckx vs. Belgium, §45; Case Moretti and Benedetti vs. Italie, §§44, 45; Case Lawlor vs. United Kingdom; Kruškić and others vs. Croatia, §108).

The Court also states that the existence or not of family ties falling within the scope of Article 8 of the ECHR will depend on a number of factors, of which cohabitation is only one and on the circumstances of each particular case: exceptionally, other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create *de facto* family ties (see Case Lawlor vs. United Kingdom; Case Kroon and others vs. The Netherlands, §30; Case Kopf and Liberda vs. Austria, §35; Kruškić and others vs. Croatia, §108). Furthermore, the existence of *family life* is essentially a question of fact depending on the real existence of close personal ties (Case K. and T. vs. Finland, §150; Case Kopf and Liberda vs. Austria, §35).

Notwithstanding, the Court has been ruling that the relationship between the child and other relatives is different in nature and degree from the relationship between parents and the child, which means, in the Court's opinion, the first situation generally demands a lesser degree of protection. The ECtHR adopts this position, since those contacts normally take place with the agreement of the person who has parental responsibility – which means that access of a relative to the child is normally at the discretion of the child's parents (Case Kruškić and others vs. Croatia, §§110-112; Case Lawlor vs. United Kingdom; Case Mitovi vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, §58).

In order to guarantee compliance with Article 8 of the ECHR, the Court finds that although the object of this provision is essentially the protection of the individuals against arbitrary interference by the public authorities, there also may be *positive obligations* inherent in an effective respect for private or family life. The ECtHR refers: "However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation" (vide Case Kopf and Liberda vs.

Austria, §38; Case Mustafa and Armağan Akin vs. Turkey, §20; Case of Fuşcă vs. Romania, §33).

Consequently, the domestic authorities should strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the child's best interest which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents. In particular, a parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development (Case Görgülü vs. Germany, §43; Case Levin vs. Sweden). The same applies to cases where contact and residence disputes concerning children arise between parents and other members of the children's family (Case N.TS. and others v. Georgia, §70).

The States have the obligation and must guarantee the maintenance of the ties, taking the necessary actions in order to allow those ties to develop normally (Case Kruškić and others vs. Croatia, §110; Case of Marckx vs. Belgium, §45). In this regard, measures that might break the ties between a child and his or her family can only be applied in exceptional circumstances (see Manuello and Nevi vs. Italie, §53; Case Görgülü vs. Germany, §48).

In a nutshell, the analysis of the Court will primarily take into account the child's best interest (Case Mustafa and Armağan Akin vs. Turkey, §22; Case Görgülü vs. Germany, §41; Case Levin vs. Sweden).

In the Case Kopf and Liberda vs. Austria, the Court had to decide if the contacts between the former foster parents and a child that had been returned to his mother should be re-established: *«The Court observes, however, that the District Court did consider the case on its merits and, as is apparent from its decision, examined whether contact between the applicants and F. would be in the child's best interests. It concluded, however, that it was in the best interests of the child, who was living with his biological mother, not to bring him back into a situation of divided loyalties (Loyalitätskonflikt) between her and his "former family", namely the applicants, and the District Court therefore refused the request. Moreover, the Regional Court examined the applicants' appeal on the merits but concluded that the District Court had correctly resolved the matter before it. The Court (...) considers that the domestic courts, at the time they took their respective decisions, struck a fair balance between the competing interests. (...) In this context the Court reiterates that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child, which may override those of the parents»*. The Court took in consideration that contact between the applicants (foster parents) and the child had been interrupted for 3 years (the duration of the proceedings) and for that reason the child's best interest no longer justified the re-establishment of contact. Therefore the ECtHR underlines the necessity to take measures to ensure that proceedings involving children should be decided within a reasonable period of time.

It is also crucial to emphasize the most important lesson extracted from the ECtHR case law: in some cases, emotional bonds may prevail over blood ties (as decided, for instance, in the Case Söderbäck vs. Sweden).

Finally, it is important to highlight that there are not any ECHR provisions specifically focused on children, which falls short of their needs.

5.3. THE RIGHT OF CONTACT BETWEEN THE CHILD AND ATTACHMENT FIGURES

5.3.1. General considerations

The Convention on the Rights of the Child recognizes *that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding*⁽¹⁶⁾ and lists the rights that must be fulfilled for children to develop their full potential.

As foreseen in Article 6 (2) of this Convention, *"States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child"*, as well as in Article 27, *"1. States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development. / 2. The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development"*.

This reflects a new and contemporary vision of the child. Children cannot be considered as property of their parents. They are human beings and are holders of their own rights, rather than just objects of protection.

The child should be recognised as an individual and as a member of a family and community, with rights and responsibilities, appropriate to his or her age and stage of development. By doing so, we are setting the focus on the whole child.

Furthermore, our understanding is that the child should be at the heart of family life.

One of the main categories of the child's rights pertains to the free development of his or her personality. In order to achieve it, the social interaction between human beings has a decisive role. Starting at an early age, social interaction is fundamental for a healthy childhood development, bringing positive consequences throughout his or her entire life and improving the individual personality and capabilities⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Preamble of the Convention on the Rights of the Child, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with Article 49.

⁽¹⁷⁾ MARTINS, ROSA and VÍTOR, Paula Távora, *"O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente"* in *Julgar*, no. 10, 2010, page 67.

5.3.2. The concept of contacts

Considering the above-mentioned, it is vital to ensure that the child has the right to have contact with the persons who have (or had) a positive contribution to their physical and psychological growth and well-being.

According to Article 2 (a) of the Convention on Contact concerning Children, of the Council of Europe, this right of contact shall include:

- i. The possibility of a child to stay with, or meeting a person, for a limited period of time, with whom he or she is not usually living;
- ii. Any form of communication between the child and such person, such as contact by telephone, Skype, social networks and e-mail; and
- iii. The provision of information to such a person about the child or to the child about such a person.

Under Article 2 (10), of the Council Regulation (EC) N.º 2201/2003, of 27 November 2003 – known colloquially as Brussels II bis – a similar notion of contact is established – although the concept *rights of access* is used ⁽¹⁸⁾.

5.3.3. Right of contact as a *purely personal right*

The child, as a minor, does not have legal capacity to exercise rights. Thus, the parents have the power and duty of representation, exercising those rights on the children's behalf in order to make up for the minor's lack of capacity.

It is the parents' responsibility to represent their children's interests even before they are born.

There are, however, some rights that are *purely personal*, which the child has the right to perform personally and freely. Consequently, those rights cannot be exercised by the parents.

The right of contact is included in this category of rights – designated as *purely personal right*. For this reason, in our perspective, the right of contact cannot be understood as a limitation of parental responsibilities, taking in account that its exercise would not, in any case, belong to the parents. In other words, parents do not have the right to deprive children from having contact with persons that bring healthy benefits to their lives in a significant manner. What they have, instead, is an obligation to exercise control by deciding whether or not these persons represent harm to the child.

⁽¹⁸⁾ Practice guide for the application of the Brussels IIa Regulation from European Commission in http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf, page 43, accessed in 7 April 2017.

5.3.4. The purposes of contact

The first thing to consider concerning the right is what objective will contact serve for the child. The paramount purpose of this right is to ensure that they have, somehow, beneficial effects and provide the child a fuller and happier life.

The connections are of critical importance, since they lead to maintaining, building and developing relationships important to the child, in order to meet their emotional needs for love, sense of belonging and stability. Furthermore, contacts contribute to create opportunities for education and modelling of child's specific skills and abilities.

The purpose of contact for a child can and will change over time, depending on the child's emotional and developmental needs, their wishes and circumstances. Thus, the decision that grants the right to obtain and maintain contacts is not irrevocable and can be reviewed, in order to achieve the child's best interest, at any given time, according to his or her age and developmental stage. In case of a review, it is essential to evaluate if the child's needs are actually being met.

5.3.5. Terms and requirements for the exercise of the right of contact

This right shall be always subject to the condition that this contact is in the child's best interest, which should also be the final goal of its exercise, as provided in Article 3 (1) of the Convention on the Rights of the Child and Article 24 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Having that in mind, this right may be exercised at all times, whenever the child, on his or her initiative or the persons who wish to obtain or maintain contacts apply for it. However, when the child's best interest is in conflict with the adults' needs, the first one has to prevail, both in the short and long term.

It should be underlined and must not be forgotten that it is not a prerequisite that this child is endangered, at risk, deprived of affection or in a depressive emotional state. And, from the child's perspective, opinions and feelings, there is no difference whatsoever between having or not having a biological bond with these persons.

Therefore, any decision regarding contacts concerning the child cannot be taken without the child's prior hearing, providing that he or she has sufficient understanding. The child should be asked about how he or she feels about having contact with a particular person and the child should be granted the possibility to refuse such contact, if reasonable reasons are presented.

5.3.6. With which persons should the child have contact?

The most traditional answer limited this possibility of contact to only the parents, which could then freely decide with whom their children were authorised to interact.

This understanding evolved and expanded to close relatives, such as grandparents or siblings.

The previous answers are based on a restricted view of what the concept of *family* means, giving a greater significance to the existence of blood ties, in comparison with a relationship based on love and care.

The widening of the definition of *family*, which has also been developed by the ECtHR, regarding Article 8 of the ECHR, started to cover *de facto* family relationships with a child, namely including stepfathers or foster parents.

Finally, from our point view, the modern response to this query should necessarily be that all persons who have decisive importance and influence in the child's life, enriching the child's development, should have the opportunity to obtain and maintain contact with the child.

We can find, namely, examples of babysitters who raised children from birth, and in some cases were like a mother to that child. Or friends or neighbours who are left in charge, by parents, to go pick their daughter/son at school and end up spending more time with them, than their own parents. These – and other similar cases – illustrate situations regarding persons that might have the right to maintain contact with children.

When the child's best interest is respected and provided that a significant affectionate relationship between them and the child is proven in every case, the child should be entitled to contact with any person considered by him or her as an *attachment figure* ⁽¹⁹⁾.

We consider that the most adequate provision to regulate the contacts between the child and persons other than parents should be broad enough to include anyone who established a significant affectionate relationship with the child (with or without biological ties). On the other hand, it should be highlighted that biological ties must not entail, automatically, the right to establish contacts with the child.

Overall, what must prevail is a concept of family as a community based on affection, rather than a mere group of individuals linked by biological ties.

5.3.7. Legal standing to apply for contacts

As mentioned before, we are facing a *purely personal right* of the child to obtain and maintain contacts with attachment figures. But is it possible to state that these persons are also holders of the right to contact the child? In this matter, we agree with ROSA MARTINS *et al* ⁽²⁰⁾ and RIVERO HERNÁNDEZ ⁽²¹⁾, who reply in the affirmative. These rights are independent and reciprocal, although the adult's right must lose out if contrary to the child's best interest.

⁽¹⁹⁾ About the concept of "*attachment figures*" see MADEIRA, Laura Fernandes, "*Direito das crianças à convivência com familiares*" in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, V. 8, no. 8, page 58, available at <http://unl-pt.academia.edu/LauraFernandesMadeira> and consulted on 11 April 2017.

⁽²⁰⁾ MARTINS, Rosa and VÍTOR, Paula Távora, "*O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente*" in Julgar, no. 10, 2010, pages 64 and 65.

⁽²¹⁾ ERNÁNDEZ, Francisco Rivero, "*Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*" in Lex Familiae, Year 3, no. 6, 2006, page 41.

Consequently the legal standing to apply for contact with an attachment figure should belong both to the child and to the potential attachment figures.

5.4. CONCLUSION

The *family* is an ever changing reality: what was considered, several years ago, as the traditional family model and recognised as ideal to raise children, has completely changed. Side by side with the traditional idea of one mother and father with a common biological child (nuclear family), nowadays new family structures appear, such as foster families, adoptive families (heterosexual or homosexual), single parent's families, stepfamilies, extended families and *de facto* families.

The common element which must stand as the backbone of all these family structures is love and affection. Without these, strong emotional ties will not be developed⁽²²⁾. And the mere existence of biological links do not necessarily mean, in any way, the presence of those feelings or ties.

Taking into account the above-mentioned, the law has to adapt its provisions to the new types of family, having in consideration that the legal concept of best interest has to mandatorily match the psychological best interest of the child.

For this reason and focusing the discussion on the child's right of contact, it is critical to create a specific rule that governs this particular issue. Therefore, our suggestion would be:

The child has the right to obtain and maintain contacts with any person with whom the child established significant emotional ties, unless it is considered contrary to the child's best interest.

However the question is: where should this provision be included?

After over a quarter of a century, by signing the Convention on the Rights of the Child, a commitment was made to children: that they would be treated as holders of rights and be placed at the heart of the community.

However, this commitment must be renewed, as times have evolved and the awareness of the child's needs and concerns has significantly increased. Hence in this new context, it is imperative that the Council of Europe step forward and create a new and updated document concerning children. The necessity for a European Charter of Child's Rights urges this. It should be treated in an equivalent manner as the European Convention on Human Rights, reflect the ECtHR case law, and offer the possibility for any person to access the European Court of Human Rights and present their claim, in case of any violation of its provisions.

⁽²²⁾ For further development about the evolution of the family concept see SILVA, Júlio Barbosa, "O Direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro)" in Revista do CEJ, I, 2015, pages 113 to 158.

Having said this, we consider that the proposed rule should be part of this new Charter, more specifically in the chapter concerning *Development rights*, since contacts with attachment figures are indispensable for the child's psychological and emotional growth and, most of all, for the child's happiness.

5.5. BIBLIOGRAPHY

- DETHLOFF, Nina and MARTINY, Dieter, *National Report: Germany*, European University, Frankfurt.
- HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, "Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003" in *Lex Familiae*, Year 3, no. 6, 2006.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; SINGER, Anna and SÖRGJERD, Caroline, *National Report: Sweden*, University of Uppsala.
- LUND-ANDERSEN, Ingrid and JEPPESEN DE BOER, Christina Gyldenløve, *National Report: Denmark*.
- MAĆZYŃSKI, Andrzej and MAĆZYŃSKA, Mgr Jadwiga, *National Report: Poland*, Human Rights Centre of the Jagiellonian University.
- MADEIRA, Laura Fernandes, "Direito das crianças à convivência com familiares" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, V. 8, no. 8.
- MARTINS, Rosa and VÍTOR, Paula Távora, "O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente" in *Revista Julgar*, no. 10, 2010.
- OLIVEIRA, Guilherme de and MARTINS, Rosa, *National Report: Portugal*.
- Parliamentary Assembly Documents 2002 Ordinary Session (First Part), Volume II (from the Parliamentary Assembly of the Council Europe)
- PINTENS, Walter and PIGNOLET, Dominique, *National Report: Belgium*, Catholic University Leuven.
- Practice guide for the application of the Brussels IIa Regulation from European Commission
- RESETAR, Branka and EMERY, Robert E., *Children's rights in European Legal Proceedings: Why are family practices so different from legal theories?*
- SILVA, Júlio Barbosa, "O Direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro)" in *Revista do CEJ*, I, 2015.

**CHILDREN IN POST-MODERN FAMILIES:
THE RIGHT OF CHILDREN TO HAVE CONTACT WITH
ATTACHMENT FIGURES**

Team Portugal I
Centro de Estudos Judiciários

Convention on Contact concerning Children

Article 3 – Contact between a child and persons other than his or her parents

5. Subject to his or her best interests, contact may be established between the child and persons other than his or her parents having family ties with the child.

6. States Parties are free to extend this provision to persons other than those mentioned in paragraph 5, and where so extended, States may freely decide what aspects of contact, as defined in Article 3 letter a shall apply.

European Commission on Human Rights

Article 8 – Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right, except where it is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety, the economic well-being of the country, for the prevention of crime, or for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Case Kopf and Elshoda vs. Austria

The right of contact should include:

- The child's views on the matter, taking into account his or her age and maturity.
- Any harm to the child or to the family, or to the child's physical, psychological or moral development.
- The interests of the child, taking into account his or her age and maturity, and the interests of the family, or to the child's physical, psychological or moral development.

The purposes of contact:

- Child's best interests
- Child's right to maintain relationships with his or her family and friends
- Child's right to maintain relationships with his or her family and friends
- Child's right to maintain relationships with his or her family and friends

The right of contact:

- Child's best interests
- Child's right to maintain relationships with his or her family and friends
- Child's right to maintain relationships with his or her family and friends
- Child's right to maintain relationships with his or her family and friends

Prezi

**CHILDREN IN POST-MODERN FAMILIES:
THE RIGHT OF CHILDREN TO HAVE CONTACT WITH
ATTACHMENT FIGURES**

Team Portugal I
Centro de Estudos Judiciários

Prezi

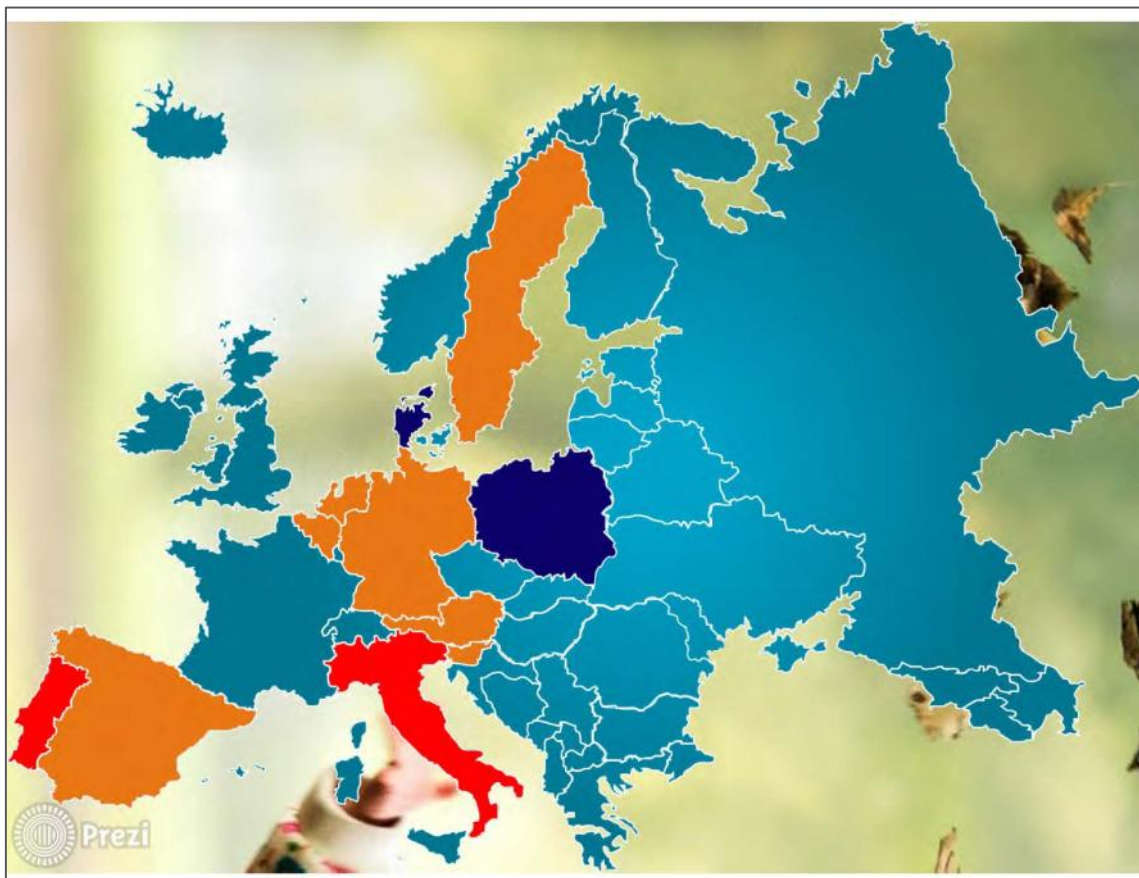




Convention on Contact concerning Children

Article 5 – Contact between a child and persons other than his or her parents

1. Subject to his or her best interests, contact may be established between the child and persons other than his or her parents having family ties with the child.
2. States Parties are free to extend this provision to persons other than those mentioned in paragraph 1, and where so extended, States may freely decide what aspects of contact, as defined in Article 2 letter a shall apply.



European Convention on Human Rights

Article 8 - Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Case Kopf and Liberda vs. Austria



A new and contemporary vision of the child

Children cannot be considered as property of their parents.

They are human beings and are holders of their own rights.

The child should be recognised as an individual and as a member of a family and community, with rights and responsibilities, appropriate to his or her age and stage of development.

One of the main categories of the child's rights pertains to the free development of his or her personality. In order to achieve it, the social interaction between human beings has a decisive role.



The right of contact shall include:

Convention on Contact concerning Children [article 2 (a)] and Brussels II bis [article 2 (10)]

The possibility of a child to stay with, or meeting a person, for a limited period of time, with whom he or she is not usually living.	Any form of communication between the child and such person, such as contact by telephone, Skype, social networks and	The provision of information to such a person about the child or to the child about such a person.
---	--	---

Prezi

The right of contact

Convention on Contact concerning Children [article 2 (a)]

The possibility of a child to stay with, or meeting a person, for a limited period of time, with whom he or she is not usually living.	Any form of communication between the child and such person, such as contact by telephone, Skype, social networks and e-mail.
---	--

Prezi

Convention on Contact concerning Children [article 2 (a)] and Brussels II bis [article 2 (10)]

possibility of a to stay with, or ing a person, limited period e, with whom or she is not ually living.	Any form of communication between the child and such person, such as contact by telephone, Skype, social networks and e-mail.	The pro informati a person child or to about per
---	--	---

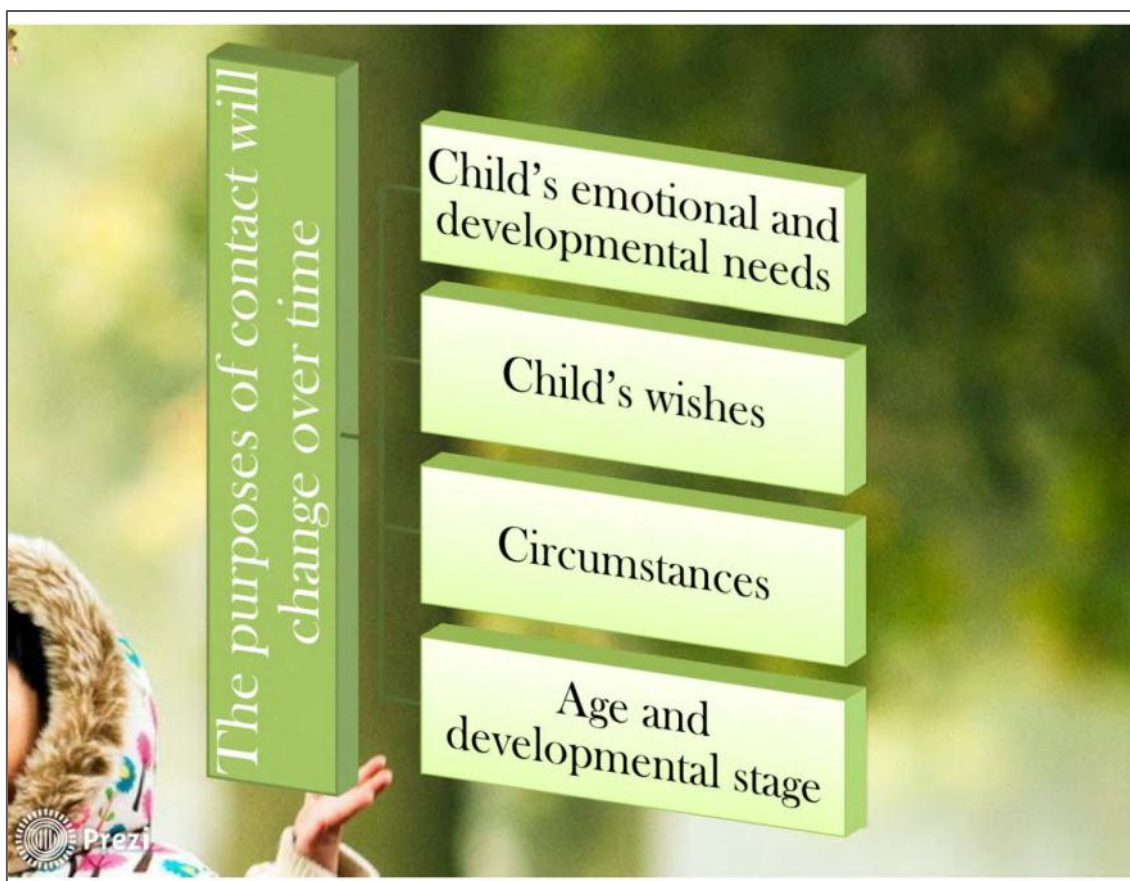
Prezi

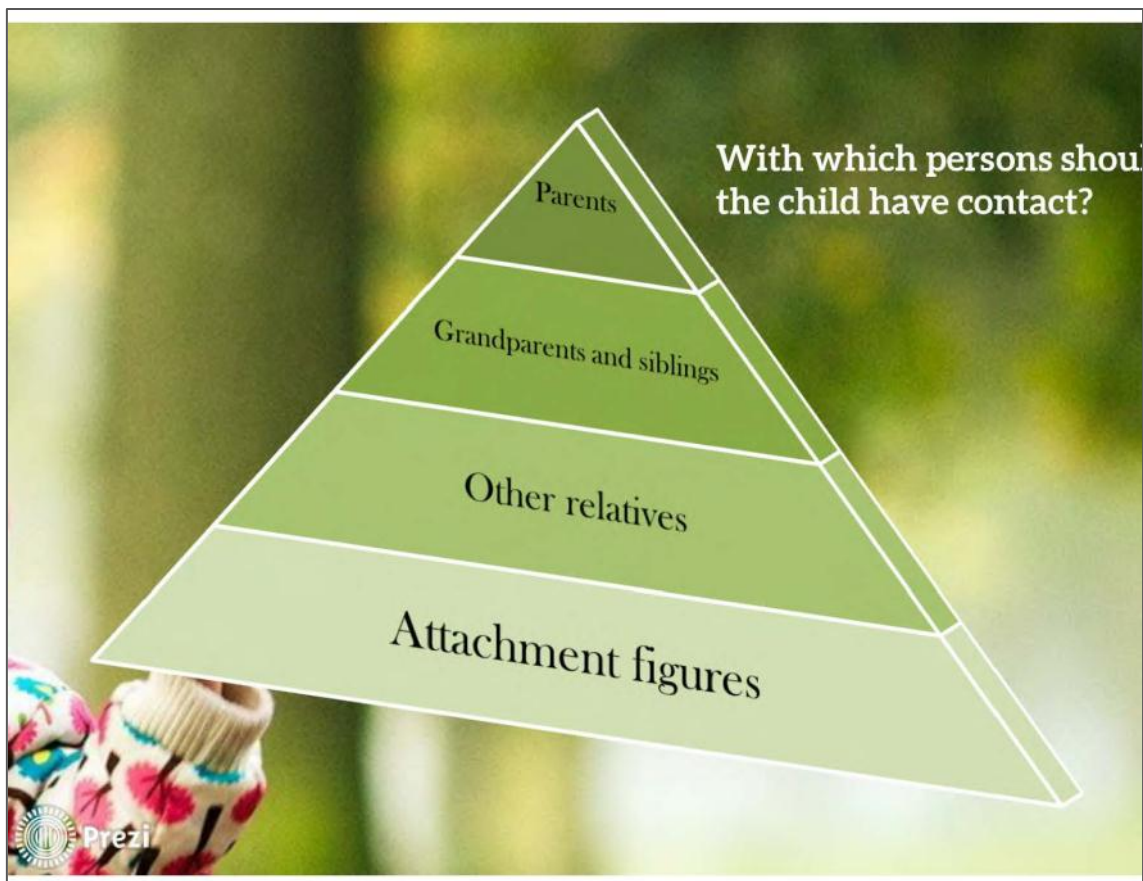
article 2 (a)] and Brussels II bis [article 2 (10)]

orm of nication the child a person, ontact by e, Skype, works and ail.	The provision of information to such a person about the child or to the child about such a person.
---	---

Prezi



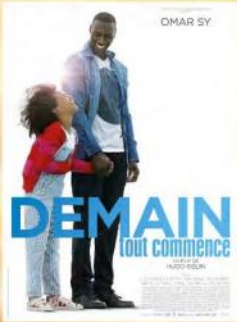




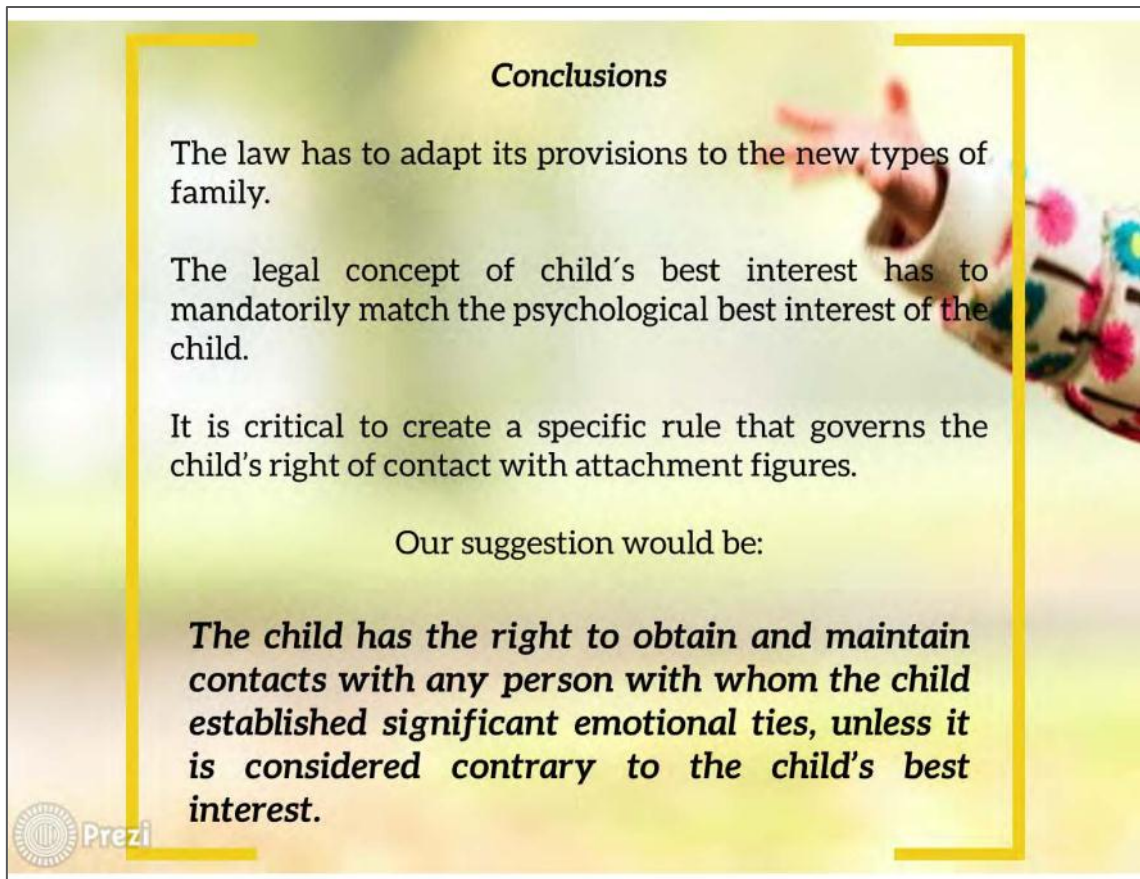
Who are the attachment figures?

All persons who have decisive importance and influence in the child's life, enriching the child's development and with whom the child established a significant affectionate relationship, with or without biological ties.

From the child's perspective, opinions and feelings, there is no difference whatsoever between having or not having a biological bond with these persons.




Prezi



Conclusions

The law has to adapt its provisions to the new types of family.

The legal concept of child's best interest has to mandatorily match the psychological best interest of the child.

It is critical to create a specific rule that governs the child's right of contact with attachment figures.

Our suggestion would be:

The child has the right to obtain and maintain contacts with any person with whom the child established significant emotional ties, unless it is considered contrary to the child's best interest.



European
Charter of Child's
Rights





C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.

**Audição da Criança nos
Acordos de Regulação
do Exercício das
Responsabilidades
Parentais Extra Judiciais**

Rui Amorim



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AUDIÇÃO DA CRIANÇA NOS ACORDOS DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS EXTRA JUDICIAIS

Rui Amorim*

6.1. Introdução
6.2. Questões
6.3. Conclusões
Vídeo da apresentação

6.1. Introdução

A audição da criança ou do jovem nos processos que lhe dizem respeito é uma decorrência do princípio fundamental do superior interesse da criança e é também uma imposição do direito internacional, que o direito interno tem vindo a acompanhar, designadamente o art.º 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, os art.ºs 3.º e 6.º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, o art.º 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os art.ºs 41.º e 42.º do Regulamento Bruxelas II bis (n.º 2201/2003), este último com maior relevância prática na temática que agora nos ocupa ao excecionar do reconhecimento e executoriedade as decisões relativas a processos em que tal audição não tenha sido assegurada.

A concretização deste direito à participação ativa da criança tinha já expressão em diversas normas do direito interno, tendo a Lei n.º 5/2017, de 2/3, alargado a sua aplicação às situações desprovidas de conflito, designadamente aos acordos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais homologadas pelo Conservador do Registo Civil.

Concretamente, diz-se no n.º 4 do art.º 274.º-B do Código do Registo Civil que o Ministério Público “*promove a audição do menor para recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos art.ºs 4.º e 5.º do RGPTC*”.

6.2. Questões

As principais questões que se colocam relativamente a este assunto e que procurarei abordar são as seguintes:

- a) Saber se o legislador pretendeu que coexistissem dois regimes diferenciados, um para os Divórcios e outro para as Regulações;
- b) Saber quem deve ouvir as crianças;
- c) Saber como se ouvem as crianças;

* Procurador da República – Comarca de Braga – Juízo de Família e Menores de Barcelos.

d) Saber que crianças devem ser ouvidas;

e) E, por fim, fazer o balanço destes 9 meses de vigência da lei.

Devo dizer que para preparar esta intervenção falei com vários Colegas de diversas comarcas para avaliar a forma como têm vindo a resolver estas questões e ouvi as mais díspares soluções, sinal que o legislador foi pouco claro na formulação de alguns normativos.

a) Coexistência de dois regimes?

A primeira questão que pode suscitar-se é a de saber se o regime de audição da criança agora previsto no n.º 4 do art.º 274.º B, do Código do Registo Civil, também se aplica aos divórcios por mútuo consentimento.

Alguns Colegas com quem falei defendem a coexistência de dois regimes distintos nesta matéria: um para os Divórcios por Mútuo Consentimento, regulado pelo Decreto-Lei n.º 272/2001 e que não contempla a obrigatoriedade de audição das crianças e o outro para as Regulações do Exercício das Responsabilidades Parentais que corram termos nas Conservatórias, regulado pelo Código do Registo Civil e que prevê expressamente a obrigatoriedade de audição das crianças.

Entendo que não podemos fazer semelhante distinção numa temática estrutural e tão sensível.

É verdade que atualmente coexistem dois sistemas que, em certas matérias, demandam soluções diferenciadas. Por exemplo, a competência para emitir parecer nos acordos de Divórcio pertence ao Ministério Público junto do Tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertence a Conservatória do Registo Civil (art.º 14.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 272/2001), enquanto nos acordos de Regulação a competência pertence ao Ministério Público junto do Tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição da residência do menor (n.º 4 do art.º 274.º A do Código do Registo Civil).

Trata-se nas duas situações de regular o exercício das responsabilidades parentais e, portanto, teria sido mais prudente da parte do legislador manter intocável o Código do Registo Civil e alterar simplesmente o Decreto-Lei n.º 272/2001.

Diga-se que a opção pela circunscrição da residência do menor faz todo o sentido, na perspetiva da pendência de um processo de promoção e proteção, com vista à harmonização de decisões, nos termos do art.º 27.º do RGPTC. O que já nos parece desadequada é a manutenção da regra de competência do art.º 14.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 272/2001.

Repare-se que os pais têm a possibilidade de escolher a Conservatória que bem entendam para se divorciarem (art.º 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei 272/2001) porém, tal opção condicionará

a competência do Ministério Público, com todas as consequências daí advindas. Os pais poderão até escolher uma Conservatória afastada do Tribunal ou da Comissão de Proteção onde sabem que pende um processo protetivo a favor do filho, exatamente para ocultarem tal processo ao Ministério Público que vier a ser chamado a pronunciar-se sobre o acordo de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais.

Apesar desta diferenciação em matéria de competência, não creio que devam ser estabelecidos procedimentos distintos em matéria de audição das crianças. O interesse do menor em pronunciar-se sobre as questões que lhe digam respeito constitui um dos princípios orientadores da intervenção tutelar cível e tanto se justifica se o processo for de Divórcio, como de Regulação. Seria, aliás, uma flagrante violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no art.º 13.º da nossa Lei Fundamental diferenciar o tratamento das crianças cujos pais estivessem unidos pelo vínculo do matrimónio relativamente às demais.

b) Quem ouve a criança?

A segunda questão tem a ver com a entidade que deve presidir à audição da criança.

A esmagadora maioria dos Colegas com quem falei entende que a diligência deverá ser presidida pelo Magistrado do Ministério Público, mas alguns defendem que tal incumbência pertence ao Conservador do Registo Civil ou mesmo ao Juiz.

Convenhamos, a expressão “*o Ministério Público promove a audição do menor*” não é a mais feliz e presta-se a equívocos.

Promover é um verbo transitivo com o significado de «fomentar», «originar», «motivar». Na linguagem jurídica significa «requerer», «propor», traduzindo sempre a ideia de «fazer com que se execute, que se ponha em prática alguma coisa».

Neste sentido, defendem alguns que se o legislador pretendesse que o Ministério Público presidisse a tal diligência teria dito expressamente «o Ministério Público procede à audição do menor», sendo que não se podem retirar argumentos da analogia com a redação do art.º 5.º, n.º 2, do RGPTC, onde se estabelece que «*o juiz promove a audição da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito*».

Uma interpretação rigorosa deste normativo apenas nos pode levar à conclusão de que o juiz pode incumbir outros intervenientes processuais de ouvirem a criança, nomeadamente os peritos e os técnicos das EMAT, podendo também o próprio juiz proceder a tal audição, então já em «*diligência especialmente agendada para o efeito*».

Ora, defendem com pertinência esses Colegas, que o Ministério Público não pode atrever-se a replicar esse procedimento, já que não tem nestes processos a posição de Decisor. Quem preside e quem profere “sentença” homologatória, depois de produzir prova e a apreciar, é o Conservador do Registo Civil e não o Ministério Público.

Embora reconheça que a terminologia usada pelo legislador não foi a mais adequada, entendo que daqui não pode retirar-se, como alguns pretendem, que... todos têm competência para ouvir as crianças, menos o Ministério Público. Bem pelo contrário.

Quanto ao Juiz, não parece que a lei comporte semelhante possibilidade. A remissão para os art.ºs 4.º e 5.º do RGPTC apenas se destina à definição das regras da audição e não à atribuição da competência para a realização da diligência.

Por outro lado, não teria lógica fazer intervir nesta fase processual uma entidade com poderes decisórios e que, aliás, poderá mesmo ser chamada a decidir numa fase subsequente do processo, por força do art.º 274.º C do Código do Registo Civil.

Quanto ao Conservador, tal opção esbarraria, desde logo, numa questão prática: não creio que o Ministério Público pudesse obrigar o Conservador ao cumprimento de tal diligência.

Realizámos recentemente uma reunião com todos os Conservadores do Registo Civil da comarca de Braga e, curiosamente, esta foi a única questão em que não foi possível obter consenso. Ao que parece, os Srs. Conservadores terão mesmo recebido instruções do Instituto dos Registos e do Notariado para se oporem às recomendações/determinações do Ministério Público com vista à audição das crianças.

Considero, pois, que o legislador pretendeu atribuir ao Ministério Público a competência para a audição das crianças nos processos desprovidos de litígio que correm termos nas Conservatórias do Registo Civil.

Mas reconheço que tal conclusão está longe de ser pacífica.

Desde logo, a única diligência que o legislador prevê que o Ministério Público execute é a *“convocação dos progenitores a fim de suprirem as falhas identificadas nos acordos”* (n.º 2 do art.º 274.º B do Código do Registo Civil).

Isto porque não é suposto que o Ministério Público proceda a diligências, mas apenas que emita parecer sobre a bondade do acordo na perspetiva do interesse das crianças. A entidade decisória é o Conservador do Registo Civil e, ele sim, está legitimado à prática de atos e à produção da prova que se lhe afigure necessária (n.º 3 do art.º 274.º A do Código do Registo Civil).

Por outro lado, enquanto o Conservador tem todo o tempo do mundo para decidir, o Ministério Público está limitado ao prazo de 30 dias para emitir parecer. Neste curto período onde é que se “encaixa” a audição da criança?

E se o Conservador, por sua iniciativa, decidir ouvir a criança, deverá o Ministério Público repetir tal diligência? Não constituirá tal duplicação uma clara violação dos princípios da privacidade e da intervenção mínima previstos no art.º 4.º da Lei de Proteção de Crianças e

Jovens em Perigo, aplicável aos processos tutelares cíveis por força do art.º 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível?

Poderá até ocorrer que o processo tenha que ser remetido ao Tribunal, em virtude de os progenitores não se conformarem com as alterações propostas pelo Ministério Público, e o juiz decida também ouvir a criança, ao abrigo do n.º 3 do art.º 274.º C do Código do Registo Civil.

E teríamos uma criança a ser ouvida três vezes, em períodos distintos, em diferentes locais e por entidades diversificadas. Tudo isto num processo desprovido de litígio!

Aliás, será de questionar um sistema que deixa nas mãos do Conservador do Registo Civil a capacidade decisória sobre as questões relacionadas com a Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nas situações desprovidas de litígio.

Não é o Ministério Público a entidade estatutariamente vocacionada para a defesa dos interesses das crianças? Indubitavelmente que sim, tanto assim é que o parecer do Ministério Público é vinculativo para o Conservador. Se assim é, não faria mais sentido atribuir ao Ministério Público a competência para apreciar e homologar os acordos de Regulação, tanto mais que já é chamado a decidir sobre questões patrimoniais por vezes bem complexas, no âmbito dos processos de autorização para a prática de ato e suprimento do consentimento?

c) Como se ouve a criança?

Terceira questão: como se ouve a criança?

Não abordarei o tema sob o ponto de vista académico. Profissionais de outras áreas estarão bem mais habilitados a pronunciar-se sobre esta matéria. Pretendo apenas analisar a questão na vertente procedimental.

Os Colegas com quem falei adotam três posições distintas. Uns não reduzem a escrito as declarações da criança; outros reduzem-nas a escrito mas conservam o auto e finalmente a maioria reduz a escrito as declarações e remete-as à Conservatória do Registo Civil, juntamente com o parecer.

Tenho optado por esta terceira via, mas sem grandes certezas.

Esta questão entronca no princípio da confidencialidade do depoimento que levaria a que as declarações das crianças não fossem reduzidas a escrito ou, pelo menos, fossem mantidas no Tribunal, evitando-se repercussões negativas nas relações com os pais, ao tomarem conhecimento das declarações dos filhos.

Por exemplo, no sistema alemão a audição é realizada pelo juiz mas todos os dados recolhidos têm carácter secreto, com o intuito de preservar a relação de confiança estabelecida com a criança.

Acontece que não foi este o sistema adotado pelo nosso legislador que optou pelo registo áudio ou audiovisual, apenas permitindo a utilização de outros meios técnicos quando aqueles não existam (art.º 5.º, n.º 7, al. c), do RGPTC).

Como, por regra, os registos áudio e audiovisual não se encontram disponíveis no Ministério Público, a maioria dos Colegas opta pela redução a escrito do depoimento.

Também constatei que alguns Magistrados autorizam que os pais das crianças assistam à audição e outros não.

Entendo que, preferencialmente, a audição não deve ser acompanhada por nenhum dos progenitores, para permitir uma maior espontaneidade. No entanto, em obediência ao art.º 4.º, n.º 1, al. c), do RGPTC, se a criança nisso manifestar interesse, a sua pretensão deverá ser autorizada e só pode ser inviabilizada por despacho devidamente fundamentado.

Finalmente, nenhum dos Colegas com quem falei recorreu ao acompanhamento especializado previsto no art.º 5.º, n.º 7, al. a), do RGPTC. A este propósito, não deixarei de realçar, uma vez mais, a desadequada utilização pelo legislador do verbo “dever”, dando a entender que tal acompanhamento é obrigatório, o que não parece defensável. Aliás, questiono se esses “técnicos especialmente habilitados” também estão disponíveis para o Ministério Público.

d) Que crianças devem ser ouvidas?

Quarta questão: que crianças devem ser ouvidas?

O legislador da Lei n.º 5/2017 não define a partir de que idade deve o Ministério Público promover a audição das crianças, limitando-se a remeter para os princípios gerais do RGPTC.

O art.º 4.º, n.º 1, al. c), do Regime Geral não baliza a idade das crianças, limitando-se a referir que deve ser ouvida *“a criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade”*. No entanto, da conjugação de vários normativos, resulta a idade de 12 anos como sendo aquela a partir da qual a audição se torna obrigatória.

Desde logo, o art.º 35.º, n.º 3, do RGPTC obriga à audição da criança com idade superior a 12 anos nas conferências de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais.

12 anos é também a idade em que a vontade das crianças começa a ter peso no sistema protetivo, quer para, querendo, se oporem à intervenção das Comissões de Proteção (art.º 10.º da Lei de Proteção), quer para darem aval às medidas preconizadas pelo Tribunal (art.º 112.º da mesma Lei).

E é também essa a idade mínima legitimadora da intervenção tutelar educativa, como é sabido (art.º 1.º da Lei Tutelar Educativa).

Portanto, tenderia a concluir que a partir da entrada em vigor da Lei n.º 5/2017 a audição da criança com mais de 12 anos passou a ser obrigatória nos processos da competência do Conservador do Registo Civil.

Mas tal não significa que não se possam ou não se devam ouvir crianças com idade inferior. Tudo dependerá do seu grau de maturidade para a compreensão dos assuntos em discussão. A maturidade não pode ser diretamente apontada a determinada idade. Existem diferentes formas e estádios de desenvolvimento, físico e cognitivo, que influenciam, em cada momento, a capacidade da criança para compreender o que a rodeia.

A questão que se coloca é a de saber se a assessoria técnica que auxilia o juiz na aferição dessa capacidade de compreensão das crianças (art.º 4.º, n.º 2, do RGPTC) está também ao serviço do Ministério Público.

Em novembro de 2016 participei num Congresso sob a égide do Concelho da Europa cujo tema era exatamente esse, sendo que as conclusões daí retiradas apontavam exatamente para a ausência de formação técnica dos Magistrados que os impedia de avaliarem o grau de maturidade e níveis de compreensão das crianças e para a necessidade de os Estados Membros passarem a adotar “guidelines” comuns nesta matéria.

Pergunta-se, então, em que situações deverão ser ouvidas crianças com idade inferior a 12 anos? Responderei: sempre que o acordo se revele problemático ou desajustado à idade das crianças, por exemplo, em situações de residência alternada.

E não me interpretem mal. Nada tenho contra a residência alternada, bem pelo contrário. O que acontece é que o êxito de tal regime depende da verificação de vários requisitos que têm necessariamente de ser sindicados pelo Ministério Público: existência de uma convivência pacífica entre os progenitores; identidade de estilos de vida e de valores; sintonia quanto às orientações educativas mais relevantes; se os menores mantêm uma relação afetiva sólida com ambos os pais; se as residências são próximas uma da outra e se as duas são próximas da escola dos filhos; se é esse o regime que, na prática, vem sendo seguido e desde quando; se é essa a vontade dos próprios filhos, etc.

Por outro lado, parece-nos que se justifica a audição de crianças quando estamos perante fratrias em que algum dos irmãos tem mais de 12 anos. Se o Ministério Público ouvir o irmão mais velho faz sentido ouvir também os irmãos com menos de 12 anos.

Também será importante ouvir as crianças em situações de separação de fratrias.

e) Balanço de 9 meses de vigência da lei.

Por último, impõe-se fazer o balanço destes 9 meses de vigência da lei.

Ao longo deste tempo já ouvi várias dezenas de menores e devo dizer que não houve um único caso em que a minha opinião sobre a bondade do acordo ou a falta dela tivesse sido alterada por causa de tal audição.

Claro que daí não poderá concluir-se sem mais que as audições foram inúteis. A conclusão a extrair pode ser outra, a de que, nesses casos, o parecer do Ministério Público foi emitido de modo bem mais consciencioso do que se a audição não tivesse acontecido.

Mas a pergunta permanece: será que valeu a pena, ponderando os incómodos que necessariamente tais audições implicam? É que, sejamos realistas, a audição tem custos para as crianças: aulas perdidas, ansiedade, noites mal dormidas, desgaste, gastos em deslocação. Nem toda a gente mora ao lado do Tribunal. Na comarca de Braga, por exemplo, há cidadãos que residem a 50 km do Tribunal de Família e Menores. E nem toda a gente tem viatura própria.

E há ainda o problema da competência territorial decorrente do art.º 14.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 272/2001. O agregado poderá residir no Algarve e terem requerido o Divórcio em Barcelos. De que forma deverá ser feita a audição? Seguramente que não podemos convocar a criança para vir a Barcelos. Por videoconferência? Perde-se a espontaneidade! Por deprecada? Perde-se a imediação! E se a criança residir no estrangeiro, como tantas vezes acontece?

Deixem-me contar-lhes alguns casos que me passaram pelas mãos.

Lembro-me de um menor cuja mãe veio pedir para o filho não ser ouvido porque andava numa enorme ansiedade, não comia, nem dormia. Evidentemente que não o ouvi. O interesse do menor traduz-se também no respeito pela sua vontade de não querer ser ouvido.

Recordo um outro caso de um menor cujos pais vieram ao Tribunal em pânico pedir para o filho não ser ouvido porque ele ainda não sabia que os pais iam divorciar-se. Estavam ainda a viver na mesma casa e seria traumático para a criança ficar a saber da separação dos pais por um estranho.

Recordo ainda um outro caso de residência alternada em que ouvi dois menores, de 11 e 14 anos de idade, para avaliar da adequação do regime. Para meu espanto (ou talvez não) disseram-me que tinham sido eles a impor tal regime que os pais, aliás, nem sabiam ser legalmente admissível.

Em suma, não comungo da posição generalista de que todas as crianças têm que ser ouvidas. No meu modesto entendimento, a audição da criança não constitui uma necessidade imperiosa e obrigatória em processos desprovidos de litigiosidade.

Concretamente nos acordos extrajudiciais poderá justificar-se a audição das crianças mas apenas na estrita tentativa de dissipação das dúvidas que possam subsistir no espírito do Magistrado do Ministério Público sobre a bondade do acordo, na perspetiva do interesse dos menores.

Pergunto, aliás, se algum magistrado do Ministério Público ouve as crianças antes de requerer a homologação de um acordo extrajudicial, nos termos do art.º 42.º, n.ºs 2 e 3, do RGPTC e se o Juiz, nesses processos, também o faz antes de decidir.

A agravar as incertezas nesta matéria, temos um edifício legislativo pouco claro e, por vezes, contraditório.

Por exemplo, enquanto o art.º 35.º, n.º 3, do RGPTC obriga à audição das crianças maiores de 12 anos pelo Tribunal nas conferências de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, o art.º 1901.º, n.º 3, do Código Civil, refere expressamente que tal audição só deverá ocorrer se a tentativa de conciliação se gorar.

Concluindo, tenho as maiores reservas relativamente à obrigatoriedade de audição das crianças nos processos desprovidos de litígio. Como em tudo na vida, nem sempre, nem nunca. Tendencialmente, devem ser ouvidas mas... sem generalização.

6.3. Conclusões

Terminaria dizendo que subscrevo na íntegra as 5 conclusões do III Encontro de Magistrados do Ministério Público da Jurisdição de Família e Menores do Distrito Judicial do Porto sobre esta matéria, que foram vertidas na Recomendação n.º 2/2015, da Exma. Procuradora-Geral Distrital do Porto e que aqui recorro.

1ª) – A audição e participação da criança constitui um dos princípios orientadores da intervenção em sede tutelar cível;

2ª) – Tal princípio deverá, todavia, ser temperado com os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade, no sentido de que a audição serve o propósito de melhor definir o quadro vivencial que permitirá que a criança cresça e se desenvolva em condições de harmonia e segurança, devendo, por isso, ser observada se e na medida em que se revele útil e vantajosa para ela;

3ª) – Em processo judicial é tendencialmente obrigatória a audição das crianças com idade igual ou superior a 12 anos ou, não os tendo, sempre que revelem maturidade e discernimento suficientes para o efeito, a menos que decorra dos elementos existentes no processo que a sua audição possa revelar-se prejudicial ou inútil;

4ª) – No domínio dos acordos extrajudiciais o Ministério Público deve proceder à audição das crianças sempre que tal seja possível, a sua idade e maturidade o aconselhem e as concretas circunstâncias do caso levantem dúvidas sobre a bondade do acordo, na perspetiva do seu superior interesse;

5ª) – A decisão de não proceder à audição da criança deve ser fundamentada com as razões de facto e de direito que a justificam e ficar processualmente documentada.

Vídeo da apresentação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2rit2k2yk8/flash.html>

7.

**O acompanhamento
técnico no “novo”
Regime Geral do Processo
Tutelar Cível**

Lucília Gago



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O ACOMPANHAMENTO TÉCNICO NO “NOVO” REGIME GERAL DO PROCESSO TUTELAR CÍVEL¹**Lucília Gago*****7.1. A consagração do direito de audição da criança – o caminho percorrido e a percorrer****7.1.1. Os mais relevantes instrumentos internacionais****7.1.2. A lei interna nacional: o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, a audição da criança e o seu acompanhamento técnico****7.2. O princípio da consensualização consagrado no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RGPTC – o recurso obrigatório à audição técnica especializada ou à mediação**

Vídeo da apresentação

Sumário

- A audição da criança e os mais relevantes instrumentos internacionais – o caminho percorrido e a percorrer;
- A audição da criança no ordenamento jurídico nacional e o seu *acompanhamento técnico*;
 - ✓ A intervenção da *equipa multidisciplinar de assessoria técnica* e a figura do gestor de processo;
- Outras novidades:
 - O recurso obrigatório à audição técnica especializada ou à mediação;
 - A assessoria técnica especializada externa;
 - As equipas específicas com a composição e competências previstas na lei a que alude o artigo 59.º da Lei de Promoção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.

7.1. A consagração do direito de audição da criança – o caminho percorrido e a percorrer**7.1.1. Os mais relevantes instrumentos internacionais**

O direito da criança à sua audição e a que lhe seja garantida a participação nos assuntos que directamente lhe dizem respeito vem assumindo, particularmente nas últimas duas décadas, um crescente reconhecimento, quer nos instrumentos internacionais que vinculam o Estado português, quer na legislação interna, mormente no conjunto de diplomas legislativos publicados em 2015 e do qual faz parte o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

Também diversos instrumentos internacionais não vinculativos vêm assinalando a necessidade de ser respeitado o princípio da audição e participação da criança, acentuando o seu direito a formar opinião e a exprimir tal opinião, de modo a poder efectivamente influenciar as decisões que, directa ou indirectamente, a possam atingir, sendo de salientar os seguintes:

* Procuradora-Geral da República (desde 12 de outubro de 2018) e ex-Docente do CEJ.

¹ O presente texto segue de perto a intervenção feita pela signatária, no dia 18 de Dezembro de 2015, em acção de formação contínua promovida pelo Centro de Estudos Judiciários.

- *Directrizes do referido Comité de Ministros de 17 de Novembro de 2010*², sobre a justiça child friendly;
- *Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 28 de Março de 2012*³, sobre as condições que os Estados devem assegurar às crianças e jovens para a formação das suas próprias opiniões e para influenciar as decisões que os afectam;
- *Recomendações da Comissão Europeia, de 20 de Fevereiro de 2013 “Investir nas crianças para quebrar o ciclo vicioso da desigualdade”* (2013/112/UE)⁴;
- *Estratégia do Conselho da Europa sobre os Direitos da Criança (2016-2021)*⁵, na qual foi elegida como uma das áreas prioritárias a da audição e participação das crianças nas decisões que as afectam, tanto enquanto indivíduos, como enquanto grupo.

Tendo presentes os instrumentos internacionais que vinculam o Estado português, é hoje reconhecido à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, a qual deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade, sendo-lhe assegurada a oportunidade de ser ouvida nos **processos judiciais e administrativos** que a envolvam, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado⁶, sendo que tal consulta pessoal deve ocorrer, se necessário em privado e numa forma adequada à sua capacidade de discernimento⁷.

Estatui-se, com efeito, no **artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**⁸ (sublinhados nossos):

*1 – 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.*

*2 – Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser **ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem**, seja **directamente**, seja **através de representante ou de organismo adequado**, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.*

(Sobre o direito do menor a ser ouvido, cfr. o [Comentário Geral n.º 12 \(2009\) ao artigo 12.º da Convenção dos Direitos das Crianças da ONU](#), sobre 'O Direito das Crianças a Serem Ouvidas'),

² Disponível em:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3> (versão portuguesa disponível em <https://rm.coe.int/16806a45f2>).

³ Rec (2012)2, de 28 de Março, disponível em <https://rm.coe.int/168046c478>.

⁴ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0112&from=FR>.

⁵ Disponível em <file:///C:/Users/Lucilia.gago/Downloads/i007059.pdf>.

⁶ Cfr. artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Com relevo na matéria, cfr. também o artigo 3.º da Convenção sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adoptada em Estrasburgo em 25 de Janeiro de 1996 e em vigor, no que a Portugal respeita, desde 1 de Julho de 2014.

⁷ Cfr. o artigo 6.º da citada Convenção sobre o Exercício dos Direitos das Crianças.

⁸ Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989 e ratificada por Portugal em 21.09.1990, disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/1990/09/21101/00020020.pdf>.

E prescrevem os **artigos 3.º e 6.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança**⁹, respectivamente, o seguinte (sublinhados nossos):

CAPÍTULO II

Medidas processuais para promover o exercício dos direitos das crianças

A - Direitos processuais de uma criança

Artigo 3.º

Direito de ser informada e de exprimir a sua opinião no âmbito dos processos

*À criança que à luz do direito interno se considere ter **discernimento suficiente** deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar:*

- a) Obter todas as informações relevantes;*
- b) Ser consultada e **exprimir a sua opinião**;*
- c) Ser informada sobre as **possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião**, bem como sobre as **possíveis consequências de qualquer decisão**.*

B - O Papel das autoridades judiciais

Artigo 6.º

O processo de tomada de decisão

Nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá:

- a) Verificar se dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e, se necessário, obter mais informações, nomeadamente junto dos titulares de responsabilidades parentais;*
- b) Caso à luz do direito interno se considere que a criança tem **discernimento suficiente**:*
 - Assegurar que a criança recebeu toda a **informação relevante**;*
 - **Consultar pessoalmente a criança** nos casos apropriados, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança;*
 - **Permitir que a criança exprima a sua opinião**;*
- c) Ter devidamente **em conta as opiniões expressas** pela criança.*

De mencionar é também:

- **O artigo 13.º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 25/11/1980, relativamente à **faculdade (conferida à autoridade judicial ou administrativa) de recusa em determinar o regresso da criança quando esta a ele se opõe**, tendo idade e grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto;**

⁹ Adoptada em Estrasburgo em 25.01.1996, aprovada por Resolução da AR n.º 7/2014, de 27 de Janeiro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de Janeiro, aprovação e ratificação publicadas no DR, 1.ª Série, n.º 18 de 27.01.2014 (**em vigor em Portugal desde 1 de Julho de 2014**, conforme Aviso n.º 50/2014, publicado no DR, 1.ª Série, n.º 79, de 23.04.2014) e disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2045&tabela=leis.

- O artigo 23.º, n.º 2, al. b), da Convenção da Haia de 1996 sobre a **faculdade de recusa**, no contexto de um procedimento judicial ou administrativo, **de reconhecimento de decisão proferida por autoridade de Estado-contratante, se à criança não tiver sido dada oportunidade de ser ouvida**, excepto em caso de urgência;
- Os artigos 23.º, al. b), 11.º, n.º 2 e 42.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas II Bis – REG (CE) n.º 2201/03 do Conselho, de 27.11.2003 – sobre o motivo de **não reconhecimento de decisão em matéria de responsabilidades parentais** consistente em **não ter sido dada à criança qualquer oportunidade de ser ouvida** e sobre a **susceptibilidade de recusa em ordenar o regresso daquela com fundamento na sua oposição**, desde que com idade e maturidade para que tal opinião possa ser tomada em consideração.

A alteração do paradigma traduziu-se fundamentalmente em que a criança deixou de ser meramente “atingida” por decisões que a afectam para dever, desde que a sua idade e capacidade de discernimento o permitam, estar envolvida no processo decisório, assumindo o papel de actor e não o de mero espectador, o que pressupõe que deva para tanto ser informada dos específicos contornos da situação em discussão, bem como das consequências que ocorrerão em função das hipóteses de solução configuráveis no caso em apreciação, sendo chamada a emitir a sua opinião, da forma o mais livre e esclarecida possível.

O direito de audição e participação surge, nesse sentido, como um instrumento de concretização do princípio do superior interesse da criança, na consideração de que, na decisão a proferir, o tribunal deve estar munido da informação relevante disponível a qual compreende a visão que a própria criança, beneficiária da decisão, tem sobre o assunto em apreciação, sempre tendo presente que o seu superior interesse deverá, acima de todos os demais, ser prosseguido.

A audição da criança com discernimento suficiente constitui hoje em Portugal incontornavelmente uma diligência de realização vinculada em **todos os processos** que lhe respeitem e é com essa certeza que devemos encarar, de um lado, a **implementação de condições aptas** a que a mesma possa ter lugar adequadamente e no estrito cumprimento da lei e, de outro, as consequências pessoais e legais decorrentes da absoluta **postergação** desse seu direito¹⁰ ou da sua **imperfeita concretização**.

¹⁰ Cfr., designadamente, os preceitos das Convenções da Haia de 1980 e de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis que adiante seguem enunciados e a que acima já se fez alusão:

- Artigo 13.º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 25/11/1980 sobre a faculdade de recusa em determinar o regresso da criança quando esta a ele se opõe, tendo idade e grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões;

- Artigo 23.º, n.º 2, al. b), da Convenção da Haia de 1996 sobre a faculdade de recusa de reconhecimento de decisão proferida por autoridade de Estado-contratante, se à criança não tiver sido dada oportunidade de ser ouvida;

- Artigos 23.º, al. b), 11.º, n.º 2 e 42.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas II bis (REG CE n.º 2201/03 do Conselho, de 27.11.2003) sobre o motivo de não reconhecimento de decisão em matéria de responsabilidades parentais consistente em não ter sido dada à criança qualquer oportunidade de ser ouvida e sobre a susceptibilidade de recusa em ordenar o regresso daquela com fundamento na sua oposição, desde que com idade e maturidade para que tal opinião possa ser tomada em consideração.

Da leitura das duas Convenções acima mencionadas sobressaem, como pontos mais relevantes, a cuja observância o Estado português se encontra vinculado¹¹, os seguintes:

- É pressuposto necessário da audição da criança a existência de discernimento suficiente;
- A audição da criança constitui uma diligência de realização vinculada em todos os processos que lhe digam respeito;
- Para tanto, impõe-se a existência de uma consulta pessoal, se necessário em privado, podendo ser tal consulta directa ou indirecta, sendo esta através de outras pessoas ou entidades.

Se atentarmos na exaustiva regulação, no direito interno nacional, do direito de audição da criança, concluiremos que, num ápice, se passou pura e simplesmente da não consagração desse direito – por vezes, associada a uma evidente relutância em promover o envolvimento da criança em assuntos de adultos e nos conflitos para os quais em nada havia contribuído, salvo com a sua própria existência – à previsão detalhada da forma de lhe dar efectividade.

Tal não significa, porém, que a esta previsão tenha correspondido uma efectiva e imediata concretização das condições adequadas ao exercício do direito de audição e participação das crianças, conhecido que é o generalizado atraso, por vezes significativo, que a concreta implementação das reformas operadas conhece, nos mais diversos domínios.

No que se refere à materialização das condições aptas a que a audição possa ter lugar adequadamente, no respeito pela lei, sabemos de iniciativas isoladas que vêm sendo adoptadas, na sequência da publicação e entrada em vigor da Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (cfr. artigos 4.º, n.ºs 1, al. c), e 2 e 5.º que regem em matéria de audição da criança), no sentido de dotar alguns Juízos de Família e Menores¹² de espaços – ou de espaços mais adequados – à realização da diligência de audição da criança, ou seja, em que não se detecte a existência de quaisquer elementos que possam ser tidos como hostis, intimidatórios, inadequados à idade ou propiciadores de fantasia ou efabulação nas narrativas.

Sem desmerecimento relativamente a essas iniciativas, certo é que o assunto reclama uma **concepção global** contemplando todo o território nacional, afinada e assumida à luz do correspondente *know how*, abrangendo espaços físicos em que possa vir a ter lugar esse tipo de diligência (situados nas instalações do tribunal mas também fora delas, designadamente em vista da audição da criança nos processos que correm termos nas Comissões de Protecção de Crianças e Jovens), mediante a criteriosa definição dos elementos cuja inclusão possa ser

¹¹ Com efeito, nos termos do **artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa**, “As normas constantes das convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas **vigoram na ordem interna** após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português”.

¹² O mesmo vem ocorrendo, aliás, com a criação de espaços ou salas para a respectiva tomada de declarações, em áreas afectas aos serviços do Ministério Público ou em instalações das CPCJ, idêntico movimento ocorrendo em esquadras ou departamentos das polícias, mormente da Polícia Judiciária.

considerada contraindicada por susceptível de se constituir em factor de perturbação do respectivo depoimento.

Urge não perder de vista esta necessidade e considerá-la verdadeiramente **prioritária**.

Do mesmo modo, só a generalizada e cabal capacitação de técnicos e magistrados, alcançada também por apelo a plúrimos domínios de saber não jurídico, pode conferir plena concretização ao direito de audição e participação da criança, sem que se ceda à omnipresente tentação de simplesmente “dar um jeito” ou “ter jeito para”, em matérias de uma tão grande sensibilidade e que, por isso, reclamam redobrados cuidados cuja inobservância é susceptível de acarretar consequências extremamente gravosas e irreversíveis.

É tempo de ser entendida, em toda a plenitude, a relevância de que se reveste a **concretização** da audição da criança e interiorizada a danosidade associada a uma abordagem de assuntos que lhe digam respeito, de modo desconforme ao seu superior interesse.

Temo que, centrados no cumprimento do dever legal de proceder à audição da criança, tendamos a desvalorizar o modo de a levar a efeito, por desconhecimento ou falta de **consciencialização do rigor e da técnica que lhe devem estar associados** e da relevância das características do **espaço físico** onde tem lugar.

Temo que não nos estejamos a compenetrar inteiramente da necessidade de assegurar que da audição da criança não decorram **consequências perversas** para aquela, tanto por força do modo como aquela decorre, como do espaço onde tem lugar, ou ainda por virtude dos (demasiado frequentes) comportamentos de que é alvo por parte da própria família e que se mostram aptos a comprometer a genuinidade das suas declarações (designadamente, as pressões por aquela, directa ou indirectamente, exercidas nos momentos que precedem a audição da criança e nos que se lhe sucedem...).

Veremos de seguida, com um pouco mais de detalhe, os termos em que hoje, no ordenamento jurídico português, se mostra previsto o exercício do direito de audição e participação da criança.

7.1.2. A lei interna nacional: o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, a audição da criança e o seu acompanhamento técnico

Cingir-nos-emos à análise do diploma aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro – o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, adiante designado apenas por RGPTC –, o qual entrou em vigor em 8 de Outubro de 2015¹³.

O mencionado diploma revogou, além do mais, o DL n.º 314/78, de 27.10 (que procedera à revisão da Organização Tutelar de Menores, vulgo OTM), passando a aplicar-se aos processos

¹³ Cfr. artigo 7.º da Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

pendentes à data da sua entrada em vigor (sem prejuízo da validade dos actos praticados na vigência da lei anterior)¹⁴.

No que diz respeito aos princípios norteadores atendíveis, estabelece o corpo do n.º 1 do artigo 4.º do RGPTC que:

“Os processos tutelares cíveis regulados pelo RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de protecção de crianças e jovens em perigo e ainda pelos seguintes”, ou seja, os processos tutelares cíveis abrangidos pelo RGPTC regem-se pelos princípios estabelecidos pela Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (doravante, designada apenas por LPCJP) e ainda por aqueles que nele se mostram consagrados (os da simplificação instrutória e oralidade, consensualização e audição e participação da criança – alíneas a), b) e c) do mencionado preceito legal, respectivamente).

A matéria está pois regulada nos artigos 4.º do RGPTC e também 4.º da LPCJP.

Circunscrevendo-nos ao tema que nos ocupa, constatamos então que, no artigo 4.º, n.º1, alínea c), do RGPTC – norma basilar do direito à participação e audição da criança –, vem definido o princípio da **“audição e participação da criança”**, nos seguintes termos:

“A criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse”.

Por seu turno, o princípio da “audição obrigatória e participação”, plasmado na alínea j) do artigo 4.º da LPCJP, é ali recortado nos seguintes moldes:

“A criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida (...) tem direito a ser ouvida e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de protecção”.

Atentando um pouco melhor no regime jurídico actualmente vigente, elencamos as seguintes asserções-chave:

1. Num primeiro momento, a abordagem deve incidir na determinação sobre se a concreta criança alvo do procedimento tem ou não ***discernimento suficiente***, ou seja, se, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ou não de lhe reconhecer capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, impondo o legislador que tal aferição seja casuística e decidida por despacho, para o que poderá o julgador, sempre que a questão se lhe coloque e a ela não tenha facilidade em dar resposta imediata,

¹⁴ Cfr. artigo 5.º da Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

positiva ou negativa, recorrer à **assessoria técnica**. É o que vem prescrito no n.º 2 do artigo 4.º, do RGPTC¹⁵;

2. Seguidamente e reconhecida a existência de **discernimento suficiente**,

- Será **SEMPRE** a criança ouvida sobre as decisões que lhe respeitem, para o que e antes de mais, lhe deverão ser facultadas as **informações relevantes sobre a matéria em discussão e sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a opinião que emita e ainda sobre as possíveis consequências de qualquer decisão**;
- Tal audição **pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito**, conforme prescrito no n.º 2, do artigo 5.º, do RGPTC;
- **Preferencialmente** terá a audição lugar com o **apoio da assessoria técnica** ao tribunal – artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RGPTC;
- Em todo o caso e **SEMPRE**, deve a criança “*ser assistida no decurso de ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito*” – artigo 5.º, n.º 7, alínea a), do RGPTC – sendo de considerar que tal designação cabe ao magistrado judicial (ainda que possa ter na base a indicação feita pela respectiva equipa técnica multidisciplinar);
- É-lhe também garantida, **salvo recusa fundamentada do juiz**, a faculdade de **acompanhamento por adulto da sua escolha** – artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RGPTC.

Mas alguns **pontos de mais difícil resposta** subsistem por apreciar.

Vejamos o primeiro.

Estabelece o n.º 2 do artigo 5.º, do RGPTC que:

*“(...) O juiz **promove a audição da criança**, a qual poderá ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito”,
estatuindo a alínea b) do n.º 7, do artigo 5.º, do RGPTC que a
“inquirição é **feita pelo juiz**, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais”.*

Que concluir então?

¹⁵ Note-se que a maior dificuldade que, em geral, se fará sentir se reporta a crianças em baixa faixa etária, sendo que nesses casos o recurso à assessoria técnica se colocará com especial acuidade, face à maior dificuldade na avaliação relativa ao “discernimento suficiente”.

Afigura-se-nos que a interpretação mais consentânea com os interesses em presença, mormente o de assegurar que a diligência de audição decorra de forma a garantir efectivamente à criança o **menor constrangimento e a maior espontaneidade e sinceridade** das respostas dadas, será a que conclui **caber ao magistrado judicial presidir à diligência**, disciplinando o seu desenvolvimento normal e assegurando a legalidade do acto, **sem que a lei lhe imponha o dever de ser ele próprio, magistrado, a colocar directamente à criança as questões** – conforme induziria uma primeira leitura do comando legal contido na citada alínea b), do n.º 7, do artigo 5.º acima mencionada (note-se, em abono desta tese e para além do mais, que a alusão constante do n.º 2 do artigo 5.º a que o juiz “promove” a audição, concede margem ao juiz para não ser ele próprio a colocar as questões).

É que o legislador, atenta a especial sensibilidade da matéria, foi particularmente exigente neste domínio e estabeleceu a **obrigatoriedade** de a criança “*ser assistida no decurso de acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito*” – artigo 5.º, n.º 7, alínea a), do RGPTC –, razão pela qual não conseguimos enxergar a necessidade legalmente imposta de uma tal presença sem que à mesma não corresponda um trabalho substancial de intermediação da comunicação a estabelecer entre a criança e o conjunto de intervenientes no acto processual em causa, mediante a utilização do saber técnico que a especificidade do acto exige e que o técnico domina, o que determinou e impôs a consagração legal da obrigatoriedade da sua presença, assistindo a criança, ou seja, proporcionando-lhe as condições técnicas a um depoimento sereno, isento e, antes de mais, conduzido de forma que só o absoluto domínio do saber técnico associado permite ter.

Assinale-se que interpretação distinta – que não confira à assistência por técnico especialmente habilitado o recorte de uma intervenção efectiva e substancial nos sobreditos termos - traduz-se, muito concretamente, em reconduzir tal intervenção a uma mera presença física, **esvaziada de sentido útil**, perante a inevitabilidade, num tal entendimento, de ser o juiz quem formula as questões – que ele próprio julgue pertinente colocar, ou aquelas que lhe forem sugeridas pelos advogados que estejam presentes ou pelo Ministério Público –, ainda que não dominando, na esmagadora maioria das vezes, qualquer técnica adequada e específica com as inevitáveis consequências perversas associadas.

Nesse sentido, reiteramos o entendimento expresso no sentido de **o magistrado judicial dever incumbir o “técnico especialmente habilitado” de colocar à criança as questões** que ele, magistrado, julgue necessárias e pertinentes à boa decisão da causa, de acordo com **a sequência que por esse técnico for considerada mais consentânea com o superior interesse daquela e com o objectivo de alcançar a genuinidade do respectivo depoimento, o mesmo sucedendo com as questões adicionais** que porventura vierem a ser formuladas, nos termos da última parte da alínea b) do n.º 7 do artigo 5.º do RGPTC, pelo Ministério Público (cuja presença é obrigatória, nos termos do artigo 17.º, n.º 3 do RGPTC) ou por algum mandatário, caso se encontre presente.

Neste conspecto, é de referir, a propósito, que a presença de advogado(s) na diligência de audição não reveste carácter obrigatório¹⁶, antes devendo ser casuisticamente apreciada a sua admissão, sempre sem perder de vista, mais uma vez, a salvaguarda do superior interesse da criança e a circunstância de lhe deverem ser assegurados o ambiente e as condições adequadas a manifestar a sua opinião livre de quaisquer constrangimentos.

Em qualquer caso, assinale-se que deverá ser assegurado o contraditório – cfr. artigo 25.º do RGPTC.

Refira-se que o legislador, ao tomar esta opção, foi, uma vez mais, sensível à consideração devida ao interesse em assegurar a espontaneidade das declarações e a liberdade da narrativa, para o que se mostra essencial que a sua produção ocorra em ambiente não hostil, mas antes informal e de proximidade, com a presença de reduzido número de pessoas.

Certamente que salas especificamente concebidas e preparadas para este específico fim deveriam encontrar-se equipadas de vidro de visualização unidireccional, assim se materializando adequadamente o que vem regulado nos artigos 5.º, n.ºs 4, alínea a) e 7, e 7.º, alíneas a) e b), ambos do RGPTC.

Efectivamente e na certeza de que a audição da criança se deve estruturar e orientar por técnica de abordagem da pessoa da criança e do tema em discussão, de modo apto a dela obter um depoimento livre, espontâneo e genuíno, não será, de acordo com a melhor interpretação do regime legal, de atribuir à presença, apoio e acompanhamento técnico legalmente previstos outro sentido senão o de garantir as efectivas condições amigáveis para a criança, aquando da realização da correspondente diligência, assim assegurando uma prática judiciária consentânea com os princípios disciplinadores da matéria, arredando em definitivo os perigos que estiveram na génese da previsão legal e que esta inequivocamente pretendeu afastar.

Enfatize-se, de resto, que o novo regime legal se rege pelo salutar objectivo de preservar o mais possível a criança dos malefícios decorrentes da erosão e desgaste provocados por sucessivos relatos dos mesmos factos ou expressão de opiniões a propósito dos mesmos temas, poupando-a à necessidade de efectuar relatos múltiplos, por vezes revendo situações que lhe são penosas ou mesmo traumatizantes (a que acresce a inevitável inexactidão associada a tal multiplicidade de relatos).

Com efeito, o RGPTC clarificou a possibilidade de, em momentos processuais posteriores, serem valoradas as declarações prestadas pela criança (à semelhança do regime das declarações para memória futura em processo penal – cfr. artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal e artigo 24.º da Lei n.º 130/15, de 4 de Setembro), consagrando a possibilidade de produção antecipada de prova, com aplicação subsidiária das regras processuais cíveis, bem como o aproveitamento de declarações prestadas noutros processos, sempre com o salutar

¹⁶ Apenas reveste carácter obrigatório a **constituição de advogado na fase de recurso** (artigo 18.º, n.º 1 do RGPTC), sendo também obrigatória a **nomeação de advogado à criança quando sejam conflitantes os seus interesses** e os dos pais, representante legal ou detentor da guarda de facto (artigo 18.º, n.º 2, do RGPTC) ou ainda quando a **criança com maturidade adequada o solicite** (artigo 18.º, n.º 2, do RGPTC).

princípio acima enunciado de evitar a sujeição da criança a uma multiplicidade de diligências, evitando também o múltiplo contacto e abordagem por diversos operadores judiciais e o inerente desgaste daí resultante para a criança e o prejuízo para a substância do depoimento – cfr. artigo 5.º, n.º 7, alíneas d), e) e g).

Segundo ponto:

O **n.º 3 do artigo 35.º do RGPTC** prevê expressamente, no âmbito da tramitação da providência tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a **obrigatoriedade** da audição da criança, com idade superior a 12 anos e, bem assim, de criança de idade inferior, caso tenha grau de **maturidade que lhe confira capacidade de discernimento dos assuntos em discussão**, observando-se o que dispõe a al. c) do artigoº 4.º e o artigoº 5.º, normas que especificamente disciplinam a matéria referente à audição da criança.

Está prevista, porém, ao arrepio de toda a construção normativa vigente na matéria (desde logo, em função das convenções internacionais e outros instrumentos internacionais acima citados), aquilo que poderá apelidar-se de uma cláusula de salvaguarda que confere ao tribunal a faculdade de apreciar da eventual desadequação dessa audição, prevendo-se, no artigo 35.º, n.º 3, parte final do RGPTC, que a mesma não terá lugar, **“se a defesa do superior interesse da criança o desaconselhar”**.

A propósito, é de assinalar que não existe qualquer referência ao momento em que deve ter lugar a audição da criança – se antes, após, durante a conferência de pais ou, pelo menos em certos casos, em diligência especialmente designada para o efeito, susceptibilidade esta que se encontra prevista no artigo 5.º, n.º 2 do mesmo diploma.

Será, do nosso ponto de vista, uma opção a ser tomada casuisticamente pelo juiz, norteadas sempre pelo superior interesse da criança, não enxergando nós o sentido e alcance do segmento normativo contido na parte final do n.º 3 do citado artigo 35.º, na certeza de que, como enfatizamos acima mais detalhadamente, a audição da criança é inarredavelmente, na arquitectura do sistema, uma diligência de realização vinculada, desde que a mesma tenha discernimento suficiente, em razão da sua faixa etária e grau de maturidade, pelo que não vemos que a consagração da excepção a que alude o artigo 35.º, n.º 3, parte final do RGPTC possa concretizar-se sem que se verifique violação de princípios estruturantes em matéria de Direito da Família e das Crianças.

Daí que sejamos levados a concluir no sentido do esvaziamento da correspondente previsão legal pela priorização que deve ser dada àqueles.

Terceiro ponto:

Por força da regra de competência por conexão consagrada no artigo 11.º do RGPTC, os processos instaurados separadamente relativamente à mesma criança, independentemente da sua natureza (tutelar cível, promoção e protecção – incluindo os processos perante as CPCJ – ou tutelar educativo) devem correr por **apenso**, independentemente do respectivo estado,

sendo **competente para conhecer de todos eles o juiz do processo instaurado em primeiro lugar** (n.º 1).

Ficam excepcionadas desse regime de imposição da apensação de processos as providências tutelares cíveis de averiguação oficiosa da maternidade ou da paternidade, as providências da competência das conservatórias de registo civil e as que respeitem a mais do que uma criança, nos termos do n.º 2 do referido artigo 11.º do RGPTC, sendo certo, por seu turno, que os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, de prestação de alimentos e de inibição do exercício das responsabilidades parentais, quando estiver pendente acção de divórcio ou de separação judicial, correm por apenso a estes processos (n.º 3).

A mencionada regra da competência por conexão inscrita no artigo 11.º do RGPTC prossegue o salutar objectivo, a que alude o artigo 27.º, n.º 1, do mesmo diploma, da harmonização e compatibilização das decisões proferidas relativamente a determinada criança ou jovem (ainda que esta última norma aluda apenas a decisões que apliquem medidas tutelares cíveis e de promoção e protecção, não fazendo alusão a medidas tutelares educativas, como seria mais adequado, do nosso ponto de vista).

Certo é que, pese embora a formulação legal sublinhe a imperatividade da apensação, repetindo a expressão “independentemente do respectivo estado” em dois segmentos do mesmo preceito legal (artigo 81.º, n.ºs 1 e 4, da LPCJP) e no citado artigo 11.º do RGPTC, as opiniões divergem relativamente ao sentido que deverá atribuir-se ao vocábulo “estado”, sustentando uns que tal expressão é equiparável a “fase” processual e ripostando outros que só se conhece, relativamente a processos, o “estado” de *pendente* ou *findo*, pelo que, tendo o legislador utilizado tal nomenclatura (acolhendo a posição sustentada no parecer da Procuradoria-Geral da República e seguido também pelo Conselho Superior da Magistratura, na sequência de convite da Assembleia da República no âmbito do respectivo processo legislativo), teve o inequívoco propósito de serem abrangidos pela conexão processual e pela obrigatoriedade de apensação todos os processos referentes a determinada criança ou jovem, ainda que findos.

Em abono desta tese, invocam o elemento literal dos mencionados preceitos, a par com a constatação de ser esse o único entendimento que confere ao decisor uma **visão global do histórico** de determinada criança ou jovem, proporcionando um conhecimento completo e abrangente da situação actual e passada e dos resultados alcançados mediante as intervenções anteriores havidas, em função das decisões proferidas e das medidas executadas.

Adiantam ainda que apenas uma tal consideração é verdadeiramente propiciadora de um **diagnóstico fino, global e panorâmico**, criando as condições aptas a uma **tomada de decisão mais compaginável com as suas necessidades e o seu superior interesse**, com **economia de meios** (no que avulta o conhecimento já adquirido e consolidado em anteriores relatórios), não fazendo depender a recolha de tais elementos (por vezes, preciosos mas não imediatamente acessíveis) do critério do decisor e da sua idiossincrasia, mais ou menos relectora, e reduzindo, como é desejável, à mínima expressão a dimensão dos conflitos de competência e dos recursos focados neste tema.

Assinale-se que, antes de 2015, se vinha já assistindo à formação de uma corrente jurisprudencial que vinha admitindo a apensação a processos findos – cfr., a título meramente exemplificativo, os ACRG de 13.01.2011 (P.3357/10.1TBVCT-A.G1, Rel.: – Canelas Brás) 06.10.2011 (P.1138/09.4TBGMR-B.G1, Rel.: – Manuel Bargado), e de 31.01.2013 (P.3281/12.3TBGMR-B.G1, Rel.: – Maria Luísa Ramos), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Aderindo a este entendimento, são já conhecidas decisões proferidas, no domínio da legislação vigente, em recursos apreciados, sublinhando não estabelecer o legislador qualquer distinção que permita excluir os processos findos, pelo que não caberá ao intérprete fazê-lo – cfr. ACRE de 08.03.2018 e de 16.06.2016 de que foram relatores, respectivamente, Maria da Graça Araújo e Conceição Ferreira, nos processos 3343/17.0T8STR-A.E1 e 390/10.7TBCCH-D.E1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Acresce referir, por outro lado, que outro argumento ponderoso poderá acrescer aos demais: o de que a hipotética verificação de resultados pouco desejáveis na aplicação da regra de apensação de processos, naqueles casos em que haja sido proferida uma decisão em momento temporal muito recuado relativamente ao momento da instauração do segundo processo (aquele, por exemplo, uma providência de regulação do exercício das responsabilidades parentais há muito arquivada, vivendo actualmente a criança em localidade afastada centenas de quilómetros do tribunal onde tal decisão foi proferida), não parece constituir fundamento invocável para afastar as regras de interpretação da lei.

Atente-se, em matéria de interpretação da lei, no que vem estipulado no artigo 9.º do Código Civil:

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Finalmente, enfatize-se não ser lícito, no caso, fazer apelo às regras próprias da apensação em processo civil – é que esta está concebida como o mecanismo apto a propiciar a harmonização das decisões, num quadro em que as acções pendentes, ainda que separadamente propostas, podiam ser reunidas num único processo, com aquela se visando uma decisão unitária.

Ora, a apensação que ora nos ocupa – a qual pode abranger, como vem sendo sublinhado, processos de múltipla e distinta natureza, designadamente providências tutelares cíveis, de promoção e protecção e tutelares educativos –, ainda que permitindo uma visão panorâmica da situação da criança e potenciando as melhores decisões nas várias dimensões em apreciação, não visa uma decisão unitária, desiderato que aliás nunca poderia ser alcançado perante a distinta natureza dos processos, razão pela qual o raciocínio que procura afinidade capaz de sustentar que a apensação deva abarcar tão só os processos pendentes esbarra com essa insuperável dificuldade.

Caberá, isso sim, ao legislador introduzir porventura no ordenamento jurídico vigente os cirúrgicos ajustamentos que permitam evitar os apontados malefícios.

Por nosso lado, acolhemos o entendimento daqueles que vêm sustentando ser a solução mais acertada e razoável e a que melhor defende o superior interesse da criança (e também o da respectiva família), a consagração de jure constituendo da imposição de apensação de todos os processos, pendentes e findos, atribuindo-se a competência para deles conhecer ao juiz do processo pendente instaurado em primeiro lugar¹⁷, propendendo igualmente a considerar que, enquanto tal consagração não ocorra, será o entendimento que não exclui os processos findos da regra vigente em matéria de apensação de processos aquela que melhor se adequa ao propósito do legislador de permitir a já acima mencionada visão panorâmica e abrangente da situação actual e percurso da criança, aproveitando toda a informação constante dos anteriores processos e que, muitas vezes, a experiência mostra tender a ser desconsiderada.

Quarto ponto:

Nos termos do artigo 20.º, n.º 5, do RGPTC, “**Sempre que possível e adequado, a assessoria técnica prestada ao tribunal relativamente a cada criança e respetiva família é assumida pelo mesmo técnico com a função de gestor de processo, inclusive no que respeita a processos de promoção e protecção**”.

Não obstante o texto desse segmento normativo, convém não esquecer que a assessoria técnica é constituída por equipas multidisciplinares, conforme expressamente decorre do n.º 1 do citado preceito legal, sendo certo, por outro lado, que a lei nada refere quanto aos critérios a ter em conta no sentido de concluir pela (ou afastar a) possibilidade e adequação referidas no n.º 5, ainda que elas devam, em nossa opinião, ser apreciadas pelo tribunal, por lhe competir a direcção dos respectivos processos.

No entanto, contrariamente ao que sucede no âmbito da LPCJP em que se consagra, no artigo 82.º-A, a susceptibilidade de a **comissão de protecção ou o tribunal** designarem um **técnico gestor do processo**¹⁸, o RGPTC é omissivo relativamente à indicação da entidade competente

¹⁷ Nesse sentido, Paulo Guerra e Marta San-Bento, E-Book do CEJ, *Família e Crianças: as novas Leis – Resolução de questões práticas*, Capítulo III, *Lei Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, pág.69 e sgts.

¹⁸ Ao qual compete, nos termos desse normativo, mobilizar os intervenientes e os recursos disponíveis para assegurar de forma global, coordenada e sistémica, todos os apoios, serviços e acompanhamento de que a criança ou o jovem e a sua família necessitam, prestando informação sobre o conjunto da intervenção desenvolvida.

para a designação do gestor do processo, omissão inevitavelmente geradora de divergências de entendimento.

Cabe também referir que, tendo presente o princípio da simplificação instrutória e oralidade consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, do RGPTC, a instrução do processo tutelar cível recorrerá preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, sendo que a **audição da criança deve decorrer de forma compreensível e as declarações da assessoria técnica serão prestadas oralmente e documentadas em auto.**

*

Assim e em breve síntese:

1. O juiz afere a capacidade de compreensão pela criança dos assuntos em discussão e está vinculado a ouvir a criança com discernimento suficiente,
2. Para tanto:
 - i) Caso não corra ou não haja corrido termos outro processo relativamente àquela criança, designa técnico especialmente habilitado, preferencialmente de entre os que compõem a assessoria técnica;
 - ii) Caso o processo tutelar cível corra por apenso a outro previamente instaurado, a assessoria técnica será assegurada “pelo mesmo técnico” com a função de gestor do processo;
Assim, a equipa ou o técnico que primeiramente interveio, **em determinado processo**, na avaliação diagnóstica ou na execução da medida relativamente àquela criança e respectivo agregado **deverá manter-se no segundo processo**.
Antevêm-se, porém, dificuldades a que o diploma não dá resposta...
 - iii) Convoca sempre o Ministério Público e pondera da conveniência na presença de advogados, em função do superior interesse da criança;
 - iv) Apercebendo-se de conflito de interesses entre ambos os pais ou algum dos pais e a criança, nomeia defensor a esta;
 - v) Caso a criança solicite, nomeia-lhe advogado;
 - vi) Caso a criança pretenda que, na diligência de audição, esteja presente o advogado que lhe for nomeado, deve ser atendida essa pretensão, salvo recusa fundamentada do juiz;
 - vii) O juiz preside à diligência, devendo, em função do superior interesse da criança, permitir que o técnico especialmente habilitado que obrigatoriamente a assiste, lhe coloque directamente as questões consideradas necessárias e pertinentes;

viii) No que especificamente se refere à assessoria técnica, prescreve o artigo 20.º do RGPTC que os juízos “de família e menores são assessoradas por equipas técnicas multidisciplinares, **funcionando, de preferência, junto daquelas** (n.º 1 e artigo 2.º, do DL n.º 86/2016, de 27 de Dezembro), sendo certo que, fora das áreas abrangidas pela jurisdição dos juízos de família e menores, as causas relativas a matérias reguladas no RGPTC são da competência dos juízos cíveis da instância local ou, em caso de não ocorrer desdobramento, dos juízos de competência genérica da instância local, nos termos do artigo 8.º do RGPTC;

ix) Tal previsão não contempla directamente os juízos cíveis da instância local ou os juízos de competência genérica, nas áreas não abrangidas pela jurisdição de família e menores (artigo 8.º do RGPTC), mas o certo é que a tais juízos cabe conhecer das causas atribuídas aos juízos de família e menores, constituindo-se o tribunal em juízo de família e menores (n.º 3 do mesmo dispositivo);

x) Acresce que, pretendendo a lei, genericamente e no que diz respeito a todo o território nacional, consagrar a existência de equipas técnicas multidisciplinares de assessoria técnica aos juízos de família e menores e aos demais juízos (cíveis ou de competência genérica) com competência em matéria tutelar cível (artigos 20.º e 8.º do RGPTC), tal poderá concretizar-se no alargamento da competência das EMAT (equipas multidisciplinares de assessoria técnica) e ECJ (equipas de crianças e jovens), sendo certo que tais equipas multidisciplinares deverão preferencialmente funcionar junto desses juízos, sendo certo ainda que as EMAT e ECJ mantêm, de pleno, o seu funcionamento e competência, não tendo o DL n.º 332-B/2000, de 30.12 sido revogado;

Os artigos 7.º e 8.º, do DL n.º 332-B/2000, de 30.12, dispõem, respectivamente:

O acompanhamento dos menores em perigo junto dos tribunais compete às equipas multidisciplinares do sistema de solidariedade e de segurança social, a constituir, consistindo designadamente:

- a) No apoio técnico às decisões dos tribunais tomadas no âmbito dos processos judiciais de promoção e protecção;*
- b) No acompanhamento da execução das medidas de promoção dos direitos e de protecção aplicadas;*
- c) No apoio aos menores que intervenham em processos judiciais de promoção e protecção.*

E

O apoio técnico às decisões dos tribunais tomadas no âmbito dos processos judiciais de promoção e protecção consiste, designadamente:

a) Na elaboração de informações ou relatórios sociais sobre a situação da criança ou do jovem, do seu agregado familiar ou das pessoas a quem estejam confiados;

b) Na intervenção em audiência judicial;

c) Na participação nas diligências instrutórias, quando o juiz assim o determine.

xi) Compete às equipas multidisciplinares de assessoria técnica **apoiar a instrução** dos processos tutelares cíveis e seus incidentes, **apoiar as crianças** que intervenham nos processos e **acompanhar a execução das decisões**, nos termos previstos no RGPTC (artigo 20.º, n.º 2 do RGPTC);

xii) Por razões de segurança, os técnicos das equipas multidisciplinares **podem** ser ouvidos **sem a presença das partes**, mas **na presença dos advogados destas**, garantindo-se, em qualquer caso, o **contraditório** (n.º 3);

xiii) Sem prejuízo de outra ordem que venha a ser definida pelo tribunal, os técnicos das equipas multidisciplinares são **ouvidos em audiência, antes dos demais convocados**, sendo dispensados logo que possível (n.º 4). Em todo o caso, há que atentar na norma do artigo 29.º, n.º 1 alínea b) do RGPTC que estabelece a ordem dos actos em audiência de julgamento e que estipula que, não conseguindo o juiz a conciliação, deverá seguir-se “a produção de prova, que se **inicia com a tomada de declarações às partes** que estiverem presentes”, estatuição que entendemos dever prevalecer sobre aquela;

xiv) Sempre que possível e adequado, a **assessoria técnica** prestada ao tribunal **relativamente a cada criança e respectiva família** é assumida pelo **mesmo técnico** com a função de **gestor do processo**, inclusive no que respeita a **processos de promoção e protecção** (n.º 5).

7.2. O princípio da consensualização consagrado no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RGPTC – o recurso obrigatório à audição técnica especializada ou à mediação

De acordo com este princípio, “**os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audição técnica especializada e ou à mediação, e, exceccionalmente, relatados por escrito**”.

No que diz respeito à **audição técnica especializada** e tendo presente o que se estabelece nos artigos 23.º e 21.º, n.º 1, alínea b), ambos do RGPTC, ela tem lugar **por decisão judicial** e sempre que julgada **necessária**, podendo ocorrer **a todo o tempo**.

Terá a mesma, porém, **obrigatoriamente**, lugar após a conferência prevista na tramitação da providência tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 38.º do RGPTC (corpo da norma e sua alínea b), se ambos os pais estiverem presentes ou representados nessa conferência mas não chegarem a acordo que seja homologado e se não for caso de mediação.

Do mesmo modo, deverá ter **obrigatoriamente** lugar audição técnica especializada, após a conferência prevista nas demais providências tutelares cíveis a que se aplicam os artigos 38.º e 39.º do RGPTC

A audição técnica especializada ocorre por **um período máximo de dois meses** (artigo 38.º, alínea b), visando a “obtenção de consensos entre as partes” (artigo 23.º, n.º 1), sendo que “a audição técnica especializada em matéria de conflito parental consiste na audição das partes, tendo em vista a **avaliação diagnóstica das competências parentais** e a **aferição da disponibilidade daquelas para um acordo**, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais que melhor salvaguarde o interesse da criança”.

Cabe ainda referir que “a **audição técnica especializada inclui a prestação de informação centrada na gestão do conflito**” (n.º 3 do artigo 23.º), formulação que arriscaríamos considerar demasiado hermética e que, por isso, não permite, salvo melhor opinião, alcançar, com satisfatório grau de certeza, qual o seu sentido e alcance.

No que se refere à audição técnica especializada, cabe referir que o legislador nada refere quanto à entidade competente para o efeito, várias interrogações surgindo nesse domínio, como sejam:

1. Caberá tal audição técnica especializada à assessoria técnica prestada pelas equipas multidisciplinares?
2. Pode o tribunal solicitar, para efeito de realização de audição técnica especializada, a intervenção de entidades externas, por exemplo, os CAFAP (criados através da Portaria n.º 139/2013, de 2 de Abril e com a natureza e âmbito de intervenção nesse diploma também especificamente delimitados) ou outras?
3. Quem são os auditores técnicos especializados?
4. Qual a especialização que devem ter? E é específica para o conflito a resolver?
5. O Ministério Público deverá estar presente aquando da audição técnica especializada, na defesa dos interesses da criança?
6. O que fazer quando os pais residem em locais territorialmente distantes ou em países diferentes?

7. E como proceder quando, por exemplo, na pendência de providência tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais – e, designadamente, após a conferência de pais, sem que nela se haja alcançado acordo, tendo sido, nos termos do artigo 38.º, fixado regime provisório e remetidas as partes para audição técnica especializada – é conferido a um dos progenitores o estatuto de vítima – este atribuído, como se sabe, face ao que se dispõe no n.º 1 do artigo 14.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, logo que apresentada denúncia da prática do crime de violência doméstica, não existindo fortes indícios de que a mesma é infundada –, estatuto esse que acarreta a necessidade de ser avaliado o regime de visitas do agressor aos filhos menores, o qual pode **“ser suspenso ou condicionado, nos termos da lei aplicável”**?

São questões que evidenciam a margem de divergência interpretativa, ainda que consideremos a razoabilidade da solução de atribuição de competência para a realização da audição técnica especializada às equipas multidisciplinares de assessoria técnica aos tribunais, atenta a sua específica vocação neste domínio, sendo certo que, tratando-se de um trabalho técnico, centrado, conforme acima referido, na audição das partes, tendo em vista a **avaliação diagnóstica das competências parentais** e a **aferição da disponibilidade daquelas para um acordo**, entendemos que o Ministério Público não deve estar presente, por não decorrer da lei a obrigatoriedade de tal presença, cuja vantagem igualmente se não enxerga.

Quanto a um ponto pretendemos também deixar sublinhada a nossa posição, por termos já ouvido publicamente ser defendido o entendimento de que a audição técnica especializada (ou a mediação) só teriam obrigatoriamente lugar, desde que reunidos dois pressupostos essenciais reclamados por efeito do regime geral decorrente dos artigos 4.º, n.º 1, alínea b) e 23.º do RGPTC – o juízo positivo relativo, de um lado, à existência de conflitualidade parental e, de outro, relativo à existência de necessidade¹⁹ de lançar mão desse recurso como forma de alcançar um consenso.

Parece-nos, com o devido respeito por tal entendimento, não resultar da singela leitura da norma do artigo 38.º do RGPTC margem de interpretação distinta do sentido inequívoco e peremptório que dela se extrai – ou seja, estando ambos os pais presentes ou representados e não chegando a acordo, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos, suspende a conferência e remete as partes para mediação ou para audição técnica especializada, pelo que, do nosso ponto de vista, não é lícita ao julgador uma aferição casuística sobre a verificação de tais pressupostos com a inerente consequência de, numa tal construção interpretativa, assim lhe ser franqueada a livre decisão de não enveredar pela remessa das partes para um desses meios de consensualização que a lei elege como preferenciais...

Veja-se, aliás, reforçando este nosso entendimento, a própria epígrafe (e o texto) do artigo 39.º do RGPTC – “Termos posteriores à fase de audição técnica especializada e mediação” –, não deixando, a nosso ver, qualquer resquício de dúvida relativamente à imposição de estrita observância dessa mencionada fase (ainda que poderosos argumentos possam ser invocados

¹⁹ Ou de conveniência, no caso da mediação, face ao estatuído no artigo 24.º.

pugnando, de *jure condendo*, no sentido da dispensabilidade da sistemática remessa hoje legalmente estabelecida).

Creemos assim decorrer da letra (e do espírito...) da lei a sobredita obrigatoriedade, por ser a norma do artigo 38.º do RGPTC claramente impositiva, apenas compreendendo nós o esforço argumentativo nos sobreditos termos, perante o reconhecimento da falta de maleabilidade conferida ao decisor, em especial quando a dificuldade na obtenção de acordo se situa exclusivamente no campo patrimonial.

Note-se, com efeito, que, no âmbito da providência tutelar cível de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais a que se reporta o artigo 41.º do RGPTC, sendo a regra a da designação de uma conferência, nos termos do seu n.º 3, a consequência de nela os pais não chegarem a acordo é o juiz mandar proceder nos termos do artigo 38.º e seguintes, o mesmo sucedendo nos casos em que, excepcionalmente, não tenha sido designada conferência mas antes tenha tido lugar a notificação do requerido para, em cinco dias, alegar o que tiver por conveniente relativamente à imputação de incumprimento de que é alvo – cfr. n.ºs 7 e 3 do citado artigo 41.º.

A tramitação da providência tutelar cível de alteração do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais a que alude o artigo 42.º do RGPTC inclui igualmente a observância do disposto, na parte aplicável, dos artigos 35.º a 40.º do mesmo diploma, o que vale por dizer ter, nessa sede, também lugar a audição técnica especializada (ou a mediação).

O mesmo se diga no que diz respeito à tramitação da providência tutelar cível respeitante à falta de acordo dos pais em questões de particular importância a que alude o artigo 44.º, face ao que consta do seu n.º 2.

Já a tramitação da inibição ou das outras providências tutelares cíveis visando o decretamento de medidas limitativas do exercício das responsabilidades parentais não comporta essa obrigatoriedade, ainda que o juiz possa ordenar, sempre que entenda conveniente, a audição técnica especializada e ou a mediação das partes, conforme resulta, respectivamente, das disposições conjugadas dos artigos 55.º, n.º 1 e 21.º, n.º1, alínea b), ou dos artigos 58.º, n.º 2, com referência àqueles outros dois, todos do RGPTC.

O mesmo se passa, no que respeita à inexistência da mencionada obrigatoriedade da audição técnica especializada (ou da mediação), no âmbito da tramitação da providência tutelar cível de entrega judicial de criança, por força do que se estabelece nos artigos 49.º a 51.º do RGPTC, mormente no n.º 1 do artigo 50.º, que igualmente prevê, tão só, a susceptibilidade de o juiz determinar, sempre que entenda conveniente, a audição técnica especializada e ou a mediação das partes, nos termos previstos no artigo 21.º, n.º 1, alínea b), do mesmo diploma. Recentremos de novo a nossa atenção na **assessoria técnica**, não sem que antes aludamos aos contornos legais mais salientes, em matéria de mediação, a qual vem regulada nos artigos 24.º e 21.º, n.º 1, alínea b), do RGPTC.

A mediação pode ter lugar **a todo o tempo**, tendo como pressuposto essencial o **consentimento** dos interessados (após a conferência de interessados na regulação do exercício das responsabilidades parentais – e demais providências tutelares cíveis a que se aplicam os artigos 38.º e 39.º –, quando os pais presentes ou representados não chegam a acordo, se verificados os demais pressupostos, tendo lugar por um período máximo de três meses).

Dispõe o RGPTC que a mediação – que pode ser pública²⁰ ou privada – terá lugar sempre que considerada conveniente pelo juiz – o qual deve informar sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar –, sendo determinada **oficiosamente com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes**.

Recentremos pois a nossa atenção na assessoria técnica.

O RGPTC elege como princípio norteador o da **simplificação instrutória e oralidade** (artigo 4.º, n.º 1, al. a), o qual, no que se refere à assessoria técnica, impõe serem **orais e documentadas em auto** as **declarações prestadas pelos técnicos que as integram**.

Prevê ainda, conforme acima apontado, que a assessoria técnica relativamente a cada criança e respectiva família seja assumida pelo **MESMO técnico** com a função de **gestor do processo, inclusive no que respeita a processos de promoção e protecção**.

Por outro lado, **privilegia as declarações** aos técnicos das equipas multidisciplinares de assessoria técnica, **as informações** a prestar por ela (ou por entidades externas), bem como os **depoimentos das partes, de familiares e outras pessoas** cuja relevância para a causa o tribunal reconheça e ainda a **audição técnica especializada e a mediação, em detrimento do relatório** (da competência da equipa multidisciplinar de assessoria técnica), o qual só terá lugar caso seja **indispensável** depois de **esgotadas as formas simplificadas de instrução**, caso em que deverá ser especificamente **circunscrito o seu objecto** (artigo 21.º, n.ºs 1, 5 e 6), devendo ter lugar **apenas** (artigos 34.º e sgts.) **nos processos e nos casos expressamente previstos no capítulo seguinte**.

Acresce referir que o RGPTC prevê a nomeação ou requisição pelo juiz de **assessoria técnica externa**, em qualquer fase do processo e sempre que o entenda necessário (artigo 22.º, n.º 1), a fim de assistir a diligências, prestar esclarecimentos, realizar exames ou elaborar pareceres.

A finalizar, deixo algumas questões de controversa resolução, as quais teriam merecido mais fina previsão no texto legal e, como tal, a reclamarem os necessários ajustes:

1. Criança com processo judicial de promoção e protecção, em fase de execução de medida de acolhimento residencial, tendo sido a equipa técnica da casa de acolhimento encarregue da definição e execução do seu projecto de promoção e protecção

Instaurada acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais, **quem deverá acompanhar a criança, aquando da sua audição nessa PROVIDÊNCIA TUTELAR CÍVEL**, ou seja,

²⁰ O SMF (sistema de mediação familiar) foi criado através do [Despacho n.º 18 778/2007, de 13 de Julho](#), publicado no Diário da República, II Série, de 22 de Agosto, tendo entrado em funcionamento em 16 de Julho de 2007.

quem deverá ser considerado para esse efeito como *técnico especialmente habilitado*, assumindo a função de gestor do processo, à luz do artigo 20.º, n.º 5, do RGPTC?

Será de fazer prevalecer o técnico/equipa que primeiramente interveio junto da criança, com o correspondente “afastamento” da assessoria técnica, mesmo quando o equipamento onde está em execução a medida se situa em local geograficamente muito afastado?

Para cada processo de promoção e protecção é designado um técnico gestor de processo, a quem compete mobilizar os intervenientes e os recursos disponíveis para assegurar, de forma global, coordenada e sistémica, todos os apoios, serviços e acompanhamento de que a criança e a sua família necessitam, prestando informação sobre o conjunto da actividade desenvolvida (artigo 82.º-A da LPCJP).

Como regra geral, a execução de medida de promoção aplicada em processo judicial é dirigida e controlada pelo tribunal, designando este para o efeito equipas específicas ou entidade que considere mais adequada, à excepção da comissão de protecção – artigo 59.º, n.ºs 2 e 3 da LPCJP.

Porém, no caso da medida de acolhimento residencial, é à equipa técnica da casa de acolhimento onde a criança está acolhida que compete a definição e execução do seu projecto de promoção e protecção, de acordo com a decisão do tribunal ou da comissão – artigo 54.º, n.ºs 1, al. a), e 3, da LPCJP.

Em processos instaurados, sucessivamente ou em separado, relativamente à mesma criança ou jovem, sendo nítido propósito do legislador restringir ao máximo a intervenção de uma multiplicidade de técnicos ou equipas, respondemos **afirmativamente** à questão enunciada acima, salvo ponderosas razões que imponham decisão diversa.

2. Tendo ficado expressa, no actual quadro legal, a regra da apensação de processos, sucessivamente instaurados, de idêntica ou distinta natureza, ao que haja sido instaurado em primeiro lugar (artigo 11.º do RGPTC e 81.º da LPCJP), deverá entender-se que ELA IMPÕE IMEDIATA REMESSA PARA APENSAÇÃO, independentemente do estado dos processos, conforme muito enfaticamente prescrito nos n.ºs 1 e 4 do artigo 81.º da LPCJP?

Constituindo a regra de competência por conexão uma norma especial em matéria de competência, atribuindo-a ao **juiz do processo instaurado em primeiro lugar**, ao qual passa a competir conhecer o conjunto de matérias respeitantes à globalidade de processos que corram termos relativamente a determinada criança ou jovem, mesmo em desrespeito pela regra geral atributiva de competência territorial constante do artigo 9.º, **não vislumbramos fundamento legal para não remeter imediatamente processos para apensação ao processo mais antigo, logo que conhecida a sua existência.**

Daí que consideremos também que **nada obsta a que as CPCJ tomem a iniciativa da remessa de processo aí instaurado para apensação**, sempre que adquiram notícia da pendência em tribunal de processo(s) relativamente à mesma criança ou jovem.

Porém, para tal efeito, as CPCJ deverão remeter o processo ao Ministério Público, atentas as suas atribuições, designadamente as funções de acompanhamento e supervisão da actividade daquelas (cfr. artigo 72.º da LPCJP), sendo certo que lhe cabe a iniciativa processual (cfr. artigo 105.º, n.º 1 da LPCJP) e, antes de mais, aferir da verificação dos pressupostos da apensação e da competência do juízo junto do qual exerce funções para apreciar o de promoção e protecção proveniente da CPCJ.

3. Pode o tribunal solicitar, para efeito de realização de audição técnica especializada, a intervenção de entidades externas, por exemplo, os CAFAP (criados através da Portaria n.º 139/2013, de 2 de Abril) ou outras?

A resposta parece dever ser **negativa**, atenta a natureza e o âmbito de intervenção dos CAFAP. A audição técnica especializada cabe exclusivamente à assessoria técnica prevista no artigo 20.º do RGPTC, pois a **assessoria técnica externa**, admitida nos termos do artigo 22.º em qualquer fase do processo e sempre que reconhecida a sua necessidade pelo juiz (assistindo-lhe a faculdade de nomear ou requisitar tais assessores externos), está **concebida estritamente para efeito de assistência a diligências, prestação de esclarecimentos, realização de exames ou elaboração de pareceres**, nos termos do artigo 22.º, n.º 1.

4. O Ministério Público deverá estar presente aquando da audição técnica especializada, na defesa dos interesses da criança?

Ao Ministério Público não está legalmente imposto tal dever, que apenas existe, nos termos do artigo 17.º, n.º 3, do RGPTC, quanto às diligências e actos processuais dirigidos pelo juiz.

Por outro lado, atentas as finalidades prosseguidas com a realização da audição técnica especializada – **a obtenção de consensos entre as partes** –, consistindo, nos termos do artigo 23.º do RGPTC, na sua **audição**, tendo em vista a **avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da sua disponibilidade para um acordo**, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, entendemos ser não só **inexigível a presença do Ministério Público**, como **eventualmente contraproducente ou contraindicada** – pelo menos, em certas situações –, atento o trabalho eminentemente técnico a desenvolver.

5. O que fazer quando os pais residem em locais territorialmente distantes ou em países diferentes?

Nada parece obstar à **utilização de modernas tecnologias de comunicação à distância**, ainda que se saiba das desvantagens e dificuldades inerentes à sua utilização, se comparadas com a desejável presencialidade em matérias tão sensíveis e que exigem o estabelecimento de dinâmicas comunicacionais facilitadoras da obtenção de consensos, pelo que se conclui que, ainda que **inexistindo impedimento legal** a que se lance mão de tais tecnologias, antevê-se fraca expressão nos resultados práticos.

6. Como garantir o direito de participação e audição da criança nos processos que correm termos nas Conservatórias do Registo Civil?

“Quando for apresentado acordo sobre o exercício do poder paternal relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória antes da fixação do dia da conferência prevista no número anterior, para que este se pronuncie sobre o acordo” (artigo 14.º, n.º 4, do DL n.º 272/01, de 13.10).

Sendo **obrigatória a audição da criança** no âmbito das providências tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais, conforme acima enfatizado,

- Deverá o Ministério Público promover tal audição em diligência judicial especialmente agendada para o efeito?
- Ou diligenciar ele próprio por tal audição, com respeito pelas regras enunciadas nos artigos 4º e 5.º do RGPTC?
(cfr., designadamente, artigos 4.º, n.ºs 1, al. c), e 2 e 5.º, designadamente o seu n.º 2 RGPTC)
- Ou, ainda, será ao conservador que cabe efectuar tal audição, na consideração de ser um processo da sua competência e tendo ele legitimidade para determinar a prática dos actos que julgue necessários (artigos 12.º, n.ºs 1, al. b), e 5, do DL n.º 272/01, de 13.10 e 274.º-A, n.º 3, do Código de Registo Civil), cabendo tão só ao Ministério Público a emissão de parecer sobre o acordo, nos termos dos artigos 14.º, n.º 4, do DL n.º 272/01 e 274.º-A, n.º 4 do Código de Registo Civil?
- Está dispensada, em qualquer caso, a observância das apertadas regras estabelecidas para a audição da criança no RGPTC e que vigoram também nos processos de promoção e protecção (artigo 84.º da LPCJP)?
- A não ser assim, como assegurar tal observância? Requerendo-a ao juiz, invocando a sua imprescindibilidade?

Se é certo que a atribuição de competência para o processamento de divórcios por mútuo consentimento às Conservatórias de Registo Civil radicou, além do mais, num propósito de desonerar os tribunais de processos que não consubstanciam verdadeiros litígios, é também certo inexistir fundamento que legitime o afastamento da obrigatoriedade de audição das crianças, no âmbito de tais processos.

De resto, idêntico propósito esteve também na base da publicação da mencionada Lei n.º 5/2017, de 2 de Março, nela se regulando expressamente a matéria referente à audição da criança, ainda que em termos não inteiramente inequívocos, conforme adiante se verá.

Entendimento diverso – ao dispensar diversidade de tratamento, em casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, em função dos processos correrem ou não termos em tribunal –, colocaria as crianças em situação de desigualdade, o que parece, a todos os títulos, incompreensível e juridicamente insustentável, designadamente à luz dos instrumentos

internacionais mencionados na primeira parte deste texto, desigualdade essa que é antecipável, sem qualquer esforço de raciocínio, não ter sido pretendida pelo legislador.

Das alterações introduzidas ao Código de Registo Civil pela Lei n.º 5/2017, de 2 de Março, decorre ter sido aditada ao mesmo a subsecção VII-A, à secção III do capítulo II do título III do Código do Registo Civil, com a designação «Processo de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo», integrando os artigos 274.º-A a 274.º-C, passando a constar do n.º 4 do citado artigo 274.º-B que “O Ministério Público **promove a audição do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança**, aplicando -se, com as necessárias adaptações, o disposto nos **artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível**, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro”.

Ainda que a escolha da nomenclatura utilizada não prime pela clareza, ao utilizar a expressão “promove”, temos por certo que o legislador terá querido significar algo de sentido equivalente a “assegura que” ou “diligencia por”, colocando no Ministério Público o dever assegurar a realização de tal diligência, a ela presidindo, atenta a sua vocação e competências constitucional e legalmente atribuídas.

De modo que a conclusão a extrair, pese embora o significativo acréscimo de trabalho daí adveniente e a consequente morosidade associada – que ocorrerá, pelo menos nalguns casos, mas que não é legitimadora de soluções jurídicas distintas ou alternativas – é a de que se encontra atribuída ao Ministério Público a competência para levar a efeito a audição da criança, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do RGPTC, remetendo-se aqui, sem necessidade de mais alongadas considerações, para tudo quanto expusemos acima relativamente aos cuidados e à minuciosa regulamentação hoje existente em matéria de audição das crianças.

Tal enquadramento e base jurídica conferem, no nosso entendimento, inelutavelmente consistência à conclusão a que chegámos, por ser a única capaz de salvaguardar adequadamente os interesses em presença, mormente o do superior interesse da criança.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/133trdz47f/flash.html?locale=pt>

8.

**Audição Técnica
Especializada –
A experiência da
ECJ Amadora/ Lisboa**

Vânia Silva
Célia Augusto



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AUDIÇÃO TÉCNICA ESPECIALIZADA – A EXPERIÊNCIA DA ECJ AMADORA/LISBOA**Vânia Silva*****Célia Augusto*****8.1. Resumo****8.2. Introdução****8.3. Enquadramento legal****8.4. Como se processa a intervenção técnica face a um pedido de realização de ATE em Processo Tutelar Cível****8.5. Novos ou velhos desafios para a Assessoria Técnica em processos tutelares cíveis?****8.6. Nota reflexiva****8.1 Resumo**

No presente artigo fazemos um breve enquadramento legal sobre o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC) consagrado na Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, onde incidimos essencialmente sobre a solicitação de Audição Técnica Especializada (ATE) consagrada no artigo 23.º da citada Lei. O cerne do nosso artigo prende-se com a metodologia técnica de intervenção no âmbito da realização da ATE, por parte da Equipa de Acompanhamento às Crianças e Jovens de Amadora / Lisboa (ECJ Amadora / Lisboa), destacando desde a premência da leitura das peças processuais, aos critérios da análise da competência territorial na resposta ao pedido judicial e a ponderação da necessidade ou não de uma intervenção em articulação com um(a) técnico(a) congénere. A metodologia por excelência na realização da ATE é a entrevista semidiretiva, na qual tentamos obter resposta para uma série de questões que vamos formulando consoante a situação concreta com que nos deparamos. Também utilizamos metodologias complementares, sujeitas a apreciação técnica casuística como sejam as entrevistas conjuntas às partes, a(s) entrevista(s) com a(s) criança(s), a avaliação familiar e a visita domiciliária. As fontes colaterais de informação são sempre elementos privilegiados a ter em conta, sejam estas formais (serviços) ou informais (familiares/rede de amigos). Por fim, tecemos algumas considerações sobre a elaboração do documento escrito de ATE, dando o nosso parecer acerca das características essenciais do mesmo. Formulamos ainda discussão sobre os desafios lançados pelo RGPTC, questionando-nos, porém, se estes desafios surgem com a entrada em vigor do RGPTC ou se são velhos desafios associados ao trabalho técnico na área tutelar cível. Os meritórios princípios estabelecidos no artigo 4.º do RGPTC são igualmente desafiantes, pelo que descrevemos principalmente os associados ao princípio da simplificação instrutória e oralidade e o princípio da consensualização. Equacionamos algumas questões dirigidas aos magistrados, no sentido de obtermos *feedback* sobre o trabalho desenvolvido, pretendendo desta forma e, em parceria, melhorar as respostas que de facto proporcionamos às nossas crianças e jovens na área tutelar cível.

8.2. Introdução

A apresentação que se segue, enquadrada no Curso de especialização “*Temas de Direito da Família e das Crianças*” do Departamento da Formação do Centro de Estudos Judiciários,

* Equipa de Acompanhamento às Crianças e Jovens do Setor Territorial Amadora – Lisboa do ISS.

expõe o entendimento técnico da ECJ Amadora/Lisboa relativamente à Audição Técnica Especializada (ATE).

Da ECJ Amadora/Lisboa fazem parte técnico(a)s do ISS,I.P. que integram as CPCJ's de Amadora e de Lisboa e a equipa de assessoria técnica ao tribunal, designadamente nas áreas das solicitações judiciais de promoção e proteção relativas a residentes no concelho da Amadora, e na área tutelar cível, relativas a residentes nos concelhos de Amadora e Lisboa (onde, no caso da capital, as solicitações judiciais de promoção e proteção são asseguradas pela SCML).

8.3. Enquadramento legal

Mais de um ano passado após a entrada em vigor do RGPTC (Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro), importa clarificar a atuação técnica face à solicitação de Audição Técnica Especializada, doravante designada por ATE.

A ATE é uma das formas de instrução, para fundamentação da decisão a ser tomada pelo juiz, prevista na alínea b) n.º 1 do artigo 21.º, sendo concretizada sempre que seja entendida por conveniente e independentemente da vontade das partes, observando-se, para o efeito, o disposto no artigo 23.º Existindo falta de acordo na conferência, deverá o juiz decidir provisoriamente sobre o pedido, suspendendo a conferência e remetendo as partes para Mediação ou Audição Técnica Especializada, conforme disposto no artigo 38.º.

O artigo 23.º define que a intenção da remessa para ATE é a de vir a obter consenso entre as partes. A audição técnica é dita especializada, porque praticada por especialistas em matéria de conflito parental, e visa dois aspetos: a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade das partes para um acordo que salvguarde o interesse da criança. Na sua tomada de decisão, o(a) juiz(a) terá em linha de conta os resultados desta audição, pelo que o relato, escrito ou oral, deverá conter indicação de eventual proposta concordante entre as partes, se tal foi possível, relativamente às questões em apreço.

A ATE, ao se constituir como uma das vias para avaliação da possibilidade de obtenção de consensos entre as partes em conflito, apresenta-se como metodologia exclusiva da assessoria técnica, de suporte ao respeito pelo princípio da consensualização, um dos três princípios basilares do regime geral mencionados no seu artigo 4.º.

8.4. Como se processa a intervenção técnica face a um pedido de realização de ATE em Processo Tutelar Cível

1.º Leitura das peças processuais

Se não existirem ou forem insuficientes, solicitá-las junto do Tribunal em causa, tendo o cuidado de obter a petição inicial (onde consta quem é o requerente do processo), alegações das partes, caso existam (onde as partes se pronunciam sobre o requerimento inicial); ata de conferência de pais (declarações das partes em sede judicial); despacho do Tribunal, nomeadamente regime provisório definido, caso exista, ou outro documento que qualquer uma das partes ou terceiro elemento pertinente tenha juntado ao processo (p. ex. relatório social elaborado no âmbito do PPP; avaliação psicológica feita à criança ou aos pais, etc).

2.º Verificação da atual competência territorial

Perceber, tendo em conta a competência territorial definida, se iremos **realizar a ATE tendo todas as partes envolvidas (duas ou mais), ou se apenas teremos uma parte** do processo (requerente ou requerido), e neste caso necessitamos de efetuar um trabalho de articulação com o(a) técnico(a) que irá fazer diligências junto da outra parte, sendo o técnico gestor do processo aquele que fará as diligências junto da parte que tem a(s) criança(s) a residir maioritariamente com o progenitor da sua área territorial.

O pedido de articulação no processo é feito para a equipa territorialmente competente via *email*, através da coordenadora de equipa. Deve ser feito antes de se iniciar qualquer diligência de avaliação do processo.

3.º Entrevista(s) individual(ais) às partes

A primeira diligência de avaliação a efetuar deverá ser **uma ou várias entrevistas individuais à parte ou partes no processo**. A entrevista deve ser conduzida segundo uma perspetiva compreensiva para perceção da situação que nos é transmitida pelo requerente ou requerido que temos em entrevista.

No final da entrevista deveremos ser capazes de perceber o seguinte (relativamente à entrevista com a pessoa A):

- Como A descreveu a sua relação com B?
- Quais os momentos críticos da relação focados por A?
- A relação entre A e B teve alterações relevantes do namoro para a união de facto ou casamento?
- A relação entre A e B foi aceite pela família alargada?
- Que perceção tem A acerca do seu acolhimento junto da família de B?
- Qual a perceção de A acerca do acolhimento de B por parte dos seus familiares?
- Os filhos foram desejados por ambos, planeados, ou foram acontecimento do acaso?
- Como A e B lidaram com a notícia da gravidez?
- A relação alterou-se, e de que forma, com o nascimento do(s) filho(s)?
- A criança foi bem recebida pela família alargada, que apoio tiveram os pais aquando do nascimento do bebé?
- Como A e B distribuíam as tarefas inerentes ao cuidar do bebé?
- Como era a divisão das tarefas domésticas por A e B (antes e após terem filhos)?
- Como era a participação económica de A e B nas despesas da família?
- Quais as perspetivas educativas de A?
- Qual a perceção de A relativamente à perspetiva educativa de B?
- Quais os motivos identificados como fonte de conflito no casal?
- Qual ou quais os principais motivos de conflito que A identifica como tendo sido desencadeadores da rutura conjugal?
- Qual a quota de implicação das características pessoais de cada um (A e B) na dificuldade de chegarem a um consenso acerca dos filhos?
- A ideia de separação do casal foi lançada/falada por quem? Como reagiu a outra parte?
- A consegue destrinçar a relação de casal da relação parental? E como A percebe que B o faz?
- Como A descreve os filhos, percebe as suas necessidades e faz por corresponder às mesmas?

- A foca interesses dos filhos tendo em conta aspetos importantes para a etapa de desenvolvimento em que os mesmos se encontram?
- Que mudanças ocorreram na participação relativamente aos filhos, aquando da separação por parte de ambos? (acompanhamento diário, escolar, médico, brincadeiras, estruturação de rotinas)
- Qual a proposta de A relativamente a uma possibilidade de acordo com B, em relação aos filhos?
- Perceber qual a capacidade de cedência de A e a percepção de A nesta matéria em relação à postura de B no sentido de obterem um acordo em relação aos filhos, que salvguarde de facto as necessidades destes?
- Perceber como A e B estão a cumprir o regime de regulação provisório estabelecido caso exista

A **entrevista efetuada deve ser semidiretiva**, isto é, devemos deixar o discurso do interlocutor fluir em certa medida mas orientá-lo, tendo em conta o esclarecimento das questões que temos em mente, no sentido de vermos esclarecidas estas e outras questões que se nos vão colocando, sempre de acordo com a história única e particular das pessoas que temos à nossa frente. A nossa postura deve ser empática para com o entrevistado, mas nunca de aliança ou compromisso com algo a que não nos poderemos comprometer, uma vez que o objetivo da nossa entrevista será sempre o de, *a posteriori*, redigir um documento processual, relevante para a tomada de decisão.

Devemos esclarecer claramente os entrevistados que não poderemos “guardar segredo”, do que nos poderão pretender contar, e que se assim for, poderão os próprios optar por não falar relativamente a um determinado assunto que não pretendam eventualmente ver exposto no documento a elaborar.

A entrevista poderá acontecer num só momento, ou em vários, sendo que muitas vezes, após realização da entrevista com o outro elemento do casal parental, surgem novas questões que teremos que esclarecer novamente com o primeiro entrevistado.

4.º Definição da restante metodologia a utilizar

A) Entrevistas conjuntas

Fazemos, por vezes, entrevistas conjuntas se:

- Avaliarmos A e B como tendo capacidade para chegar a um consenso útil em relação aos filho(s), isto é, se ponderarmos como provável que da realização de tal entrevista se obterão mais benefícios do que prejuízos. Devemos respeitar os momentos emocionais de cada parte, pois sabemos que quando um dos dois não se encontra preparado do ponto de vista interno para estar na presença e em diálogo com o outro, os prejuízos de “forçar” tal situação serão mais graves do que os benefícios, inclusive para os filhos, que muitas vezes são os alvos preferenciais das projeções das emoções negativas dos pais, após realização de tal sessão conjunta.
- Se as partes a aceitarem livremente.

Destacamos, ainda, que a entrevista conjunta não deve acontecer em casos de violência doméstica entre as partes, pois foram ultrapassados limites de forma inaceitável e a proposta

insistente de entrevista conjunta materializa, no limite, a falta de respeito pela vítima e a validação do comportamento do(a) agressor(a).

As técnicas de comunicação não podem ser encaradas como mágicas e capazes de ultrapassar o concreto da violência da situação. Em nosso entender, estas técnicas e a metodologia da entrevista conjunta deverão ser utilizadas com pessoas que estejam próximas da possibilidade de alcançar um consenso, seja ele total ou parcial, e não por forma a espelhar o conflito, correndo-se o risco de ocorrência de novos episódios de violência durante ou após a sessão conjunta.

O mesmo poderemos dizer quando uma das partes também agiu de forma violenta ou abusadora para com o(a) filho(a), inviabilizando-se deste modo a entrevista conjunta e esperando-se que criminalmente se aja em conformidade.

B) A Entrevista à Criança

Em nosso entender, a entrevista à criança só deve acontecer quando se revela estritamente necessária para complementar a avaliação técnica em questão no processo concreto, isto é, se se perspetivar que os adultos chegarão a acordo (e que esse acordo se revele salutar para a criança), prescinde-se da entrevista com a criança.

A entrevista à criança deverá ter em conta a sua idade, nível de desenvolvimento, capacidade de comunicação, e características pessoais. As entrevistas com crianças pequenas acontecem, preferencialmente, num espaço lúdico e no decurso da brincadeira. As entrevistas a adolescentes já utilizam técnicas mais semelhantes às utilizadas com adultos.

Devemos perceber qual a noção que a criança tem acerca da situação e do processo. O que é que para ela vai ser decidido e o que poderá acontecer.

Devemos tentar perceber quais as preocupações da criança, os seus medos e principais receios. Devemos igualmente entender qual o constructo mental que a criança faz acerca da separação dos pais (é habitual algumas crianças culpabilizarem-se da separação dos pais. Tal crença irrealista é, por vezes, validada nos casos de litígio parental, uma vez que a criança sabe que os pais mantêm zanga e processo judicial “por causa dos filhos”).

Devemos perceber se o discurso da criança é genuíno ou colado ao discurso de algum dos pais.

Junto da criança também devemos perceber como era a vida desta enquanto os pais estavam juntos, que memórias tem a criança dos tempos que estava com o pai, com a mãe ou com ambos. Quem fazia o quê, e do que ela mais gostava de fazer com cada um dos pais.

Com crianças que tenham maturidade para o fazer, ou que de forma espontânea o façam deveremos perceber quais as sugestões que elas fazem para o seu futuro imediato, e porque apontam tal perspetiva (gostarias que passasse a ser assim porquê?; achas que é mais confortável assim porquê?). Tentar que a criança perceba no concreto as implicações das suas sugestões na sua vida diária (ex: horários, rotinas, escola, atividades extracurriculares, relação com os amigos).

C) Avaliação Familiar

Em caso de conflito aberto e dificuldade na perceção por parte do técnico do papel desempenhado por cada progenitor junto do(a) filho(a), e em especial perante crianças pequenas, muitas vezes sugerimos a avaliação familiar, que consiste na observação direta da interação entre pais e filhos, aplicando um protocolo com várias etapas, que vão desde a permanência do progenitor com quem as crianças residem em interação com os filhos em ambiente controlado, à passagem desta situação para a interação dos filhos com o outro progenitor, com entradas e saídas de ambos os progenitores da sala, com vista a apreciar também os momentos de tensão na presença de toda a família, e a forma como cada elemento gere essa situação (protocolo de Tilman Furniss).

As crianças mais pequenas são bastante espontâneas e com este tipo de avaliação muitas vezes desfazem-se de imediato dúvidas, que tenderiam a persistir numa avaliação baseada meramente em relatos. Esta situação ainda que em ambiente controlado é mais próxima das autênticas interações existentes entre pais e filhos.

D) Visita Domiciliária

À semelhança de outras diligências, também a realização da **visita domiciliária** acontece apenas quando se justifica. Por exemplo, quando algum dos pais coloca a questão como fator pertinente ou surgem dúvidas ao próprio técnico quanto às condições habitacionais e contexto familiar em que as crianças vivem, sendo uma diligência que permite, através da organização da casa/espacos perceber a organização familiar.

Recorre-se igualmente à visita domiciliária, quando percebemos que no contexto familiar será mais fácil conversar com as crianças, dando-lhes a oportunidade de nos explicar e mostrar a forma como estão ou não à vontade naquela casa.

Pode ser também realizada quando o requerente/requerido não tem possibilidade de sair de casa (doença, prisão domiciliária).

5.º As Fontes Colaterais

Deveremos recolher informações junto das fontes colaterais, em especial as neutras/imparciais, nomeadamente, informações recolhidas junto de escolas e de serviços de saúde. Os agentes educativos de proximidade (professores do ensino regular, ou de atividades extracurriculares) são, na maioria das vezes, aqueles que acedem de forma diária e contínua à realidade das crianças, e percecionam alterações de comportamento ou de emoções nas mesmas. Esta informação é muito relevante porque deriva de uma avaliação continuada no tempo e não apenas de uma avaliação pontual. Poderá ser igualmente necessário recorrer a informações junto de profissionais que tiveram contacto/acompanharam a criança em momentos anteriores, nomeadamente quando ocorreu mudança de escola.

Caso existam, em simultâneo, processos de outra natureza relativamente à mesma criança, é necessário obter junto dos técnico(a)s, informações acerca dos mesmos (por exemplo, no âmbito de processos de promoção e proteção e no âmbito de processos tutelares educativos).

Muitas vezes é também pertinente obter informações junto das entidades responsáveis pelo acompanhamento social da família, designadamente as IPSS's, ou mesmo a entidade patronal

etc. Nestes casos, previamente e de forma transparente, é nossa prática pedir autorização ao(s) entrevistado(s) para estabelecer os referidos contactos, e inclusive pedir-lhes para informarem as pessoas/entidades em causa quanto ao propósito do contacto.

Neste mesmo sentido poderemos ter que falar com outras pessoas significativas para a criança, como por exemplo outros familiares, ou o(a) companheiro(a) do pai ou da mãe.

É nosso entender que, quando o(a) mesmo(a) técnico(a) não realiza a avaliação de ambos os intervenientes, a avaliação fica prejudicada, porque se alarga o espectro de variáveis passíveis de produzirem erro. Consideramos que, em avaliações efetuadas pelo(a) mesmo(a) técnico(a), um eventual erro avaliativo seria da mesma natureza, pois seria o(a) mesmo(a) técnico(a) a realizar todas as diligências, diminuindo a entropia, pois o(a) mesmo(a) técnico(a) teria acesso, na sua pessoa, a toda a informação, apreciando-a segundo os mesmos critérios, o que não acontece quando a avaliação é efetuada por técnico(a)s diferentes, ainda que os procedimentos estejam claramente definidos e sejam devidamente aplicados.

6.º Elaboração/transmissão do produto final: redação do documento escrito de ATE/audiência

1º Deve conter dados de identificação atualizados das partes.

2º Informar das fontes e metodologia usadas na avaliação.

3º Informar claramente da possibilidade de consenso entre as partes e, em caso afirmativo, em que questões.

4º Dar enfoque nas competências parentais de cada progenitor e sua rede de suporte. Tornar claras as características pessoais de cada uma das partes que facilitam a negociação e promovam a atenuação do conflito, com propostas viáveis para o bem-estar da criança. Expor sempre que possível se o requerente ou requerido tem a capacidade atual para se focar na satisfação dos interesses dos filhos, separando tais questões do litígio conjugal que ainda possa existir.

5º Explicar como cada uma das partes gere/ funciona perante o conflito instalado, e em que posição coloca os filhos face a esse mesmo conflito.

6º Dar um parecer técnico tendo em conta a análise dos pontos focados anteriormente, tendo sempre como princípio o bem-estar da(s) criança(s) e a real possibilidade de crescerem de forma estruturada, mantendo a relação possível com cada um dos progenitores e restantes elementos da família materna e paterna.

Dar parecer quanto ao exercício da regulação das responsabilidades parentais da(s) criança(s), modalidade de residência da(s) mesma(s), contributo de ambos os pais para sustento dos filhos, e modalidade de convívios entre pai/ mãe e filho(s) em caso de residência única.

Se não for possível tal parecer, deve ser dado o parecer possível de acordo com os fundamentos tidos para o efeito. Caso nos deparemos com uma situação de perigo, deveremos encaminhá-la para o organismo competente dando conta dessa diligência ao Tribunal, e solicitar a suspensão do processo tutelar cível enquanto decorrer o processo de promoção e proteção propondo-se, quando necessário, o estabelecimento de um regime provisório,

para que a situação da criança não permaneça num vazio legal, o qual na nossa experiência tende a aumentar o conflito entre as partes.

Caso o Tribunal solicite apenas parecer quanto a um aspeto específico, o nosso parecer deverá incidir apenas nesse aspeto, dando, no entanto, informação acerca de outros, caso se detetem constrangimentos noutras matérias da regulação das responsabilidades parentais.

No caso de os pais conseguirem chegar a algum consenso, na conclusão devemos dar enfoque ao consenso alcançado pelos pais, emitindo igualmente o nosso parecer acerca do mesmo, tendo em conta o interesse da criança (um desenvolvimento global o mais harmonioso possível).

8.5. Novos ou velhos desafios para a Assessoria Técnica em processos tutelares cíveis?

O RGPTC coloca alguns desafios à assessoria técnica, tanto no contexto da intervenção como ao nível da coordenação do trabalho da equipa. Questionamo-nos, porém, se estes desafios surgem com a entrada em vigor do RGPTC ou se são **velhos desafios associados ao trabalho técnico** na área tutelar cível, que era já levado a cabo pelas equipas. A avaliação da origem do conflito, das competências parentais e a promoção da disponibilidade das partes para o consenso já anteriormente orientava o trabalho técnico, pelo que o RGPTC parece vir consagrar e atualizar aquela que era já a prática vigente.

Os meritórios princípios estabelecidos no RGPTC são igualmente desafiantes.

A alínea a) do artigo 4.º institui o princípio da **simplificação instrutória e oralidade**. A respeito deste princípio, gostaríamos de referir que, em nosso entender, a transmissão dos resultados das avaliações técnicas via oral, levanta questões da interpretação da linguagem não-verbal e para-verbal, tornando a mensagem menos factual, e dando azo a contestações pelas partes relativamente a aspetos acrescidos, para além dos habituais, associados ao conteúdo da comunicação propriamente dito. O(a) técnico(a) terá que organizar as suas informações e recorrer às mesmas em audiência, pelo que poderemos não verificar uma efetiva simplificação instrutória, sendo evidente que existirá inclusive duplicação do trabalho se à assessoria técnica for solicitado relatório social bem como a transmissão do parecer em audiência. Sabemos que outras equipas funcionam em pleno equilíbrio com o princípio da oralidade nos tribunais aos quais maioritariamente dão resposta, mas no que nos diz respeito, temos um caminho a construir em conjunto com os juízos dos tribunais que mais assessoramos, para que eventualmente tal venha a ser viável e verdadeiramente eficiente.

Ainda a este respeito, a ECJ Amadora/Lisboa considera que o envio de **informações intercalares** só será adequado, por exemplo, no decorrer do acompanhamento de um regime de regulação das responsabilidades parentais e não em sede de ATE. No âmbito da solicitação de ATE, o envio de informações intercalares, que se reportam a momentos específicos, abre campo para a contestação pelas partes e poderá mesmo inviabilizar o sucesso do produto final. As informações intercalares no âmbito da ATE são de natureza particular, apenas associadas a pedidos específicos por parte do(a) juiz(a).

A ATE apresenta-se como metodologia exclusiva da assessoria técnica, de suporte ao respeito pelo **princípio da consensualização**, um dos três princípios basilares do regime geral mencionados no artigo 4.º. Com a introdução da figura da ATE, pretende-se, tal como consta da proposta de Lei n.º 338/XII que deu origem ao RGPTC, *“enriquecer e agilizar a instrução trazendo ao tribunal a avaliação diagnóstica das competências parentais, potenciando a*

disponibilidade das partes para o acordo de regulação das responsabilidades parentais que melhor salvaguarde o interesse da criança”.

Se a ATE ocorre independentemente da vontade das partes, o mesmo não se passa relativamente ao consenso. Pelo que constitui um desafio ao trabalho técnico em matéria de ATE o **perfil típico das famílias** do nosso universo de intervenção. Face à falta de acordo entre as partes em conferência e à rejeição de encaminhamento para mediação familiar, a solicitação de ATE traz à equipa a franja dos processos em que outras formas de gestão do litígio foram recusadas e/ou fracassaram.

A conflituosidade nestas famílias é visível através de indicadores que apelidaremos de externos (porque externos aos indivíduos), tais como: conflitos graves e de elevada durabilidade no tempo, sucessivos recursos judiciais, antecedentes de queixas criminais e fracasso de intervenções anteriores, crianças com sintomatologia associada ao litígio. A grave conflituosidade entre as partes tem impacto negativo no desempenho das competências parentais, em particular na dimensão da comunicação: visíveis pela ausência de contactos pessoais sendo a comunicação efetuada através de advogados ou registos escritos, desempenho unilateral das funções parentais sem articulação nem garante da continuidade das vivências das crianças.

Relativamente a características individuais e relacionais, as partes apresentam, com frequência, perturbações ao nível da saúde mental, impulsividade, recurso à hostilidade verbal e agressividade, perceção negativa e cristalizada relativamente ao outro progenitor, desejo de vingança face ao outro, em casos graves recorrendo para o efeito a formas de maltrato sobre os filhos (ex: falar constantemente, junto dos filhos, de forma depreciativa acerca do outro progenitor).

Neste ajuste de contas emocional, dificilmente existirá espaço ou condições para o consenso.

Perante a falta de consenso, parece-nos que a **decisão provisória** é efetivamente fundamental, inclusive para abrir o caminho para o futuro consenso. Nos casos em que a solicitação de ATE inclui uma decisão de regime de Regulação das Responsabilidades Parentais (RRP) provisório, notamos alguma contenção nas retaliações e na dinâmica do litígio, por vezes com pequenas cedências, e a interiorização pelas partes do poder coercivo do tribunal. Na situação contrária, verificamos que a ausência de um regime provisório tende a causar o caos e a agudização do conflito.

Perante o imperativo de tomar decisões mesmo em situações de litígio aberto, a avaliação das competências parentais é de extrema relevância. Ainda assim, nas situações de reiterado incumprimento, parece-nos que o artigo 40.º, n.ºs 6 e 7, abre a possibilidade de acompanhamento do regime provisório, que poderá ter maior eficácia que a ATE.

No que concerne ao conteúdo que internamente foi conferido a esta audição técnica, surge como verdadeiramente inovador a realização de um **documento único** que coloca em paralelo as posições das partes, clarificando as divergências e os pontos comuns. Com maior destaque surge agora a ponderação de realização de múltiplas entrevistas e ainda de entrevistas conjuntas, mesmo que as partes residam em áreas da competência territorial de equipas diferentes, e também o imperativo da articulação simultânea entre o(a)s dois técnico(a)s responsáveis pela avaliação das partes. O investimento necessário requer assim mais tempo, capacidade de coordenação entre equipas, uma gestão eficiente dos recursos humanos disponíveis, de modo a que todas as solicitações tenham o seu lugar, mas também que a

equipa consiga ter espaços para intervenção sobre as mudanças em curso sem esquecer a sua identidade.

O desenvolvimento em curso do **protocolo de intervenção** tem permitido uma adaptação das equipas às especificidades das populações residentes nos referidos territórios, bem como tentar cada vez mais corresponder às expectativas dos tribunais com que trabalhamos. Como já referimos, a nossa ECJ, em particular, apoia maioritariamente o Tribunal de Comarca Lisboa – Juízo de Família e Menores de Lisboa, e o Tribunal de Comarca de Lisboa Oeste – Juízo de Família e Menores da Amadora, nas providências tutelares cíveis, pelo que nos é permitido verificar na prática a necessidade de adaptar as metodologias usadas em sede de ATE.

8.6. Nota reflexiva

Finalmente, a equipa gostaria de agradecer o convite para estar presente nesta conferência. Em primeiro lugar, pela oportunidade de comunicarmos o nosso entendimento técnico sobre a ATE; em segundo lugar, porque também para nós este convite serviu de motor à reflexão e à interrogação sobre a nossa prática e identidade enquanto equipa.

Gostaríamos de terminar devolvendo aos Srs. Magistrados algumas questões:

Qual a pertinência dos nossos relatórios sociais enquanto meios auxiliares para a tomada de decisão?

Que propostas têm no sentido de melhorar o nosso trabalho e a utilidade do mesmo? Quais os pontos fortes e áreas a melhorar, relativamente aos relatórios sociais que rececionam por parte da nossa equipa?

Vídeo da apresentação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/sl43esw80/flash.html?locale=pt>

9.

Intervenção judicial no processo de inventário para separação de meações

Carla Câmara



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

INTERVENÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO DE INVENTÁRIO PARA SEPARAÇÃO DE MEAÇÕES

Carla Câmara*

O inventário para separação de meações, destinado a partilhar os bens comuns do casal, nomeadamente em caso de divórcio, à luz da Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, passou a ser tramitado nos Cartórios Notariais (artigo 79.º, designadamente o seu n.º 3, e artigo 3.º, n.º 6, do NRJPI).

Assim, havendo que proceder à partilha do património comum do casal e liquidação do passivo da sociedade conjugal, por cessarem as relações patrimoniais entre os cônjuges ¹, o processo adequado é o previsto nos artigos 79.º e 80.º do RJPI.

Este processo de inventário, em consequência de separação, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento, segue a tramitação prevista para o processo comum de inventário, nos termos do artigo 79.º, n.º 3, 1.ª parte, com as especificidades decorrentes do fim a que se destina, da natureza do património a partilhar, bem como as aludidas nos mencionados artigos 79.º e 80.º.

Característica indiscutível pretendida alcançar pelo Regime Jurídico do Processo de Inventário, é a assunção de uma **natureza primordialmente não judicial**.

E primordialmente não judicial em vez de desjudicialização porque, verdadeiramente, o processo **tem uma tramitação nos Cartórios Notariais** e, chegada a fase de ser proferida **sentença homologatória da partilha**, o mesmo é remetido para o Tribunal da Comarca do Cartório Notarial onde o processo foi apresentado, sendo aí distribuído (artigos 66.º, n.º 1, 3.º, n.º 7, 83.º do RJPI e artigo 212.º, espécie 7.ª, do CPC aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho).

O **Tribunal de 1.ª instância da Comarca do Cartório Notarial** intervirá no processo de inventário, para além do momento em que deva proferir **decisão homologatória da partilha** (artigo 66.º do RJPI), também para **conhecer dos recursos** que venham a ser interpostos da decisão do Notário (Cfr., designadamente, artigos 16.º, n.º 4, e 57.º, n.º 4).

Intervenção diversa desta, que nada tem que ver com a intervenção na sequência da distribuição acima referida, **é o conhecimento, pelos tribunais de 1.ª instância das acções que lhes vierem a caber**, sempre que, ao abrigo dos artigos 16.º, n.ºs 1, 17.º, n.º 2, 36.º, n.º 1 e 57.º, n.º 3, seja caso de remessa dos interessados para os meios judiciais comuns.

Assim, a **competência para a tramitação a cargo dos Notários não abrange todos os actos a praticar no âmbito do processo de inventário**, por um lado e, por outro, assiste às partes o

* Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Lisboa.

¹ Artigo 1688.º do Código Civil «Cessação de relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges»: «As relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges cessam pela dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento, sem prejuízo das disposições deste Código relativas a alimentos; havendo separação judicial de pessoas e bens, é aplicável o disposto no artigo 1795.º-A.».

direito de acção judicial para as questões que, atenta a sua natureza ou complexidade da matéria de facto e de direito, devam ser decididas nos meios comuns.

No primeiro caso, a intervenção judicial cabe ao Tribunal da Comarca do Cartório Notarial (artigo 3.º, n.º 7, do NRJPI). No segundo caso, a tramitação destas acções judiciais caberá aos Tribunais competentes de acordo com as regras gerais sobre a competência do artigo 59.º e segs do CPC.

A intervenção judicial faz-se, assim, numa dupla vertente: na prática de actos que nos termos da lei sejam da competência do juiz (artigo 3.º, n.º 7, do RJPI) e na tramitação **das acções que devam correr nos tribunais judiciais** (artigos 16.º, 17.º, n.º 2, 36.º, n.º 1, e 57.º, n.º 3, NRJPI).

Cabe aos Cartórios notariais efectuar o processamento dos actos e termos do processo de inventário (artigo 3.º, n.º 1, RJPI), **cabendo ao Tribunal da Comarca do Cartório Notarial onde o processo foi apresentado praticar os actos que nos termos do RJPI sejam da competência do Juiz** (artigo 3.º, n.º 7, RJPI).

Que actos são estes a praticar pelo Juiz do Tribunal da Comarca do Cartório Notarial é do que trataremos.

Este sistema mitigado, em que a competência para o processamento dos actos do processo de inventário cabe aos cartórios notariais, excepto aqueles cuja competência, nos termos da Lei n.º 23/2013, sejam da competência do Juiz, tem trazido inúmeras dificuldades práticas.

Efectivamente, esta tramitação a «*duas mãos*», efectuada **à luz de uma Lei em muitas matérias omissa** e que convoca, assim, a aplicação do Código de Processo Civil (artigo 82.º RJPI), importa, para além das dificuldades naturais da **articulação entre os dois regimes**, a **dificuldade acrescida de interpretar o regime supletivo sem perder de vista as particularidades desta dualidade de intervenientes**, nas qualidades diferentes em que **intervêm**, à luz de diferentes competências.

Uma nota importa que se deixe a este propósito: a necessidade de não se perder de vista que a opção legislativa pela referida dualidade de intervenientes, pelo formato a atribuir ao processamento do inventário, designadamente, no que toca à intervenção do tribunal e à articulação entre a função notarial e a função jurisdicional, foi sendo **sedimentada à luz da necessidade de expurgar qualquer anátema de inconstitucionalidade** do diploma.

E esta questão coloca-se a propósito **daquela que é a intervenção principal do Juiz no processo de inventário**, constituída pela **decisão homologatória da partilha**.

E isto porque, assentando a decisão da partilha no despacho determinativo da forma da partilha, no mapa da partilha e nas operações de sorteio, que suportam a decisão final, destinando-se esta a homologar tais operações, tal intervenção judicial assume verdadeira

característica de sentença² (e não de mera formalidade, como acontecia quando todos aqueles actos eram praticados pelo Juiz que se limitava a conferir chancela ao que anteriormente praticara nos autos).

Poderá o Juiz **não homologar a partilha**, mencionando fundamentadamente os motivos determinantes da não confirmação dos actos anteriormente praticados, desencadeando, em sede notarial, a realização de novos actos de partilha ou a prática de actos que, por omitidos, impedem aquela homologação (previsão que não se mostra presente no RJPI e que encontrávamos enunciada na Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho³).

«10. A decisão que o juiz pode tomar é, como decorre do n.º 1, uma de duas: Ou homologa a partilha constante do mapa e das operações de sorteio que lhe são remetidos; Ou não homologa. Não lhe cabe introduzir, motu proprio, as alterações ou modificações que entenda por convenientes. Todavia, não está vedado ao juiz que enuncie os actos que, em sede notarial, devam ser praticados, ou que supra as irregularidades que aquele detecte, inclusive em questões incidentais e decisões interlocutórias até então proferidas, que se tenham reflectido nas operações de partilha.

Para além disso, deverá o juiz, como é óbvio, suscitar e decidir nulidades que sejam de conhecimento oficioso (v.g. falta de citação, nulidade da citação edital, erro na forma de processo e falta de vista ou exame ao Ministério Público como parte acessória – artigo 202.º do Código de Processo Civil, ex vi artigo 82.º)»⁴.

Impende sobre o Juiz o dever de verificar a legalidade da partilha, do ponto de vista substantivo (cumprimento das disposições legais substantivas) e processual (nulidades e excepções de conhecimento oficioso), o que foi expressamente reconhecido no Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República de 12.12.2012, sobre a Proposta de Lei n.º 105/XII, que antecedeu a Lei n.º 23/2013, de 5 de Março⁵:

*«(...) algumas normas da Proposta suscitaram **dúvidas quanto à sua constitucionalidade** (...). O que está em causa é a **alegada violação do princípio constitucional da reserva jurisdicional** (...), não só porque pode entender-se que o juiz perde o controlo geral do processo, que passa para o notário, mas também porque este último passa a realizar verdadeiros julgamentos e facto e de direito, apreciando a prova documental e testemunhal apresentada, exercendo,*

² «Diz-se sentença o acto pelo qual o Juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa.» - artigo 152.º, n.º 2, CPC.

³ «A decisão de não homologação deve ser fundamentada e propor a forma da realização da nova partilha pelo conservador ou notário.» - artigo 60.º, n.º 2, da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho.

⁴ Carla Câmara, Carlos Castelo Branco, João Correia, Sérgio Castanheira, in Regime Jurídico do Processo de Inventário Anotado, Almedina, 2013, 2.ª Edição, pag. 354. No mesmo sentido: Tomé d'Almeida Ramião, in O Novo Regime do Processo de Inventário, Quid Juris, pag. 170; Eduardo Sousa Paiva, Helena Cabrita, in Manual do Processo de Inventário, à Luz do Novo Regime, Coimbra Editora, pag. 195-196. Em sentido contrário no que se refere à amplitude da decisão homologatória da partilha: Abílio Neto, in Processo de Inventário Anotado, Ediforum Edições Jurídicas, Lda, pag. 277.

⁵ <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37329>

nessa medida, verdadeiros poderes jurisdicionais, que a Constituição reserva exclusivamente aos tribunais.

*(...) essas indicadas **dúvidas ou desconformidade podem suavizar-se ou ultrapassar-se com o poder de homologação da partilha** que o art 66.º da Proposta confere ao juiz. Com o despacho que, afinal, tem de proferir, o juiz **deve verificar a legalidade de todos os actos praticados, validando-os e confirmando-os ou não e conferindo-lhes depois força de sentença.***

*(...) Com a presente proposta, **qualquer questão litigiosa ou indevidamente decidida pelo notário, acabará sempre e em última instância** (por maioria de razão se as partes assim o desejarem com uma impugnação ou com um recurso) **por ser apreciada e escrutinada por um juiz.**» (sublinhado nosso).*

Para a abordagem que me foi proposta, procederei ao **elenco das intervenções previstas, a cargo do Juiz**, para depois me deter **na identificação, exemplificativamente, de questões que permitem evidenciar as referidas dificuldades** a propósito dos identificados actos.

Incumbe ao Juiz a prática dos seguintes actos no processo de inventário:

a) Com previsão na Lei n.º 23/2013, de 5 de Março:

- ✓ Homologação do acordo dos interessados que põe fim ao processo na conferência preparatória (artigo 48.º, n.º 7, e 66.º, n.º 1, RJPI);
- ✓ Decisão homologatória da partilha (artigo 66.º, n.º 1, RJPI);
- ✓ Decidir o recurso interposto da decisão do notário que indeferir o pedido de remessa das partes para os meios comuns (artigo 16.º, n.º 4, RJPI);
- ✓ Decidir recurso interposto do despacho determinativo da forma da partilha (artigo 57.º, n.º 4, RJPI);
- ✓ Decidir, afinal, sempre que as questões revistam especial complexidade, do pagamento de um valor superior de taxa de justiça, dentro dos limites estabelecidos na Tabela do RCP (artigo 83.º, n.º 1, RJPI).

b) Com previsão na Portaria n.º 46/2015, de 23 de Fevereiro (que Regulamenta o processamento dos actos e os termos do processo de inventário no âmbito do Regime Jurídico do Processo de Inventário aprovado pela Lei n.º 23/2013, de 5 de Março):

- ✓ Decidir dos valores dos honorários previstos para os processos de inventário de especial complexidade, bem como para os incidentes de especial complexidade (artigo 18.º, n.ºs 4 e 5, da Portaria n.º 46/2015, de 23 de Fevereiro).⁶

⁶ Artigo 18.º da Portaria 46/2015, de 23 de Fevereiro «Honorários do processo» «1 - São devidos honorários ao notário pelos serviços prestados no âmbito do processo de inventário. 2 - Os honorários notariais devidos pelo processo de inventário são os constantes do Anexo I da presente portaria, que dela faz parte integrante, sendo devidos conjuntamente por todos os interessados, nos termos do artigo seguinte. 3 - Os honorários notariais devidos pelos incidentes são os constantes do Anexo II da presente portaria, que dela faz parte integrante, sendo devidos por cada um dos interessados que tiver intervenção no incidente. 4 - A aplicação dos valores de honorários previstos para os processos de inventário de especial complexidade, bem como para os incidentes de especial complexidade, é determinada pelo juiz, a requerimento do notário efetuado juntamente com a remessa do processo de inventário

✓ Decidir a reclamação da nota final de honorários e despesas (artigo 24.º da Portaria n.º 46/2015, de 23 de Fevereiro).⁷⁸

c) **Com previsão no Código Civil:**

✓ Designar cabeça de casal quando todas as pessoas referidas no artigo 2080.º do Código Civil se escusarem ou forem removidas (artigo 2083.º do Código Civil).⁹

d) **Com previsão no Código de Processo Civil:**

✓ Apreciar a legitimidade da escusa com fundamento em sigilo profissional e tramitar o incidente de dispensa do dever de sigilo, nos termos do artigo 135.º, do Código de Processo Penal, junto do Tribunal da Relação respectivo, que dela deva conhecer (artigo 417.º, n.º 3, c), e n.º 4 do CPC e artigo 135.º do Código de Processo Penal).

✓ Decidir os recursos interpostos das decisões dos Notário, nos casos em que cabe recurso de apelação (artigo 76.º, n.º 2, 1.ª parte, RJPI e 644.º do CPC).

Este elenco que aqui deixámos tem carácter exemplificativo, na medida em que o Juiz intervirá sempre que estivermos perante a necessária prática de actos atinentes à função jurisdicional.

Deixar-vos-ei, agora, a referência a alguns **casos concretos que permitem constatar as dificuldades de aplicação prática** desta tramitação do processo de inventário, ciente de que há **muito para fazer**, mas também que **do debate que destas e doutras questões se faça resultará melhor aplicação da Lei e uma mais concertada actuação de todos os agentes judiciais** com intervenção no processo de inventário.

para o tribunal para efeitos da homologação da partilha prevista no n.º 1 do artigo 66.º da Lei n.º 23/2013, de 5 de março.»

⁷ Artigo 24.º «Reclamação da nota final de honorários e despesas»: «1 - Qualquer parte pode reclamar para o notário da nota final de honorários e despesas, com fundamento na desconformidade com o disposto na Lei n.º 23/2013, de 5 de março e na presente portaria. 2 - O notário que não proceda à revisão da nota final de honorários e despesas nos exatos termos requeridos deve enviar para o tribunal competente, no prazo de 10 dias a contar da receção do requerimento, a reclamação e a resposta à mesma. 3 - Caso o notário não proceda à revisão da nota de honorários e despesas nos exatos termos requeridos, nem envie, no prazo previsto no número anterior, a reclamação para o tribunal competente, considera-se deferida a reclamação. 4 - O juiz, apreciadas as circunstâncias do caso concreto, pode condenar em multa, nos termos gerais, o reclamante, quando a reclamação seja julgada improcedente, ou o notário, quando a reclamação seja julgada procedente.»

⁸ O recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 191/16.9YRPRT, Nº Convencional:JTRP000,LUÍS CRAVO, de 13-09-2016, decidiu que «I – Ao novo processo de inventário da Lei n.º 23/2013, de 5 de Março (...) não é aplicável o Regulamento das Custas Judiciais quanto à fixação do montante de honorários notariais devido a final, mormente o n.º7 do art. 6.º deste, no qual se prevê a possibilidade de ser dispensado o pagamento relativo ao remanescente ainda por pagar, porquanto a Portaria n.º 278/2013 de 26 de Agosto que regulamentou o dito processo de inventário, fixa um regime especial quanto a esse particular, ao ter regulamentado de forma expressa as “custas do processo de inventário”, e havendo um especial rigor e detalhe na previsão e estatuição sobre os critérios, regras de cálculo, momento/mo de pagamento e responsabilidade pelo pagamento correspondente. II – À luz de um juízo de (in)constitucionalidade, não se pode considerar haver uma manifesta desproporção entre o valor liquidado de honorários notariais (€15.180,66) e o custo implicado na partilha consequente à extinção da comunhão de bens entre os cônjuges, cujo inventário processado no Cartório Notarial tinha o valor de €1.133.910,00, e veio a terminar por acordo entre os interessados na Conferência Preparatória, com subsequente homologação judicial.»

⁹ Artigo 2083.º «Designação pelo tribunal»: «Se todas as pessoas referidas nos artigos anteriores se escusarem ou forem removidas, é o cabeça de casal designado pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado.»

Exemplificando:

✓ Qual o Tribunal hierarquicamente competente para conhecer em recurso dos actos praticados pelo Notário?

E coloco esta questão porque Juízes há que entendem que dos actos do Notário, excepto quando a lei especificamente estabelece a competência do Tribunal de 1.ª instância Comarca, são competentes os Tribunais da Relação.

Assim, interposto recurso para o Tribunal da 1.ª instância, consideram ser competente a Relação, proferindo despacho que considera a sua incompetência em razão da hierarquia, em consequência do que absolvem da instância o requerido cônjuge e, por aplicação do artigo 99.º do CPC, ocorrendo manifestação de aproveitamento dos articulados, remetem para o Tribunal da Relação [de Lisboa].

Esta tramitação parece-me destituída de qualquer fundamento.

Não se tratando de decisões interlocutórias judicialmente proferidas que devam subir com o recurso da decisão final (e cuja previsão encontramos no artigo 76.º, n.º 2, 2.ª, parte do RJPI), caso em que, subindo com o recurso da decisão homologatória da partilha, são conhecidas pelo Tribunal da Relação territorialmente competente, nos termos do artigo 66.º, n.º 3, do CPC), nos demais casos, as decisões tomadas apenas serão objecto de impugnação para o Tribunal de 1.ª instância territorialmente competente.

Das **decisões proferidas pelo Notário recorre-se para o Tribunal de 1.ª instância**. Das decisões do Tribunal de 1.ª instância, recorre-se para o Tribunal da Relação.

E tal resulta claro do pensamento legislativo subjacente a este RJPI e da unidade do sistema jurídico que contempla essa distinção entre recursos para a 1.ª instância e recursos para o Tribunal da Relação, como se alcança, respectivamente, dos artigos 57.º, n.º 4, e 66.º, n.º 3, do CPC, bem como tal encontra previsão legal no artigo 3.º, n.º 7, do RJPI que atribui competência ao tribunal da comarca para praticar os actos que devam ser praticados no processo de inventário e que sejam da competência do juiz.

Acresce decorrer expressamente do artigo 644.º, n.º 2, do CPC que o recurso de apelação tem por objecto uma decisão proferida por um Tribunal de 1.ª Instância, dispondo, por seu turno, o artigo 627.º, n.º 1, do CPC que as decisões judiciais podem ser impugnadas por meio de recursos.

Assim, o recurso para o Tribunal da Relação tem necessariamente por objecto uma decisão jurisdicional.

✓ A remessa do processo para os meios comuns ou a remessa da questão para ser decidida pelos meios comuns?

Ocorreu já a remessa de processo de inventário para distribuição pela secção de família e menores do Tribunal da Comarca, na sequência de um despacho pelo Notário que remeteu as partes para os meios comuns.

Tratava-se de uma situação em que o Notário se absteria de decidir a reclamação contra a Relação de bens, ao abrigo do disposto no artigo 36.º, n.º 1, do CPC, remetendo os interessados para os meios judiciais comuns. Ao fazê-lo, o Notário remeteu o processo de inventário para ser tramitado na secção de família e menores do Tribunal da Comarca, tendo aí sido distribuído.

Com esta remessa, mostrava-se o pedido, do ex-cônjuge reclamante, de reconhecimento e aditamento ao passivo da relação de bens de determinadas quantias.

Bem se compreende que esta remessa do processo foi indevida e que o artigo 16.º, sendo infeliz na epígrafe, o que quer significar mostra-se expresso no seu n.º 1 e, assim, do que se trata é de remeter o conhecimento e decisão de uma determinada questão complexa para decisão fora do processo de inventário, pelas razões enunciadas, designadamente, neste preceito do RJPI.

A remessa dos interessados em processo de inventário para os meios comuns dá lugar a uma acção autónoma, a ser tramitada pelo Tribunal que vier a ser o competente, de acordo com as regras de competência estabelecidas pelos artigos 59.º e segs do CPC.¹⁰

A remessa para os meios comuns tem o alcance de determinar que seja conhecido com total autonomia relativamente aos autos de inventário (tendo embora neles repercussão, tanto mais que, por regra, aguardam os autos de inventário suspensos, a decisão que venha a ser proferida no processo a que a questão complexa deu lugar) uma questão que, fundamentadamente não pôde ser decidida nos autos de inventário.

✓ Quem notifica a decisão homologatória da partilha? O Tribunal ou o Cartório Notarial?

A decisão homologatória da partilha é proferida pelo juiz cível territorialmente competente (artigo 66.º, n.º 1, do CPC), sendo o processo remetido nessa fase, para que seja proferida esta decisão, para o Tribunal da Comarca do Cartório Notarial.

Proferida que seja, o processo regressa ao Cartório Notarial para que pelo Notário seja elaborada a nota final de honorários e despesas.

Dispõe o artigo 23.º da Portaria n.º 46/2015, de 23 de Fevereiro que «1 - Após o trânsito em julgado da decisão homologatória da partilha, o notário elabora nota final de honorários e despesas (...)).».

¹⁰ Neste sentido, em anotação ao artigo 3.º do RJPI pode ler-se «A previsão do n.º 7 não abrange a competência para a tramitação das questões que sejam apreciadas nos “meios comuns”, aplicando-se, nestas situações, as regras sobre a competência (artigos 59.º e seguintes) previstas no Novo Código de Processo Civil(...)» (RJPI anotado, Carla Câmara, Carlos Castelo Branco, João Correia, Sérgio Castanheira, pag. 43).

Onde é que o processo aguarda o trânsito em julgado?

Não tem sido unânime a resposta a esta questão: Tribunais há que remetem o processo imediatamente após a decisão, para que a prática de todos os actos subsequentes sejam levados a cabo pelo Cartório Notarial e assim, também, a notificação da sentença; outros há que procedem à notificação e apenas após o trânsito remetem para o Cartório Notarial.

Não tenho dúvidas de que as notificações estão a cargo do Tribunal de Comarca.

A prática de actos processuais pelo Juiz exige a intervenção das secretarias judiciais, sendo a estas que cabe dar conhecimento às partes do acto judicialmente praticado (artigo 157.º, n.ºs 1 e 2, do CPC).

A notificação relativa a processo pendente é consequência necessária da prolação do despacho ou da sentença, sendo de cumprimento oficioso (artigo 220.º, n.º 1, do CPC).

É certo que no inventário judicial para separação de meações, considerando o número de intervenientes, a questão possa não assumir relevância. Mas a questão assume outro relevo, quando se trate de inventários com mais de uma dezena de interessados e outros tantos credores.

E bem se compreende que o processo aguarde o trânsito em julgado no Tribunal da Comarca uma vez que, havendo recurso desta decisão para o Tribunal da Relação, é o Juiz do Tribunal da Comarca o competente para o admitir (artigo 641.º, n.º 1, do CPC).

Assim, a decisão homologatória da partilha transita no tribunal e só depois disso é que regressa ao Cartório Notarial.

Refiro, por fim, uma questão que **não sendo de intervenção judicial no processo de inventário** é constituída por uma intervenção, direi, paralela, e que não tem tido uma resposta uniforme da jurisprudência.

✓ Poderá ser objecto de uma acção autónoma, preliminar ao processo de inventário, o pedido de reconhecimento de que determinados bens são próprios de um dos ex-cônjuges ou acção destinada ao reconhecimento de que determinados bens integram o património comum do casal?

Será admissível tal acção? Ou é o Tribunal incompetente para dela conhecer, por constituir matéria cujo conhecimento é atribuível pelo RJPI aos Cartórios Notariais?

Deverá o ex-cônjuge aguardar que o Notário, nos termos legalmente previstos, remeta os interessados para os meios comuns para a resolução de tais questões?

Este conhecimento redundará na antecipação da discussão e decisão de questões que se iriam suscitar no futuro processo de inventário para separação de meações entre as partes.

Poder-se-á defender que é no âmbito do processo de inventário que devem ser decididas definitivamente todas as questões de facto e de direito de que a partilha dependa, salvo se essa decisão se não conformar com a discussão sumária comportada pelo processo de inventário e exigir uma discussão mais vasta que tem sede adequada e conhecimento no processo comum.

Assim, a questão teria de ser suscitada, em primeiro lugar, no âmbito do processo de inventário e, só depois, se nesse processo o Notário entender que não pode ser aí decidida, é que as partes recorreriam ao processo comum.

Ao contrário, poder-se-á defender que, considerando que o inventário se destina à partilha de bens comuns consequente à extinção da comunhão de bens entre cônjuges, sendo em rigor um inventário divisório, podem encontrar-se vantagens de celeridade, eficácia, segurança jurídica, na resolução antecipada destas questões prejudiciais como a suscitada.

Antecipa-se, por esta via, a remessa dos interessados para os meios comuns,¹¹ permitindo-se simplificar e abreviar a tramitação do processo de inventário, com benefícios em termos de celeridade na obtenção da decisão em litígio e evitando que, em momento posterior, os interessados sejam remetidos para os meios comuns.¹²

Todavia, e esta é uma reflexão que somos convocados a fazer, a de aferir se, em algumas destas situações, esta não será uma forma enviesada de obter o conhecimento pelos Tribunais Judiciais de questões cujo processo próprio para a sua aferição seria o processo de inventário, deslocalizando-se, por esta via, a decisão em primeira linha pelos Cartórios Notariais.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/3939b11fa/flash.html?locale=pt>

¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 27-03-2014, Proc. n.º 181/13.3TBAMR.G1 in: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ed45b5a5fee34dbc80257cc30037675b?OpenDocument>

Título:
Direito da Família - Vária

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-12-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt