

■ CADERNO ESPECIAL ■



ORDEM DOS ADVOGADOS
CONSELHO REGIONAL DE LISBOA

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

SETEMBRO 2018

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**



ORDEM DOS ADVOGADOS
CONSELHO REGIONAL DE LISBOA

Diretor do CEJ
João Manuel da Silva Miguel, Juiz
Conselheiro

Presidente do CRL
António Jaime Martins, Advogado

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

Vogal para a Área da Formação
Madalena Zenha, Advogada

**Coordenadora do Departamento de
Relações Internacionais**
Helena Leitão, Procuradora da República

Coordenação Executiva das Jornadas:
Maria Perquilhas (Juíza de Direito* e Docente do Centro de Estudos Judiciários)
Madalena Zenha

* À data das Jornadas.



Este e-book recolhe os textos que correspondem às intervenções da maioria dos oradores que participaram nas “II Jornadas de Direito da Família e das Crianças”, organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) e pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados (CRLOA) realizadas nos dias 16 e 17 de janeiro de 2018.

A cooperação entre o Centro de Estudos Judiciários e a Ordem dos Advogados, e neste particular com o Centro Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados é uma realidade viva, que reflete experiência continuada, com agrado mútuo.

A discussão conjunta permite-nos olhar e pensar as questões com vista a trilhar caminhos de entendimento mais seguros e adequados àquele a quem a administração da Justiça se destina: o cidadão.

A escolha das temáticas abordadas tinha já presente o conhecimento de distintos entendimentos e práticas divergentes de tribunal para tribunal e de advogado para advogado, desde a audição da criança, à participação desta ao longo do processo, ao papel e intervenção das assessorias técnicas, à intervenção tutelar educativa, sem esquecer as consequências patrimoniais decorrentes da dissolução da sociedade conjugal.

À semelhança das Jornadas anteriores a adesão foi massiva revelando que esta área é do interesse de todos e a todos preocupa um melhor entendimento e prática com vista à proteção e alcance do Superior Interesse das Crianças que, direta ou indiretamente, acabam por ser envolvidas ou sofrer as consequências da dissolução familiar, da negligência, do mau trato e do desamor.

O objetivo desta publicação é, assim, permitir o conhecimento alargado das abordagens feitas nos dois dias em que decorreram as Jornadas, para que agora se possa continuar a refletir, criticar e alcançar caminhos cada vez mais seguros, adequados e justos.

Maria Perquilhas

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

II Jornadas de Direito da Família e da Criança – O direito e a prática forense

Coleção:

Caderno Especial

Organização:

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



ORDEM DOS ADVOGADOS
CONSELHO REGIONAL DE LISBOA

Jornadas de Direito da Família e da criança – O direito e a prática forense – 16 e 17 de janeiro de 2018 ([programa](#))

Intervenientes:

Ana Resende – Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa

Anabela de Jesus Raimundo Fialho – Juíza de Direito, Juízo de Família e Menores de Setúbal

Anabela Pedroso – Juíza de Direito, Juízo de Família e Menores da Comarca de Castelo Branco

Ana Teresa Pinto Leal – Procuradora da República e docente do Centro de Estudos Judiciários

Beatriz Paula Valério – Advogada

Bernardo Seruca Marques – Advogado

Chandra Gracias – Juíza de Direito e Docente do CEJ

Julietta Monginho – Procuradora da República

Lucinda Gomes – Mediadora Familiar e Advogada

Mauro Paulino – Perito do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses

Rosário Ataíde – Psicóloga, Diretora do Núcleo de Infância e Juventude do Centro Distrital de Coimbra do ISS, I.P.

Sandra Borba – Diretora do Centro Educativo de Caxias

Sofia Vaz Pardal – Advogada

Teresa Cadavez – Jurista na Direção de Infância, Juventude e Família SCML

Teresa Silva Tavares – Advogada

Revisão final:

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

Ana Caçapo – 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 – 03/09/2018	13/11/2020

Jornadas de Direito da Família e da criança - O direito e a prática forense -

Índice

1. Audição da criança: desafios e oportunidade Anabela de Jesus Raimundo Fialho	9
2. Audição da criança: desafios e oportunidade Bernardo Seruca Marques	19
3. Alteração da Residência da Criança - Questão de Particular Importância? Ana Teresa Pinto Leal	29
4. O Regime Provisório – Processualismo a seguir; vantagens e desvantagens do regime: notas para apresentação oral Anabela Pedroso	51
5. Convívios com terceiros de referência Teresa Silva Tavares	63
6. Extensão do exercício das responsabilidades parentais Sofia Vaz Pardal	69
7. Audição Técnica Especializada e Mediação: de costas voltadas? Rosário Ataíde	75
8. Audição Técnica Especializada e Mediação: de costas voltadas? Lucinda Gomes	83
9. As Perícias Psicológicas nos Processos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais: o como, o quando e o porquê Mauro Paulino	93
10. O Processo de Promoção e Proteção. O perigo, a criança e a família: como ultrapassar, reparar e unir? Teresa Cadavez	105
11. Medidas provisórias – a sua importância para a defesa da criança Julieta Monginho	121

12. A avaliação do jovem com comportamentos transgressivos e a necessidade de educação para o Direito	129
Sandra Borba	
13. A casa de morada de família à luz da jurisprudência recente	137
Chandra Gracias	
14. Atribuição da casa de moradia de família	149
Beatriz Paula Valério	
15. Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges	159
Ana Resende	

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

1.

**Audição da criança:
desafios e oportunidade**

Anabela de Jesus Raimundo Fialho

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AUDIÇÃO DA CRIANÇA: DESAFIOS E OPORTUNIDADE

Anabela de Jesus Raimundo Fialho*

1. Enquadramento
2. Desafios
3. Variáveis da entrevista – ensinamentos da psicologia refletidos na lei
4. Outros aspetos da lei e a prática
5. Consequências da não audição
6. O que nos dizem as crianças no Tribunal?

1. Enquadramento

O tema da audição da criança ganhou, na ordem jurídica interna, um novo fôlego e visibilidade com a entrada em vigor do RGPTC, que, pela primeira vez, normativou direta e expressamente o direito de participação e da audição da criança quanto aos assuntos da sua vida.

Porém, este direito ou, noutra perspetiva, esta obrigação dos Estados de ouvirem as suas crianças, não é uma novidade.

Ao vincular-se ao direito internacional e, no caso particular, à Convenção sobre os Direitos da Criança (acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da AR n.º 20/90, de 8/06 e pelo Decreto do PR n.º 49/90, de 12/09), Portugal obrigou-se a garantir à criança o exercício do direito de tomar parte nas decisões que a afetem, exprimindo livremente a sua opinião, sendo ouvida e levada a sério, consagrado no artigo 12.º daquela Convenção, previsão normativa que constitui a fonte jurídica donde emergiu a dimensão e o conteúdo do direito de participação e audição das crianças que veio a ser adotado nos diplomas internacionais que se lhe seguiram e nos diplomas nacionais.

O acolhimento da conceção da criança como um sujeito titular de direitos, plasmada na Convenção sobre os Direitos da Criança, é um dos sinais do nosso tempo. A Convenção introduziu, a par do princípio da não discriminação e do superior interesse da criança, um outro princípio de igual dignidade e valor: o princípio da participação e da audição da criança em todos os assuntos da sua vida. E se o superior interesse da criança se apresenta como o princípio norteador de todas as decisões que lhe digam respeito, então, o princípio da participação e audição da criança constitui-se como um dos melhores meios para o concretizar.

Este princípio constitui, pois, um direito supranacional que se impõe no direito interno, salientado em diversas Recomendações do Conselho da Europa, que recomendam aos Estados Membros que se certifiquem de que toda a criança ou jovem possa exercer o seu direito a ser ouvido e a ser levado a sério, participando na tomada de decisões em todos os assuntos que

*Juíza de Direito, Juízo de Família e Menores de Setúbal.

lhes digam respeito, tomando em consideração o seu ponto de vista, tendo em conta a sua idade e grau de maturidade.

Mas, afinal, de que participação e audição falamos?

Quando se reconhece à criança o direito de poder exprimir livremente a sua opinião sobre um assunto que a afete e que tal opinião seja levada a sério por quem a ouve, pressupõe-se o envolvimento da criança naquele aspeto concreto da sua vida. O direito à participação e audição da criança realiza-se numa relação dialogante entre a criança e o adulto, implicando que este reconheça nela uma pessoa, no pleno exercício dos seus direitos, que tem que ouvir e considerar, antes de tomar uma decisão.

O legislador nacional acolheu esta dimensão do direito de participação e audição no novo modelo de justiça das crianças e jovens, ao consagrar expressamente, no artigo 4.º da LPCJP, como um dos princípios orientadores a que devem obedecer todas as decisões que digam respeito a crianças e jovens, o princípio da audição obrigatória e participação, segundo o qual *“a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais (...) têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.”*

2. Desafios

Porém, a entrada em vigor do RGPTC, relançou o debate sobre o tema que se tornou, até, notícia de jornal:

- *“Audição de crianças em tribunal gera dúvidas” (O SOL, 12/07/2015)*
- *“Governo quer ensinar juízes a decidir entre pai e mãe” (O Expresso, 14/04/2017)*

E a questão repetidamente colocada é esta:

“Terão os tribunais capacidade e formação para fazer isto?”

Há, pois, quem considere que a audição da criança ainda é uma realidade arriscada:

- *... Ausência de sensibilidade e vocação por parte de quem trabalha com questões ligadas ao direito da família e menores (Dr. Luís Silva, V Conferência Internacional para a Igualdade Parental, junho de 2016)*
- *Rute Agulhas: “O problema é que os magistrados não têm formação para isso...”*

As dúvidas manifestadas quanto a esta questão têm subjacente uma preocupação legítima: a criança tem direito a ser ouvida, mas a ser bem ouvida – com cuidado, sensibilidade, com

peças com formação e com acompanhamento técnico, o que relança a discussão quanto à importância da formação multidisciplinar dos magistrados.

A este propósito, as Diretrizes do Conselho da Europa sobre uma Justiça adaptada às crianças – “Child Friendly Justice” – (adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010) prestam um contributo importante, ao tratar de questões relativas ao papel, à opinião, aos direitos e às necessidades da criança no âmbito do processo judicial e dos direitos procedimentais alternativos.

O processo de audição requer, pois, cuidados, sob pena de podermos contribuir para um processo de revitimização da criança, sobretudo, nos casos de aceso conflito parental.

3. Variáveis da entrevista – ensinamentos da psicologia refletidos na lei

a) Variáveis ambientais (artigo 5.º, n.º 4, al. a), 7, al. a), RGPTC):

- Espaço físico pensado para reduzir ansiedade e stress;
- A sala de espera deve ser independente da sala de audição, com materiais lúdicos;
- A sala de audição deve ser um espaço tranquilo, informal, privado, com uma mesa e cadeiras da mesma altura, com poucos elementos distratores;
- Menor número possível de adultos.

Questões:

- Como conciliar exigências de gravação, número mínimo de intervenientes, inexistência de elementos distratores...
- E o advogado, tem que, obrigatoriamente estar presente no momento da audição da criança e no espaço físico onde está a ser ouvida? A resposta – negativa – a esta questão parece-me resultar com clareza da análise e aplicação de diversas normas e princípios:

- Artigo 4.º, al. c), RGPTC – princípios orientadores;
- Artigo 4.º, al. j), da LPCJP: a criança tem direito a ser ouvida em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida – que pode ser um advogado (seu, não dos pais);
- Artigo 5.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças;
- Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça Adaptada às Crianças: *“As crianças devem ser consultadas quanto à forma como desejam ser ouvidas”*.

- Então, o artigo 7.º, al. b), do RGPTC obriga à definição de práticas que garantam o contraditório e a participação dos advogados num ato da maior relevância no processo.

b) Variáveis da entrevista (Preparação e condução) – artigo 5.º, n.º 3, 4.º, al. a), 7.º, al. a):

- Criar ambiente empático, deixar criança à vontade (começar por colocar questões sobre aspetos importantes mas neutros), informar...;
- Escutar de forma ativa mas ajudar a criança a manter-se calma;
- Adequar a linguagem à idade e nível de desenvolvimento;
- Colocar questões abertas e só quando esgotado o relato espontâneo recorrer a questões mais fechadas, para obter mais informação;
- No final, fazer um resumo e dar à criança um espaço para colocar questões, dúvidas...
- Elogiar a criança pelo seu esforço e colaboração!

c) Variáveis da criança – artigo 5.º, n.º 4:

– É fundamental um conhecimento mínimo sobre o desenvolvimento da criança em vários domínios (cognitivo, emocional, social...);

Por exemplo:

- Dos 3 aos 5 anos:
 - Dificuldade de descentração, de responder a questões abertas;
 - Distrai-se facilmente;
 - Necessidade de questões concretas.
- Dos 6 aos 12 anos:
 - Expressa sentimentos e desejos;
 - As suas motivações podem levar à omissão ou distorção de informação.
- Adolescência:
 - Capacidade de argumentação;
 - Consegue formular hipóteses e procurar soluções;
 - Egocentrismo – pode apresentar motivações ou ganhos secundários associados a falsa alegação;
 - Questionamento das regras e limites;
 - O entrevistador deve ignorar comportamentos de desafio ou gozo, mantendo a calma e valorizando o seu relato.

– É fundamental dar tempo e espaço à criança para que possa estruturar-se, minimizando o impacto afetivo que a situação de audição gera, de forma a incrementar a possibilidade de um relato mais espontâneo, mais rico.

– É fundamental estar atento aos estados emocionais da criança e enfatizar que aquele é o seu momento e que deve aproveitá-lo para emitir livremente a sua opinião.

Questão:

- Que fazer quando a criança pede para o que diz não seja conhecido por ninguém (sobretudo, pelos pais)?
- Princípio do Contraditório vs. Confiança: se se entender que este deve prevalecer, então, as opiniões manifestadas pela criança não podem ser utilizadas para fundamentar a decisão.

d) Variáveis do entrevistador – artigo 7.º, b)

- Perigo da influência das emoções, crenças, preconceitos (apesar da procura da imparcialidade);
- Evitar comportamentos não verbais, que podem influenciar a narrativa da criança e levar ao seu retraimento;
- Não demonstrar indiferença – há que manter postura neutra mas voltada para a criança, com manifestação de respeito e atenção pelos seus silêncios e dúvidas.

4. Outros aspetos da lei e a prática

- Artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC: *“A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal...”* – a referência à idade é redundante, já que este critério objetivo não é absoluto/é alternativo e o artigo 4.º, al. c), do RGPTC impõe a audição da criança *com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*;
- 5.º, n.º 4, al. b): *“A intervenção de operadores judiciais com formação adequada”* – a lei não esclarece quem são – profissionais com formação na área da psicologia forense (em Setúbal, solicitamos a colaboração do Centro Distrital da Segurança Social);
- O não uso do traje profissional;
- A gravação.

5. Consequências da não audição

- Ac. STJ, de 14/12/2016:

“Não é adequado aplicar o regime das nulidades processuais à falta de audição. Entende-se antes que essa falta afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva e, por isso mesmo, processual.

Assim sendo, anula-se o acórdão recorrido e determina-se que o processo baixe a fim de, ou serem ouvidos os menores, se a sua capacidade de compreensão assim o determinar, ou ser justificada a sua não audição”.

– A audição da criança é um dos princípios fundamentais do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27/11/2003, relativo à competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (“Regulamento Bruxelas II bis”):

Artigo 23.º, al. b): *Uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou inexistência de um despacho que fundamente a não audição da Criança) levará a que esta mesma sentença não seja reconhecida em outro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento.*

6. O que nos dizem as crianças no Tribunal?

– Revelam grande capacidade de análise crítica quanto à sua situação familiar e quanto à atitude dos pais:

- “Os meus pais dão-se melhor como amigos do que como um casal”
- “Fiquei a viver com o meu pai e o meu irmão com a minha mãe. Os meus pais é que decidiram assim, não nos consultaram. Foi uma decisão sem noção”;
- “Eles são adultos. Como têm filhos em comum, deviam-se dar um com o outro. Parecem duas crianças!”;
- “Preferia que os meus pais falassem. Eu não sou um pombo correio”;
- “O defeito dos meus pais é não falarem um com o outro”.

– Normalmente, falam com espontaneidade:

- “A minha mãe não me deixa falar com o meu pai”;
- “Disse à minha mãe que queria morar com o meu pai e ela gritou que “não” mas não explicou porquê”;
- “Só quero ver o meu pai com dois homens polícias. Mas é melhor viver sem ele”;
- “O meu pai chegava a casa bêbado e discutia com a minha mãe. Agora estou melhor, mais descansada”;
- “O pai tem melhores condições mas a mãe dá-me mais carinho”;
- “O meu pai fala mal da minha mãe e isso ofende-me”;
- “O meu pai uma vez bateu-me no rabo porque eu disse que queria ir ver a minha mãe. Já não a vejo há três anos”.

– Normalmente, revelam bom senso quanto às soluções que apresentam (por exemplo, quanto aos regimes de convívio com o progenitor com o qual não residem habitualmente):

- *“Gostava de viver com o meu pai mas ele está a trabalhar em Angola e, por isso, é melhor viver com a minha mãe”;*
 - *“Gostava de morar com o meu pai porque a minha mãe não tem tempo para mim”.*
- Revelam elevado sentido de justiça e de distanciamento:
- *“Não me importo de dar mais uma oportunidade ao meu pai para ele se explicar, mas nada voltará a ser como antes”;*
 - *“O meu pai está sempre a atribuir culpas à minha mãe e diz que a vai pôr em tribunal. Se ele fizer isso, eu vou lá defendê-la porque lembro-me muito bem do que ele lhe fazia. Apesar disso, acabava sempre por o desculpar porque achava que tinha que me dar com ele e porque toda a gente erra”;*
 - *“Senti que a minha mãe queria que eu olhasse para o meu pai como o homem que ela começava a odiar”;*
 - *“Eu quero morar com o meu pai porque ele nunca me proíbe de estar com a minha mãe”;*
 - *“Quero ficar o mesmo tempo com os dois porque gosto dos dois e eles têm os mesmos direitos”;*
 - *“Querida ir morar com o meu pai mas depois ele mandou-me uma mensagem a falar mal da minha mãe e, por isso, decidi que vou continuar com ela. Quando for grande, logo se vê”.*
- Têm medo de magoar os pais – muitas vezes não lhes dizem o que gostariam que acontecesse, mas dizem-no em tribunal:
- *“Eu gostava de viver uma semana com cada um. Mas não quero deixar nenhum deles triste”;*
 - *“Querida morar com a minha madrastra, mesmo quando o meu pai cá não está. Mas tenho medo de magoar a minha mãe”.*
- Apresentam tristeza em relação ao conflito parental (dizem que choram quando os pais discutem; ficam assustadas...) e pela ausência dos pais:
- *“Já sei que quando eles falam um com o outro, vem a Polícia”;*
 - *“Os meus pais deviam ser mais calmos, mais amigos”;*
 - *“O meu pai deixou de me vir ver. Não sei porquê”;*
 - *“O meu pai não me dá os parabéns há 3 anos”;*
 - *“Gostava que o meu pai me desse um presente nos anos ou no Natal. Nem que fosse só telefonar-me”.*
- Apresentam elevada expectativa quanto à intervenção/ decisões do tribunal:
- *“Eu gosto igual dos meus pais e eles só precisam falar mais um com o outro. Tu não podes obrigar os meus pais a fazer mediação familiar?”.*

– A audição da criança:

- Fá-la sentir-se “importante”;
- Apazigua o seu sofrimento, nos casos de conflito.

Mas é importante informá-la que, apesar de ter o direito de expressar livremente a sua opinião, não lhe cabe decidir e a decisão pode não ser coincidente com a sua vontade!

– Ac. TRP, de 31/01/2012:

“A atendibilidade da preferência manifestada pelos menores quanto ao progenitor com o qual pretendem residir radica na ponderação de que, geralmente, tal preferência coincidirá com o critério norteador da decisão.

Não se verificando tal coincidência entre o interesse do menor e a sua declarada preferência, esta não se apresentará como decisiva.

Na decisão ou escolha do progenitor com quem o menor deve residir não podem ser valorizados exclusivamente aspectos ou vertentes puramente emocionais, afectivas ou sentimentais, devendo ponderar-se conjugadamente todas as vertentes do desenvolvimento do menor”.

A literatura tem mostrado que as crianças que são ouvidas em tribunal referem mais sentimentos positivos face aos procedimentos judiciais, maior confiança nos juízes e maior compreensão sobre o seu caso em particular.

Compete aos magistrados e aos advogados destruírem o tabu, sobretudo junto dos pais, de que é traumático para as crianças irem a tribunal. Tal exercício é (também) um exercício de cidadania!

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

2.

**Audição da criança:
desafios e oportunidade**

Bernardo Seruca Marques

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AUDIÇÃO DA CRIANÇA: DESAFIOS E OPORTUNIDADE

Bernardo Seruca Marques*

Foi-me pedido que abordasse o tema da Audição da Criança sobre o prisma, da prática forense do advogado generalista, no fundo, do advogado que não é especialista em Direito da Família e dos Menores, prisma sob o qual não posso deixar de concluir preliminarmente que os desafios sentidos são os mesmos, porque a Audição da Criança nos convoca a todos para os mesmos problemas e dificuldades.

Todos os operadores judiciários (advogados em particular) estão convocados para um tema eminentemente interdisciplinar que lhes impõem a necessidade de formação, estranhos à (nossa) formação de base.

Vou dividir esta minha breve intervenção, em três partes:

Na primeira parte gostaria de partilhar convosco algumas interrogações e perplexidades.

Numa segunda parte da intervenção, mais expositiva vou fazer o enquadramento legal do direito de audição da criação e responder às perguntas:

- Quem é ouvido?

-Como é feita a audição?

e

-Onde é feita a audição da criança?

Por, último, na terceira parte, regressarei às interrogações e perplexidades iniciais, para concluir a minha intervenção.

A criança, enquanto sujeito de direitos, constitui uma “nova realidade” no panorama judiciário, sendo que a consagração do direito de audição e participação, constitui uma concretização do princípio da salvaguarda do interesse superior da criança.

Apesar das alterações legislativas e da consciência colectiva do direito de audição e participação da criança, que evidenciam uma mudança de paradigma, o dia a dia, mostra-nos que ainda há um longo caminho a percorrer.

O Ministério Público instaura acções em representação das crianças sem as ouvir.

Os advogados representam crianças – mormente no patrocínio officioso – sem as ouvir.

*Advogado.

Nos processos de divórcio por mútuo consentimento são emitidos pareceres de conformidade do acordo de responsabilidades parentais, sem se ouvir a criança.

Continuam a ser proferidas muitas decisões judiciais respeitantes a crianças e jovens, sem que as ouçam, independentemente da idade que tenham.

Segundo um estudo de 2012, em França, por exemplo, em mais de 6000 processos de regulação das responsabilidades parentais, nenhuma criança com menos de sete anos tinha sido ouvida.

Hoje, o “menor” passou a ser a “criança”, com um rosto e um nome, “o poder paternal” passou a ser uma “responsabilidade parental” e os “progenitores” passaram a ser “os pais”.

Esta alteração terminológica é apenas a ponta do iceberg que nos convoca para uma dimensão emocional na abordagem dos processos que envolvem menores, para a qual questiono se os profissionais do foro e o sistema estarão preparados.

Quem sabe ouvir uma criança que levante a mão!

Sem formação específica ou assistido por quem tem formação, nenhum dos operadores judiciais está em condições de “falar” com a criança.

As especificidades da audição da criança são tantas que não podemos deixar de nos questionar se os Tribunais serão os locais indicados para as ouvir; e se o tempo dos Tribunais é compatível com o tempo das crianças. Seja porque o processo é muito lento, quando devia ser rápido, seja porque é demasiado rápido, quando devia saber esperar pelo tempo da criança.

Uma interrogação, para concluir a primeira parte desta intervenção.

Hoje, engalanamo-nos ao falar do direito à audição da criança consagrado, nomeadamente, no art.º 12º da Convenção dos Direitos da Criança. Mas será que se está respeitar inteiramente o direito de audição quando processualmente não sabemos, não podemos ou não queremos assegurar a confidencialidade daquilo que ela nos diz?

Gostaria, por isso, de concluir esta primeira parte dizendo que tenho mais dúvidas que certezas e que, por isso, vou falar não daquilo que sei, mas muito mais daquilo que não sei.

Os últimos tempos têm-nos mostrado que, nesta área do Direito, o que ontem tínhamos por certo, hoje está praticamente proscrito. O direito dos afectos impôs-se. Mas como é que processualmente se lida com emoções e afectos se não se souber sentir?

O Direito à audição e participação da criança é um dos Direitos estruturantes da Convenção sobre os Direitos da Criança adoptada em Nova Iorque em 1989 e recebida no Direito nacional em 1990, que no seu art.º 12º prevê que:

«Os Estados 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.

Para tanto, 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.

Sem se impor qualquer limite de idade, antes fazendo depender o direito a ser ouvido, da capacidade de se fazer ouvir, de acordo com a sua maturidade e capacidade de discernimento».

Por isso, é através do exercício do direito de audição que a criança participa no processo de decisão das questões que lhe dizem respeito.

A par deste instrumento, no que respeita à consagração dos direitos processuais das crianças, releva também a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, adoptada em Estrasburgo, em 25 de Janeiro de 1996 e acolhida na nossa Ordem Jurídica no ano 2014, mais concretamente, o que consta dos seus artigos 3.º e 6.º, nos quais se concretiza o direito de audição da criança conferindo-se-lhe o direito a:

- 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.

Antes de ser tomada uma decisão, a autoridade judicial deverá, caso à luz do respectivo direito interno se entenda 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, directamente ou através de outras pessoas ou entidades, de uma forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da mesma;
 - Permitir que a criança exprima a sua opinião;
- d) Ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança.

Já no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental,

também usualmente designado Regulamento Bruxellas II Bis, importa ter presente que a audição da criança ou o despacho fundamentado da sua não realização são condições de executoriedade de decisões, nomeadamente, em matéria de direito de visita ou relativas à deslocação ou retenção ilícita de crianças (versam sobre esta matéria os artigos 11.º n.º 2, a al. b) do art.º 23º, o n.º 2 da al. c) do art.º 41 e o n.º 2, al. a) do art.º 42º do Regulamento)

Chamar aqui a atenção para o facto deste não ser um problema dos outros ou dos estrangeiros porque hoje, mais que nunca, temos portugueses a residir e a trabalhar no estrangeiro que se confrontam com a necessidade de fazer valer as decisões tomadas num estado-membro, noutros estados para os quais se deslocam, por exemplo, em matéria de direito de visitas.

Por último, é incontornável a referência à *soft law* contida nas Directrizes para uma Justiça Amiga das Crianças adoptadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, em 17 de Novembro de 2010, Directrizes estas que se dividem em orientações para “o antes da decisão judicial, para o aquando da decisão judicial e para o após a decisão judicial”.

Dada a brevidade desta intervenção, destaco de entre as Directrizes para uma Justiça Amiga das Crianças, as “44 a 48”, nas quais se reforça o direito da criança a ser ouvida e a exprimir a sua opinião.

Para que este direito de audição possa ser exercido em pleno importa que a criança, esteja envolvida num processo, receba toda a informação necessária sobre a forma de exercer eficazmente o seu direito, assumindo, ainda, particular importância, a explicação que lhe deve ser prestada de que o seu direito a ser ouvida, não condicionará, necessariamente, a decisão final que irá ser tomada (é o que consta na Directriz 48).

De acordo com a Directriz 44, os meios utilizados na audição das crianças devem ser adaptados ao seu nível de compreensão e capacidade de comunicação, devendo as crianças ser consultadas quanto à forma como pretendem ser ouvidas, o que equivale a dizer que a sua idade, as suas eventuais necessidades especiais, a sua maturidade, são elementos que deverão ser tidos em conta na audição, devendo ainda valorizar-se o ritmo e a capacidade de atenção da criança, pelo que deverão estar previstas pausas e haver o cuidado da audição não ser demasiado longa.

Um elemento que, pela importância que tem, se destaca, é o da linguagem a utilizar. A Directriz 56 refere que: «*Deve utilizar-se uma linguagem adequada à idade e ao nível de compreensão da criança*», ou seja, a utilização de uma linguagem legal e técnica, que é de difícil compreensão, corresponde a um obstáculo no acesso das crianças à justiça, o mesmo acontecendo com a “linguagem de adulto”, sendo recomendável que se evite a utilização de ambas.

Recomenda-se, pois, a utilização de uma linguagem clara e simples, que seja acessível à criança pois, de outro modo, a opinião expressa por esta poderá não corresponder à sua real opinião, mas sim, ser o resultado de erros e imprecisões, que resultam da barreira da linguagem

utilizada, podendo aqui inclusivamente confundir-se testemunhos falsos, com os erros e imprecisões, que resultam da utilização de uma linguagem desadaptada às crianças.

Para alguns sectores da doutrina, a Convenção sobre os Direitos da Criança não cria verdadeiros direitos subjectivos da criança, mas sim deveres assumidos pelos Estados, relativamente à criança perante a comunidade internacional.

Ora, no plano nacional na concretização desse dever, destacamos o novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, nomeadamente, o que dispõe os art.ºs 4º, 5º e 35º, que me permitirão abordar as questões que me propus responder nesta segunda parte da minha intervenção.

À primeira pergunta : Quem é ouvido, responde desde logo a al. c) do n.º 1 do art.º4º, preceito onde se consagram os “princípios orientadores” a que obedecem os processos tutelares cíveis.

Aí se prevê que a criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao Tribunal.

É o juiz quem afere da capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeitos recorrer ao apoio da assessoria técnica ao tribunal.

Nos termos do disposto no n.º 3 do art.º 35º, a criança com idade superior a 12 anos, ou com idade inferior tendo em atenção o seu grau de maturidade e discernimento, é ouvida pelo tribunal, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.

Já sabemos, por isso, que a criança, independentemente da sua idade, é ouvida pelo Tribunal se tiver capacidade de discernimento e maturidade.

Como e onde é ouvida a criança?

- Dispõe o art.º 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que o juiz promove a audição da criança a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito;
- A audição é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma – a criança não se deve sentir responsável pela decisão que vier a ser tomada; a criança é informada que as suas declarações podem ser conhecidas dos pais;
- A audição da criança respeita a sua específica condição, garantindo-se a existência de condições adequadas para o efeito, nomeadamente:
 - A não sujeição da criança a um ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade maturidade e características pessoais;
 - A intervenção de operadores judiciais com formação adequada.

Neste domínio, gostaria de realçar um estudo piloto que está a ser desenvolvido pela Dr^a Rute Agulhas e pela Dr.^a Joana Alexandre que consiste na utilização de cães de intervenção, previamente treinados, em momento que antecede a entrevista da criança e durante a mesma, tendo em vista diminuir o nível de ansiedade e aumentar a sua capacidade de regulação emocional, potenciando um relato mais espontâneo e detalhado.

Já foi feita a experiência no terreno e é com expectativa que aguardamos os resultados deste estudo. Este é apenas mais um exemplo do muito que pode ser feito no contexto da promoção de uma justiça amiga das crianças, para tornar a audição, o mais adequada possível.

A audição da criança é feita no Tribunal, em local próprio, em ambiente informal e reservado, tendo em vista garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

A tomada de declarações é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais. Não é utilizado o traje profissional.

As declarações são preferencialmente gravadas mediante registo audiovisual.

De realçar positivamente a solução legislativa que permite que declarações para memória futura prestadas no processo crime possam ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível e, bem assim, quando a criança tenha prestado declarações perante o Ministério Público ou o juiz, com observância do princípio do contraditório.

Vamos deter-nos um pouco mais, na forma como deve ser feita a audição da criança.

A audição deve ser amiga da criança – “child friendly” – conforme recomendação do Comité dos Direitos da Criança. Deve ser transparente e informativa, voluntária, respeitosa, relevante, inclusiva, assente em formação adequada, segura e atenta aos riscos resultantes da participação, fundamentada e aberta à avaliação crítica da criança.

Aqui chegados os magistrados e advogados são uma vez mais convocados para uma formação que não têm, impondo-se o recurso à interdisciplinariedade, devendo fazer intervir operadores com formação adequada.

As perguntas devem ser adequadas às condições pessoais de cada criança, ou seja, à sua idade e maturidade.

Devemos saber que as perguntas não devem ser directas, sugestivas ou formuladas sobre forma negativa.

Deve ser usada a primeira pessoa, o “eu” e fazer sentir à criança que o que diz está a ser escutado e é importante.

Por vezes ouvir a criança é saber respeitar os seus silêncios e interpretar as metáforas através das quais se expressa.

É muito importante ter presente que na audição da criança influenciam:

- Factores ambientais, relacionados com o espaço físico e materiais envolventes, onde a criança é ouvida,
- Factores relativos à entrevista, relacionados com a forma como é estruturada e conduzida a entrevista;
- Factores relativos ao entrevistador, que dizem respeito às suas crenças e aos erros de processamento de informação, que se reflectem no seu comportamento e influenciam a tomada de decisão;
- e
- Factores relacionados com a criança, nomeadamente com o seu desenvolvimento (cognitivo, emocional, social e moral).

O CEJ e a Ordem dos Advogados, atentos à esta crescente complexização e multidisciplinaridade, vêm promovendo formações e apoiando iniciativas nesta área, entre as quais me permito destacar o Manual de Audição da Criança, da autoria da Dr.ª Rute Agulhas e da Dr.ª Joana Alexandre que constitui um importante guia que, a par do Manual de Audição de Criança da Segurança Social, nos ajudam na nossa prática forense diária a ouvir as crianças.

Para finalizar, regresso às questões iniciais.

Concluindo, que a audição da criança é feita nos Tribunais por opção do legislador nacional – não obstante não ser isso que exigem os instrumentos internacionais a que estamos vinculados, conforme é sabido e resulta da Convenção sobre os Direitos da Criança. Não é assim em todos os países. Não terá de ser sempre assim ou não terá de ser assim em todas as circunstâncias.

As mais das vezes, o tempo da criança não é compatível com o tempo dos tribunais. Mas se a opção foi a de realizar a audição nos Tribunais, então esta dever ser precedida de ampla preparação da criança para a audição. É neste âmbito que projectos piloto como aquele que referi, podem ser muito importantes.

A minha última interrogação prende-se com o respeito pelo direito de audição, no confronto com a confidencialidade das declarações da criança.

No Direito alemão, a criança presta declarações perante o juiz, que não pode, de forma expressa, revelar aquilo que a criança lhe disse, mas que deve ter presente, na decisão, aquilo que dela ouviu, tendo em vista a salvaguarda do interesse superior que lhe cumpre acautelar.

É apenas um exemplo do que pode ser feito de forma diferente!

Mesmo a terminar, deixo uma última nota sobre um estudo levado a cabo por Maria de Fátima Melo e Ana Isabel Sani, publicado na Revista de Psicologia, da Universidade do Chile, em 2015.

As conclusões deste estudo são eloquentes na medida em que, se por um lado é verdade que os magistrados dão valor à audição da criança para lá da obrigatoriedade legal de o fazerem, reconhecendo que tal audição é relevante, a verdade é que, neste estudo, se destaca, que tomando em conta *«as especificidades inerentes à condição infantojuvenil, torna-se necessária a garantia da abordagem mais especializada e direccionada às necessidades das crianças no contacto judicial, da abordagem mais especializada e direccionada às necessidades das crianças no contexto judicial.*

Os estudos demonstram que as crianças têm um escasso conhecimento relativamente aos conceitos legais e processos judiciais, o que pode levar a crenças disfuncionais e a sentimentos negativos relativamente ao cenário jurídico.

... as crianças revelam sentimentos negativos sobre a sua ida a tribunal, tais como ansiedade, medo, nervosismo e apreensão. ...

... Portugal deveria apostar em medidas fundamentais para a promoção e protecção dos direitos das crianças, como gabinetes de apoio e atendimento às vítimas nos tribunais ... a criação de espaços destinados às crianças, programas de intervenção para a preparação da criança para ida a tribunal ...»

Concluindo:

O direito de audição da criança deve ser cada vez mais uma realidade nos processos que envolvam crianças, para a qual não podem deixar de ser convocados profissionais oriundos doutros saberes, que contribuem decisivamente para a afirmação e concretização do interesse superior da criança.

Termino com uma citação atribuída a Albert Camus,

Não caminhes à minha frente; posso não saber seguir-te;
Não caminhes atrás de mim; posso não saber guiar-te
Caminha ao meu lado e sê meu amigo.

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

3.

**Alteração da Residência da Criança
- questão de particular importância?**

Ana Teresa Pinto Leal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ALTERAÇÃO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA - QUESTÃO DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA?**Ana Teresa Pinto Leal***

*“Obstáculos e dificuldades fazem parte da vida.
E a vida é a arte de superá-los.”*

De Rose

- I. O conceito de questão de particular importância – génese e evolução
 - II. A alteração da residência como questão de particular importância
 - III. Os interesses em conflito e o modo de resolução
 - IV. A Recomendação CM/Rec (2015) 4 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, sobre prevenção e resolução de conflitos respeitantes à alteração da residência de criança
 - V. A decisão sobre a mudança de residência da criança
 - VI. Estudos sociológicos – EUA (1983 e 2003)
 - VII. Mudança de residência da criança e exercício das responsabilidades parentais em exclusivo
 - VIII. Quando a mudança de residência ocorre sem o consentimento do outro progenitor
 - IX. Quando em causa está uma deslocação para o estrangeiro sem autorização do outro progenitor
 - X. Em conclusão
- Referências bibliográficas

I. O conceito de questão de particular importância – génese e evolução

Nos termos do art.º 1878.º, do Código Civil “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

O regime das responsabilidades parentais constitui, pois, um conjunto de poderes e deveres que são legalmente atribuídos aos pais, relativamente à pessoa e bens dos filhos, cujo exercício não é arbitrário mas de carácter vinculado ao interesse daqueles.

Na vertente pessoal, estão, deste modo, os pais obrigados a desempenhar as funções que lhes são conferidas por lei, no estrito cumprimento do seu dever de cuidar da pessoa do filho, protegendo-o e promovendo o seu desenvolvimento integral.

Sempre que os progenitores não vivam em conjugalidade há que equacionar qual o modo de exercício das responsabilidades parentais por parte de cada um deles.

O princípio da igualdade dos pais na manutenção e educação dos filhos, com consagração constitucional no art.º 36.º n.º 3 da Constituição, determinou várias alterações ao Código Civil, sendo a que foi introduzida pela Lei 61/2008, de 31 de outubro, aquela que de forma mais expressiva e efetiva sagrou aquele princípio, ao estabelecer no art.º 1906.º “que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio”.

* Procuradora da República e docente do Centro de Estudos Judiciários.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais, no que tange às questões de particular importância passou, deste modo, a constituir a regra e o exercício unilateral das mesmas, como exceção que é, só se torna possível em casos peculiares e sempre tendo por base uma decisão judicial devidamente fundamentada¹. Esta alteração legislativa constituiu uma evolução assinalável e um romper definitivo com o paradigma que até aí se encontrava arreigado nas decisões dos tribunais, o do exercício exclusivo das responsabilidades parentais por um dos progenitores, em regra, pela mãe.

Porém, traduzindo-se uma transformação profunda, temia-se que o novo regime viesse a constituir, pelo menos de início, uma fonte adicional de conflitos e tornasse mais difícil a gestão da vida da criança.

Estas preocupações foram expressas, de modo muito claro, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, que esteve na génese da mencionada Lei n.º 61/2008, onde se pode ler que o exercício conjunto das responsabilidades parentais se reporta apenas aos atos de particular importância e que “Caberá à jurisprudência e à doutrina definir este âmbito; espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretende-se que o regime seja praticável – como é em vários países europeus – e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores. Assim se poderá superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais” (sublinhado nosso).

Desde então decorreram quase dez anos. O exercício conjunto das responsabilidades parentais deixou de ser uma novidade, passando a constituir a normalidade e as inquietações então manifestadas mostraram-se, na esmagadora maioria das situações, injustificadas.

Do que seja “ questão de particular importância” na vida de uma criança, não se tem hoje em dia uma visão tão redutora, tendo o conceito sofrido uma clara evolução ao longo dos anos.

Estamos perante um conceito variável e subjetivo, que pode mudar de criança para criança, consoante a individualidade e características próprias de cada uma delas. Integram-no os atos que constituem as traves mestras da vida da criança e que compõem o núcleo essencial dos seus direitos, sendo cada vez mais lata a interpretação a dar ao mesmo.

Na concretização do que seja para cada criança uma questão de particular importância, a convocar, por regra, uma decisão conjunta por parte de ambos os progenitores, teremos que cotejar os diversos fatores em análise e determinar, segundo o seu próprio interesse, se a matéria em causa se revela de cariz essencial para a sua vida, de que modo a pode afetar e qual o impacto na sua saúde, bem-estar e desenvolvimento.

¹ Há quem defenda que é possível a fixação de um regime de exercício unilateral das responsabilidades parentais no âmbito dos processos que correm termos na Conservatória do Registo Civil. Não partilho desta opinião por considerar que o art.º 17º n.º 4, do DL 272/2001, de 13 de outubro, atribui às decisões do Conservador do Registo Civil os mesmos efeitos das decisões judiciais mas não confere a estes competências próprias dos juizes, como é o caso do estabelecido no art.º 1906º n.º2, quando se refere à necessidade de “decisão fundamentada” por parte do tribunal.

II. A alteração da residência como questão de particular importância

A fixação da residência da criança e o direito de que a mesma nela permaneça encontra consagração legal nos arts.º 85.º e 1887.º, do Código Civil, insere-se na vertente das responsabilidades parentais que se prende com a guarda, entendida esta em sentido restrito, e a sua violação encontra tutela jurídica, quer no processo especial de entrega judicial de criança, consagrado no art.º 49.º e seguintes, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível², quer através do tipo de crime previsto no art.º 250.º do Código Penal.

Em caso de separação dos pais, por força do estabelecido no art.º 1906º, n.º 6, do Código Civil, cabe determinar qual a residência do filho, que poderá ser alternada entre os dois progenitores, exclusiva de um deles ou até ser fixada junto de uma terceira pessoa, nos termos do art.º 1907.º, do mesmo diploma.

Mas porque a vida e os fatores a ela associados estão em permanente mutação, a materialização da residência da criança em determinado lugar está sujeita a alterações durante a sua existência enquanto tal, acompanhando naturalmente as mudanças dos seus próprios progenitores.

Em muitas circunstâncias, essa mudança apresenta-se com contornos de normalidade e faz-se sem qualquer sobressalto, tal acontecendo sempre que a alteração em causa não implique nenhuma modificação significativa na vida da criança e dos seus pais, que não seja a de ir morar para uma nova casa, com uma localização mais ou menos próxima da anterior.

Nestas condições estamos perante um ato da vida corrente, cuja decisão cabe em exclusivo ao progenitor com quem a criança se encontra, nos termos do art.º 1906.º, n.º 3, do Código Civil.

Mas diverso é quando a mudança de residência acontece para uma área geográfica distante da anterior, que implique um afastamento, conducente a uma alteração significativa da vida da criança, nas suas rotinas, nos convívios com família alargada e amigos, na frequência do estabelecimento de ensino e, ainda mais significativo, nos convívios com o progenitor com quem não reside ou que, em caso de residência alternada, terá que deixar de habitar, como consequência do facto de a alteração da residência impossibilitar tal regime. Isto pode ocorrer não só quando a mudança é para um país estrangeiro, mas também quando, embora dentro do próprio país, importe a deslocação para local significativamente distante do anterior.

A mudança de residência da criança constituirá, por norma, uma questão de particular importância, sempre que afete, de modo relevante, os períodos de contacto da mesma com o progenitor não residente.

² Aprovado pela Lei 141/2015, de 8 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei 24/2017, de 24 de maio, doravante designado por RGPTC.

O convívio da criança com ambos os progenitores³ constitui um seu direito e um imperativo constitucionalmente consagrado no art.º 36º, n.º 6, da Lei Fundamental.

Nos termos do n.º 3 do art.º 9.º, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, é um direito da criança manter “regularmente relações pessoais e contactos diretos” com ambos os progenitores.

Perante estes imperativos legais e tendo em consideração a importância dos contactos frequentes com ambos os progenitores no normal desenvolvimento físico e afetivo da criança, resta-nos concluir que qualquer estado de coisas que implique uma maior dificuldade de concretização do direito de convívio da criança com o progenitor não residente, tem necessariamente que se traduzir numa questão de particular importância.

De notar, no entanto, que não se traduzirá num motivo atendível para a caracterização aqui em análise, o mero facto de a mudança importar apenas um maior incómodo para o progenitor não residente que, por exemplo, por força dela, tem que fazer um percurso de carro maior do que era habitual para ir buscar o filho, desde que, como se mostra óbvio, tal não envolva um sacrifício que não seja exigível.

Doutro modo, tendo em consideração que “ O interesse da criança, vista a separação dos pais, mesmo relativamente aos espaços físicos em que habitam, é o contínuo do seu corpo, da sua afetividade e o seu contínuo social”⁴, uma modificação daqueles espaços tem um impacto na sua existência que deve ser devidamente valorizado, levando a considerar-se que a decisão dos progenitores que lhe está subjacente afeta a vida do filho de modo relevante.

Fatores como necessidade de alteração de estabelecimento de ensino, das atividades extracurriculares e a alteração dos convívios com a família alargada e com os amigos, são aspetos a ponderar para a qualificação da mudança de residência como ato da vida corrente ou questão de particular importância. Aqui a resposta há de ser encontrada na singularidade de cada criança e no modo como a mesma é afetada por essa mudança.

Certamente que para uma criança extrovertida, sociável e comunicativa, uma modificação, por exemplo, de estabelecimento de ensino, não implicará sobressaltos de maior e será encarada com normalidade, ao passo que para outra criança, mais tímida e com maior dificuldade em criar laços, uma situação destas pode constituir um problema difícil de ultrapassar e implicar para ela um sofrimento acrescido.

A peculiaridade de cada criança irá, pois, determinar uma interpretação mais ampla ou mais restritiva do conceito de “questão de particular importância” e o seu superior interesse será necessariamente, também neste aspeto, o farol orientador.

³ Salvaguardadas que estejam as situações de progenitores agressores e abusadores, em que, na defesa e proteção dos interesses da criança, os convívios devem ser condicionados e podem até serem suspensos – art. 40.º, n.ºs 3 e 10, do RGPTC.

⁴ *Apud* Acórdão da Relação de Lisboa, de 12-07-2017, disponível na internet: URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9a069f92694562c0802581a9003e03ac?OpenDocument>

III. Os interesses em conflito e o modo de resolução

À mudança de residência por parte do progenitor com quem a criança habita estão normalmente associadas motivações legítimas como sejam,

- Melhorar de vida, quando a oportunidade de emprego ou de um melhor emprego não se coaduna com a permanência no local onde habitualmente reside e importa uma ida para um outro local distante;
- Reorganizar a vida pessoal, designadamente com um novo companheiro (a);
- Ir viver para junto de familiares e amigos, de quem se afastou na sequência da relação que então constituiu e que agora terminou. A necessidade de se aproximar de novo do seu anterior núcleo de convivência pode ocorrer por razões diversas, mas que na sua maioria se prendem com a necessidade de apoio na nova fase da vida que vai agora iniciar, designadamente a procura de amparo emocional para mais facilmente ultrapassar a rutura e o fracasso do projeto de vida a dois.

Mas, existindo filhos da relação, esta mudança pode entrar em conflito com os interesses do outro progenitor em partilhar a residência do filho ou em manter com o mesmo contactos frequentes.

Fácil é de perceber que a separação física do filho, do progenitor com quem não habita, decorrente de uma fixação da residência em local distante, aumenta a dificuldade de convívios assíduos e até os pode inviabilizar, por períodos de tempo mais ou menos longos.

Nestes casos, a mudança não é meramente física, mas importa um distanciamento que vai ter repercussões no relacionamento afetivo e emocional entre a criança e o progenitor que, deste modo, vai dela ficar mais distante.

Configurando a situação concreta de alteração da residência como uma questão de particular importância para a vida da criança, a sua concretização importa, pois, o consenso de ambos os progenitores.

Neste ponto temos que realçar que os pais, na sua tomada de decisão, devem sempre ter em consideração a opinião dos filhos, tal como impõe o preceituado no n.º 2, do art. 1878.º, do Código Civil.

Não chegando os progenitores a um entendimento, resta o recurso à via judicial, estabelecendo o art.º 44.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível o meio próprio para ultrapassar o diferendo e alcançar a sua resolução.

O pedido pode ser formulado por qualquer um dos pais e o respetivo processo segue a tramitação prevista para a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Por força do disposto nos arts.ºs 4.º, n.º 1, al. c) e n.º 2, 5.º e 35.º, n.º 3, do RGPTC, a audição da criança é obrigatória, desde que tenha idade e maturidade para compreender os assuntos em discussão, salvo se o seu interesse o desaconselhar, tendo o legislador estabelecido a presunção de que a criança com idade superior a 12 anos possui a capacidade necessária para ser ouvida.

No processo de decisão deve sempre envolver-se a criança e, deste modo, um dos aspetos a considerar é a opinião por ela manifestada, sem que tal signifique que a avaliação que ela própria faz do que sejam os seus interesses e a manifestação da sua vontade vincule, de modo absoluto, o decisor.

Situação diversa é, no entanto, aquela em que o pedido de resolução do diferendo, ao abrigo do mencionado art.º 44º, acontece já depois de a deslocação da criança se ter concretizado. Sobre esta questão debruçou-se o acórdão da Relação de Lisboa⁵, que considerou não ser aquela a ação própria, tendo decidido que:

“I – O pedido de alteração de residência do menor para um país estrangeiro com a sua progenitora constitui uma alteração da RRP e não uma mera divergência em questão de particular importância a que se refere o artigo 44º do RGPTC.

II – A progenitora não fica legitimada para decidir unilateralmente tal alteração de residência, contra a vontade do progenitor e sem a autorização do tribunal, por este não ter decidido dentro do escasso período de tempo que invocou para a utilidade da decisão.

III – Face à actuação da progenitora de levar o menor e fixar a sua residência num país estrangeiro sem a autorização do progenitor e do tribunal, o pedido de autorização formulado ao tribunal deixa de ter actualidade, sem prejuízo do incidente de incumprimento e dos mecanismos internacionais que possam ter eventualmente lugar, bem como da decisão de alteração do RRP a proferir a pedido do progenitor, em processo que se encontra pendente.”

IV. A Recomendação CM/Rec (2015) 4, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, sobre prevenção e resolução de conflitos respeitantes à alteração da residência de criança

Na matéria que aqui nos detém, revela-se de especial importância a Recomendação CM/Rec (2015) 4, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, pois que a mesma constitui um guia para os Estados Membros do Conselho da Europa no que diz respeito à prevenção e resolução de conflitos entre os progenitores, nas situações de alteração da residência por parte daquele que tem o filho a viver consigo.

Encontramos na mesma um conjunto de princípios que devem ser tidos em conta nestas ocorrências, mormente o princípio do superior interesse da criança.

⁵ De 27-04-2017, proferido no Proc. 21881/16.0T8LSB 6ª Secção, relatado por Maria Teresa Pardal e, tanto quanto conseguimos apurar, ainda não publicado.

Nesta Recomendação não se mostram incluídas as questões relacionadas com o rapto parental, mas apenas os casos em que um dos progenitores deseja, de modo legítimo, alterar a sua residência.

No seu preâmbulo faz-se referência às fontes onde foi beber os princípios que consagra e, pela sua relevância, aqui se enunciam algumas das mais relevantes, pois na sua maioria constituem textos de direito internacional a que Portugal está, igualmente, obrigado.

- Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950;
- Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em particular no que se refere ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar);
- Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989;
- Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, de 25 de janeiro de 1996;
- Convenção sobre Jurisdição, Direito Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção à Criança, adotada pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em 19 de outubro de 1996;
- Recomendação Rec (84) 4 aos Estados membros sobre as responsabilidades parentais e, em particular, o Princípio 6 que prevê a atribuição das responsabilidades parentais em caso de dissolução do casamento ou separação dos pais;
- Diretrizes sobre justiça para crianças, de 17 de novembro de 2010 e, em particular, suas disposições relativas ao direito da criança a ser ouvida e a expressar a sua opinião.

A Recomendação CM/Rec (2015) 4⁶:

Os princípios gerais

1. A lei nacional sobre deslocalização de crianças deve:

- a. Oferecer segurança jurídica suficiente para prevenir e resolver disputas;
- b. Fornecer flexibilidade suficiente para resolver satisfatoriamente disputas individuais;
- c. Incentivar o alcance de acordos amigáveis.

Sobre os Direitos da criança

2. O melhor interesse da criança deve ser uma consideração primordial na obtenção de acordos e resolução de litígios em matéria de deslocalização de crianças.

⁶ Tradução livre, da nossa responsabilidade.

3. A criança deve ter o direito de ser informada e consultada, e para expressar a sua opinião sobre a alteração da residência proposta. Deve dar-se um peso adequado aos pontos de vista da criança, de acordo com sua idade e grau de maturidade.

Para evitar conflitos

4. Devem existir medidas destinadas a evitar disputas sobre deslocalização de crianças ou suas consequências. Tais medidas podem incluir:

- Disposições que encorajem os pais ou outros detentores de responsabilidades parentais a refletirem sobre uma possível deslocalização futura da criança, concordando com questões de mudança, como aviso prévio, duração e limites geográficos;
- Regras sobre a notificação de que a pessoa que se propõe mudar a residência habitual da criança deve ser obrigada a informar o outro pai ou outros detentores de responsabilidades parentais, por escrito, antes da alteração proposta e dentro de prazos específicos, a fim de evitar deslocações unilaterais;
- Serviços (públicos ou privados) para aconselhamento e mediação, para ajudar pais ou outros detentores de responsabilidades parentais a chegarem a um acordo.

Resolução de disputa

5. Os meios alternativos de resolução de litígios devem ser promovidos para se chegar a acordo sobre deslocalização de crianças, sem a necessidade de recorrer às autoridades competentes, sem prejuízo do princípio 6.

6. Os pais ou outros detentores de responsabilidades parentais devem ter o direito de poder apresentar qualquer desacordo sobre a mudança de residência da criança a uma autoridade competente para decisão.

7. Na ausência de acordo, a residência habitual da criança não deve ser alterada sem uma decisão da autoridade competente, exceto nas circunstâncias previstas na legislação nacional.

8. Ao resolver as controvérsias sobre a deslocação de crianças, a autoridade competente deve assegurar que todos os fatores relevantes sejam levados em consideração, dando peso a cada fator apropriado nas circunstâncias do caso individual. O exame deve centrar-se no que sejam os melhores interesses da criança.

9. A decisão da autoridade competente deve ser feita sem recorrer a qualquer presunção a favor ou contra a alteração da residência habitual da criança.

10. Como o tempo é essencial nas disputas sobre a deslocalização de crianças, particularmente no que se refere à própria criança, os Estados membros devem assegurar que as disputas sejam resolvidas pela autoridade competente o mais rápido possível.

11. Deve ser considerada a possibilidade de facilitar as comunicações judiciais diretas entre as autoridades dos Estados membros sobre casos internacionais de deslocação de crianças.

V. A decisão sobre a mudança de residência da criança

Muitos defendem que, encontrando-se a residência atribuída a um dos progenitores, o que é bom para este é necessariamente bom para a criança.

Certo é que não há base empírica que permita justificar a afirmação de que a mudança de residência do progenitor que tem a guarda, para melhorar a sua vida, acarrete, necessariamente, benefícios para os filhos que leva consigo.

E é neste pressuposto que entronca o §9 da Recomendação mencionada no ponto anterior, ao estabelecer que a decisão da autoridade competente deve ser feita sem qualquer presunção a favor ou contra a alteração da residência habitual da criança.

Na decisão a tomar devem considerar-se diversos aspetos, tais como:

- Se a mudança implica algum ónus para a relação da criança com o outro progenitor;
- Se a oposição à mudança parte de um progenitor que, de forma voluntária, sempre esteve ausente da vida do filho e pouco ou nenhum investimento fez na relação afetiva entre ambos;
- Se a razão da deslocação se impõe e é realmente importante, se é um mero capricho do progenitor com quem a criança reside ou se lhe está subjacente um propósito de afastar a criança do outro progenitor;
- Se o interesse do progenitor está alinhado com o da criança, pois se não for este o caso o desta última terá que prevalecer;
- O interesse da criança tem sempre que constituir o fundamento da decisão, por força do disposto no art.º 4.º, n.º 1, al. a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁷, aplicável *ex vi* art.º 4.º do RGPTC e 40º, n.º 1, aplicável *ex vi* art.º 44º, n.º 2, ambos igualmente do RGPTC.

A mudança de residência apenas deve ser permitida quando existir uma alteração substancial das circunstâncias que determinem que tal mudança é do superior interesse da criança e, em caso contrário, deve a mesma ser impedida.

No entanto, uma resolução que recuse o pedido de alteração da residência da criança tem que ter sempre em consideração que tal decisão apenas pode obstar à alteração da residência da criança e não a do seu progenitor.

⁷ Aprovada pela Lei 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei 142/2015, de 8 de setembro e pela Lei 23/2017, de 23 de maio, doravante designada por LPCJP.

Nos termos do art.º 1906.º n.º 5, do CC o que o tribunal determina é a residência do filho, uma decisão em contrário à pretensão do progenitor com quem a criança reside apenas pode servir para desencorajar a deslocação do progenitor e não para a impedir.

Nestes termos, numa sentença em que se recuse a mudança da residência da criança, tem sempre que ser ponderada a possibilidade de alteração da guarda pois, de contrário, podemos estar perante uma limitação ilegítima da liberdade do progenitor guardião.

No processo tem sempre que ser apreciada se a alteração da residência é do interesse da criança e que alternativas existem para o caso de, negada a permissão, o progenitor persistir na sua decisão de mudança.

Concomitantemente com o pedido sobre a mudança de residência e tendo em consideração a alteração das circunstâncias que necessariamente decorrerão da decisão que for tomada, deverá ser intentada a competente ação de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, no âmbito da qual se decidirá pela alteração da guarda, sempre que o progenitor com quem a criança está, persistir na sua decisão de mudança, não obstante a alteração da residência da criança não ter sido autorizada, ou pela alteração do regime de visitas, de modo a adequá-lo à nova realidade decorrente da modificação da residência da criança, quando esta tenha sido admitida.

Este pedido de alteração poderá ser feito por qualquer dos progenitores ou pelo Ministério Público, nos termos do art.º 42.º, n.º 1, do RGPTC.

VI. Estudos sociológicos – EUA (1983 e 2003)⁸

Tendo em consideração que poucos são os estudos sociais sobre o impacto que na criança têm as deslocações geográficas do centro de vida dos progenitores, os resultados alcançados por estes investigadores norte-americanos revelam-se particularmente interessantes e deles podemos retirar ensinamentos que nos auxiliam a colocar em perspetiva alguns dados relacionados com a mudança da residência da criança, quando os pais se encontram separados, e que poderão constituir algumas premissas úteis para a discussão.

Salientemos, então, alguns dos aspetos a que estes estudos chegaram.

- As relações entre os progenitores tendem a tornar-se mais tensas quando existe deslocação de um deles;
- Mudanças de ambiente decorrentes de alterações da residência têm um menor impacto nas crianças se os progenitores viverem juntos;

⁸ Estudo levado a cabo por Sanford L. Braver e William V. Fabricius, pertencentes ao departamento de psicologia da Universidade do Estado do Arizona, EUA, “Mudança de Residência de Criança Após Divórcio e Superior Interesse da Criança: Novas Provas e Considerações Legais” publicado na Revista Infância e Juventude, Direção-Geral de Reinserção Social, n.º4 (2007), 80-120, ISSN 0870-6565.

- Há uma maior preponderância de efeitos negativos associados às deslocações parentais (com ou sem a criança) por comparação com as crianças cujos pais nunca se mudaram;
- A separação importa uma diminuição da ajuda financeira por parte do progenitor que se encontra longe;
- Os filhos fazem uma avaliação menos favorável do progenitor distante, no que se refere ao apoio emocional;
- A deslocação implica, na maior parte dos casos, uma separação relacional e afetiva da criança do outro progenitor;
- A possibilidade de alteração da residência diminui muito quando a guarda cabe a ambos os progenitores.

VII. Mudança de residência da criança e exercício das responsabilidades parentais em exclusivo

1. Fixação do regime no âmbito da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

Como sabemos, sendo a regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais no que respeita às questões de particular importância, esta fórmula cede sempre que tal seja contrário aos interesses do filho, impondo-se, nestes casos, uma decisão fundamentada por parte do tribunal⁹, de acordo com o preceituado no art.º 1906.º, n.º 2 do Código Civil.

Temos, pois, que as causas que podem determinar a exclusão do exercício conjunto das responsabilidades parentais se apresentam, por regra, graves e, na maioria das vezes, reveladoras de uma reduzida capacidade por parte do outro progenitor para o exercício de uma parentalidade, que se quer efetiva, segura e gratificante.

Situações como as de violência doméstica, abusos físicos ou sexuais¹⁰ ou desinteresse absoluto pelo filho, a par de um afastamento geográfico que constitua um obstáculo inultrapassável à existência de um mínimo de contactos regulares, são aquelas que, mais recorrentemente, estão na génese da decisão de atribuição do exercício de exclusivo das responsabilidades parentais a apenas um dos progenitores.

Porém, mesmo nestas situações, este progenitor não está nem pode estar excluído do exercício das responsabilidades parentais em termos absolutos¹¹, cabendo-lhe o direito a ser informado sobre o modo como está aquele exercício a ser levado a cabo, “designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho”, atento o disposto no n.º 6, do mencionado art.º 1906.º do Código Civil.

⁹ Ver nota 1.

¹⁰ Dispõe o art.º 40.º n.º 9, do RGPTC, que se presume contrário ao superior interesse da criança “o exercício em comum das responsabilidades parentais quando seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contactos entre os progenitores”.

¹¹ Para tanto teria que, por decisão judicial, se encontrar limitado ou inibido do exercício das responsabilidades parentais.

Exercício exclusivo das responsabilidades parentais não significa um poder discricionário e absoluto do progenitor que exerce a guarda, cabendo ao outro progenitor o direito de fiscalizar a atuação daquele.

Nestas circunstâncias, impõe-se que qualquer mudança de residência do filho – embora não carecendo do consentimento do outro progenitor – lhe seja comunicada, se não antecipadamente, pelo menos no momento da sua concretização.

De modo a permitir o exercício do direito correlativo por parte do progenitor a quem é devida a informação, esta não pode ser prestada de qualquer modo e a qualquer tempo. Tem a mesma que se mostrar completa e transmitida de forma atempada.

O conhecimento oportuno dos factos poderá, para além do mais, permitir ao progenitor não residente efetuar um pedido de alteração do regime fixado, mormente no que aos convívios diz respeito. Para tanto, a comunicação deve ser realizada de molde a possibilitar que um tal pedido seja feito em tempo útil.

2. Fixação do regime antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

A questão coloca-se, em nosso entender, de modo diverso, quando o exercício singular das responsabilidades parentais foi fixado na vigência das normas do Código Civil, anteriormente às alterações introduzidas pela Lei 61/2008.

Então, a regra era a de que, em caso de separação, o exercício das responsabilidades parentais cabia exclusivamente a um dos progenitores, salvo quando ambos estivessem de acordo em que esse exercício fosse conjunto.

Subjacente ao exercício singular das responsabilidades parentais não estava, como atualmente acontece, qualquer juízo valorativo sobre capacidade parental do outro progenitor mas tão só a aplicação dos preceitos legais que instituía tal regime como regra.

Por força do decurso do tempo, vão sendo cada vez menos frequentes estas situações mas a questão ainda se revela pertinente. Um progenitor a quem foi atribuído singularmente o exercício das responsabilidades parentais no âmbito da redação anterior à Lei 61/2008 pode mudar a residência do filho para local distante, designadamente para outro país, apesar do desacordo por parte do outro?

Determina a regra do art.º 2.º do Código Civil que a lei só dispõe para o futuro mas dita o seu n.º 2 que “ Quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.”

Nestes termos, a nova lei sobre o exercício das responsabilidades parentais dispõe sobre o conteúdo de relações jurídicas já constituídas e que se mantêm depois da sua entrada em vigor, pelo que se aplica imediatamente a todos os casos.

A nova lei dispõe sobre o exercício das responsabilidades parentais, sendo indiferente que a relação de filiação se tenha estabelecido antes ou depois da sua entrada em vigor. O que está em causa é a regulação de determinados aspetos do conteúdo da relação decorrente do estabelecimento da filiação e não os factos constitutivos dessa filiação.

Em causa estão normas de interesse e ordem públicas que dispõem diretamente sobre os efeitos da relação de filiação pelo que são de aplicação imediata a situações jurídicas constituídas ao abrigo da nova lei.

Sobre uma questão deste jaez pronunciou-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça,¹² no qual se pode ler que “tratando-se de normas de interesse público, que dispõem diretamente sobre os efeitos da relação de filiação, são de aplicação imediata a situações jurídicas constituídas ao abrigo da lei antiga”.

E noutro segmento diz-se neste aresto que “O regime legal instituído por aquela lei, no que respeita ao exercício das responsabilidades parentais (...) aplica-se imediatamente às acções intentadas após a alteração legislativa, e ao impor o dever de informação ao progenitor que não exerça no todo ou em parte as responsabilidades parentais, sobre a educação e as condições de vida do filho aplica-se à mudança de domicílio do menor para país estrangeiro, para acompanhar a sua mãe – a quem foi confiada a guarda – por se tratar de questão de particular importância para a vida do filho – n.º 1 do art. 1906.º do citado Código.”

VIII. Quando a mudança de residência ocorre sem o consentimento do outro progenitor

Nestes casos estamos perante uma clara violação do regime legal, a convocar as normas que tutelam o exercício do respetivo direito.

O recurso ao acionamento do incumprimento do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do art.º 41.º, do RGPTC, é o meio que se mostra mais adequado para se sancionar o progenitor inadimplente, que poderá vir a ser condenado em multa e também em indemnização, a favor da criança, do outro progenitor ou de ambos.

Neste estado de coisas, o progenitor não residente pode ainda intentar uma ação de alteração do regime de regulação das responsabilidades parentais, nos termos do art.º 42.º do RGPTC, requerendo a alteração da guarda do filho e invocando, para tanto, que o superior interesse daquele passa por manter a sua residência numa localização próxima daquela que tinha inicialmente e não ser afastado para local distante, perdendo os seus contactos sociais, o seu grupo de pares e parte das suas relações afetivas.

¹² Datado de 28-09-2010, relatado por Fonseca Ramos, disponível na internet: URL: <http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/398836832f01c4a4802577ac0048da99?OpenDocument>

Doutro modo, a deslocação da criança, para lugar geograficamente distante daquele onde até aí residia, importa uma necessária alteração do regime em vigor no que se refere aos convívios com o progenitor não residente e pode ser requerida a sua alteração, a fim de que esse segmento do regime em vigor possa ser ajustado à nova realidade.

No que à tutela penal diz respeito, a situação poderá configurar a prática do crime de subtração de menor, previsto no art.º 249.º, n.º 1, al. c), do Código Penal.

Num acórdão recente da Relação de Lisboa,¹³ que se pronunciou sobre uma situação em que a progenitora foi residir para país estrangeiro em companhia do filho, sem o conhecimento e contra a vontade do pai, alegando pretender encontrar uma vida melhor, pode ler-se:

“ 1. Comete o crime de subtração de menor p. e p. pelo art.º 249.º n.º 1 do cód. penal a progenitora que, sem dar conhecimento ao pai da menor, abandona o País para parte incerta no estrangeiro, levando consigo a filha de ambos e impedindo qualquer visita e contacto com o pai.

2. Independentemente das razões que levam um pai ou mãe a emigrar, estando o poder paternal judicialmente regulado, não é legítima a fuga sem prévio conhecimento e autorização do outro progenitor e respectivo conhecimento ao tribunal.

3. O bem jurídico a proteger na redação atualmente em vigor do artigo 249º, n.º 1, alínea c) do cód. penal continua a ser a garantia da integridade do exercício dos poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais.

4. É completamente irrelevante o argumento de que foi procurar uma vida melhor no estrangeiro, pois embora sendo legítima essa procura, tal não legitima a mãe privar a menor da convivência com o pai, e muito menos justifica a fuga sem autorização nem conhecimento prévio, quer ao progenitor quer ao tribunal que regulara o poder paternal”.

IX. Quando em causa está uma deslocação para o estrangeiro sem autorização do outro progenitor

Muitas das ocorrências relativas a alteração da residência da criança sem o assentimento de ambos os pais, prendem-se com situações em que o progenitor com quem a criança está, passa a ter a sua residência em país estrangeiro, quer tal decorra de uma decisão de emigrar, quer, tratando-se de progenitor de outra nacionalidade que não a portuguesa, de decisão de regresso ao seu país de origem.

Esta mudança de residência é entendida, de modo pacífico, como constituindo uma questão de particular importância, a exigir o consentimento de ambos os progenitores¹⁴, mas

¹³ Datado de 13-07-2016, relatado por A. Augusto Lourenço, disponível na internet: URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/68429ad8589445f980258045002db1c6?OpenDocument>

apresenta contornos específicos pelo facto de a deslocação da criança ocorrer para país estrangeiro.

Aqui, a solução da questão terá que ser encontrada por recurso aos instrumentos de direito internacional a que Portugal está obrigado, havendo que convocar para o feito a Convenção da Haia de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Criança, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, também denominado de Regulamento de Bruxelas II (bis), e a Convenção da Haia de 1996, relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e medidas de Proteção das Crianças.

Sobre o modo de harmonizar a aplicação destes três instrumentos, regulam o Considerando 17 e os arts.ºs 11.º, n.º 1, 60.º, al. e), 61.º e 62.º, n.º 1, todos do Regulamento e o art.º 50.º da Convenção da Haia de 1996. A aplicação da Convenção da Haia de 1980 tem sempre lugar, mas estando em causa relações entre os Estados Membros da União Europeia, prevalecem as disposições constantes do Regulamento Bruxelas II (bis).

O art.º 1.º da Convenção da Haia de 1980 estabelece como objetivos primordiais da sua aplicação, o colocar termo, de modo célere, a uma situação de deslocação ilícita de criança, na sequência da violação de um direito de guarda e o garantir o respeito pelo direito de guarda e de visitas fixados num dos Estados Contraentes.

Em face do disposto no seu art.º 16.º, o desiderato a alcançar é o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida, sem prejuízo das decisões que posteriormente venham a ser tomadas no que respeita à matéria relativa ao direito de guarda e exercício das responsabilidades parentais.

O direito de custódia, consagrado no art.º 3.º, al. a), da Convenção da Haia de 1980, pode resultar diretamente das normas legais que regulam esta matéria, de decisão judicial ou administrativa que sobre ela se tenham pronunciado e ainda de qualquer acordo existente, desde que válido à face do direito do Estado respetivo.

Em Portugal, o direito de guarda pode advir:

- Diretamente da lei;
- De decisão judicial;
- De acordo homologado judicialmente;
- De decisão do Conservador do Registo Civil.

Não é, no entanto, suficiente a existência daquele direito de custódia, já que por força do estabelecido na al. b) do citado art.º 3.º, o exercício de tal direito tem que ser efetivo, significando tal pressuposto que para a aplicação do estatuído na Convenção da Haia de 1980,

¹⁴ Exceto, como atrás vimos, quando o exercício das responsabilidades parentais é exclusivo e o respetivo regime foi fixado após as alterações introduzidas no Código Civil pela lei 61/2008, de 31 de outubro.

não basta que ao requerente caiba o direito em causa, mostra-se necessário que esse direito esteja a ser efetivamente observado.

Nos termos do art.º 5.º da Convenção, o direito de custódia é definido como o poder legítimo de decidir sobre o lugar da residência da criança, a ser exercido singular ou conjuntamente e, nesta última circunstância, a decisão tem que ser tomada por acordo dos titulares das responsabilidades parentais.

Por seu turno, na definição dada pelo art.º 2.º n.º 11, al. b), do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, “Considera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre o local da residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental”.

Já vimos, pois, que em face do nosso normativo interno, a regra é o exercício conjunto das responsabilidades parentais, pelo que a decisão sobre a mudança de residência da criança para um país estrangeiro, porque constitui uma questão de particular importância, tem que ser tomada por ambos os progenitores.

De notar que, por força do estabelecido no art.º 16.º da Convenção da Haia de 1980, a decisão sobre a guarda cabe sempre ao Estado da residência da criança antes da deslocação e a jurisdição do Estado para onde a criança foi levada só pode decidir sobre a matéria em causa, se tiver sido recusado o pedido de regresso ou se, durante um período razoável, o mesmo não tiver sido requerido.

A deslocação ilícita ocorre sempre que haja uma mudança da criança do país onde tem o seu centro de vida para outro, em desrespeito do direito de guarda existente. Sempre que a ida para o outro país tiver sido autorizada pelo outro progenitor, designadamente para passar um período de férias, e depois o regresso da criança não acontecer, esta sua transferência assume a designação de retenção ilícita.

O regresso imediato da criança em situação de deslocação ou retenção ilícitas, preconizado pela Convenção da Haia de 1980, sofre, no entanto, desvios sempre que se mostrem verificadas as circunstâncias previstas nos seus arts.ºs 12.º, 13.º e 20.º. Apuradas estas, pode haver lugar a uma decisão de recusa de regresso da criança.

São elas:

- A criança já se encontrar integrada no seu novo ambiente familiar, desde que tenha decorrido mais de um ano entre a data da deslocação ou retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado em que a criança se encontrar;
- O direito de guarda não se encontrar, efetivamente, a ser exercido por quem tinha legitimidade para tal;

- Ter havido, por parte de quem exerça o direito de guarda, consentimento prévio ou concordância posterior à deslocação ou à retenção da criança;
- Existir risco grave de a criança, com o seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou a uma qualquer outra situação intolerável;
- Quando a criança se oponha ao regresso desde que tenha idade e grau de maturidade suficientes para serem tomadas em consideração as suas opiniões;
- Quando o regresso da criança importar uma violação dos princípios fundamentais do Estado relativos aos direitos do homem e às liberdades fundamentais.

O tribunal não pode, no entanto, recusar o regresso da criança quando, tratando-se de Estados Membros da União Europeia, se mostre verificada a circunstância enunciada no art.º 11.º, n.º 4, do Reg. Bruxelas II (bis).

Este Regulamento contempla ainda uma particularidade, no n.º 8 do mencionado art.º 11.º, que se traduz no facto de poder existir uma decisão a exigir o regresso da criança, proferida por um tribunal competente à luz daquele instrumento legal, que prevalecerá sobre uma decisão de retenção da criança, emitida ao abrigo do disposto no art.º 13.º da Convenção da Haia de 1980.

Ocorrendo uma deslocação ou retenção ilícitas de criança com residência habitual em Portugal, é a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, na qualidade de autoridade central de Portugal, que realiza os procedimentos tendentes a conseguir o regresso da criança.

Nestes casos, o modo correto de atuar, tendo em vista o regresso da criança, é contactar a Autoridade Central Portuguesa¹⁵, que efetuará as démarches adequadas para o efeito.

De notar que por recurso a procedimento judicial interno, designadamente através de ação de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais, não se consegue obter uma decisão que imponha o retorno da criança. Este desiderato só é possível através de uma ação de regresso da criança, nos termos da Convenção da Haia de 1980, a intentar no país onde aquela se encontra, com a colaboração da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, na qualidade de autoridade central, a quem cabe, em primeira linha, fazer cumprir as obrigações decorrentes da Convenção, em estreita colaboração com as suas congéneres nos outros países.

X. Em conclusão

A alteração da residência da criança para lugar geograficamente distante daquele onde até aí habitava constituirá, na esmagadora maioria das situações, uma questão de particular importância, a necessitar de consentimento de ambos os progenitores, exceto nas situações em que o exercício das responsabilidades parentais pertença em exclusivo àquele que se

¹⁵ Autoridade Central Portuguesa - Travessa da Cruz do Torel, n.º 1, 1133-001 Lisboa. Telefone: 21 8812200. E-mail: gjc@dgrsp.mj.pt

pretende deslocar com o filho, desde que o respetivo regime tenha sido fixado já na vigência das alterações introduzidas no Código Civil, pela Lei 61/2008, de 31 de outubro.

Havendo necessidade de acordo e não sendo o mesmo possível, há que recorrer ao procedimento previsto no art.º 44.º do RGPTC. A decisão a resolver o diferendo deve ser tomada no estrito respeito pelo interesse da criança, depois de lhe ter sido dada oportunidade para se pronunciar sobre a matéria em discussão, desde que tenha idade e maturidade para o efeito.

Uma decisão a consentir na deslocação implicará, na maioria das vezes, uma alteração do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais, na vertente dos convívios com o progenitor não residente, de modo a adequá-lo à nova realidade.

Quando a respetiva deslocação não seja autorizada, haverá necessidade de alterar o regime em vigor no que concerne à guarda da criança, desde que o progenitor com quem ela reside mantenha o propósito de se mudar, mas agora, necessariamente sozinho.

A mudança de residência da criança, sem a autorização necessário do outro progenitor, constitui um incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais, a sancionar nos termos do art.º 41.º do RGPTC e pode, eventualmente, fazer incorrer o progenitor incumpridor na prática do crime de subtração de menor, previsto no art.º 249.º, do Código Penal.

Quando a mudança não autorizada ocorre para país estrangeiro, os procedimentos tendentes ao regresso da criança, obedecerão ao estabelecido nos instrumentos internacionais a que Portugal está obrigado, designadamente à Convenção da Haia de 1980, sendo a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, na qualidade de Autoridade Central Portuguesa, a entidade competente para fazer desencadear os mecanismos necessários a conseguir tal regresso.

Referências bibliográficas

BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, **A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens**. 2.ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2249-4

COLAÇO, Amadeu, **Novo Regime do Divórcio**. Coimbra: ed. Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3704-2

GOMES, Ana Sofia, **Responsabilidades Parentais Internacionais, em especial na União Europeia**. Lisboa: Quid Juris, 2013. ISBN 978-972-724-669-4

LEAL, Ana Teresa, **A Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais - O Crime de Subtração de Menor** [em linha]. Revista Jurídica Digital “DataVenia”, n.º3 (2015), p. 415-464. Disponível na internet: URL: <https://www.datavenia.pt/edicoes/79-edicao03>

MARTINS, Rosa, **Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família. Coimbra: ed. Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1591-5

MASSENA, Ana, **Reflexão conjunta sobre a aplicação da Convenção da Haia de 1980 à luz do princípio do superior interesse da criança**. Revista do CEJ. Lisboa: CEJ (2014-II), p.133-170

MELO, Helena Gomes [et al.], **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**. 2.ed.atualizada. Lisboa: ed. Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-540-6

PERQUILHAS, Maria - **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais no novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível** [em linha]. Jornadas de Direito da Família: As Novas Leis: Desafios e Respostas. Disponível na internet: URL: http://cdlisboa.org/2016/ebook_jornadas_direito_da_familia.pdf

PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito da Família Contemporâneo**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6763-6

SANTFORD L. Braver e WILLIAM V. Fabricius - **Mudança de Residência de Criança Após Divórcio e Superior Interesse da Criança: Novas Provas e Considerações Legais**”, Infância e Juventude, Revista da Direção-Geral de Reinserção Social, n.º4 (2007), p. 83-120. ISSN 0870-6565

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

4.

**O Regime Provisório –
Processualismo a seguir; vantagens
e desvantagens do regime**

Anabela Pedroso

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**O REGIME PROVISÓRIO:
PROCESSUALISMO A SEGUIR E VANTAGENS E DESVANTAGENS DO REGIME
NOTAS PARA APRESENTAÇÃO ORAL**

Anabela Pedrosa*

1. Em sede de providências tutelares cíveis, o tribunal pode proferir decisões provisórias ou cautelares: a regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes constituem providências tutelares cíveis, de acordo com o disposto no artigo 3.º, alínea c), do RGPTC.

A possibilidade de, neste âmbito, serem proferidas decisões de natureza provisória encontra-se regulada no artigo 28.º do RGPTC, cuja epígrafe é, exactamente, “Decisões provisórias e cautelares” e cujo teor é o seguinte:

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.

2. O artigo 28.º, do RGPTC é uma norma de natureza geral, inserida no capítulo II, referente às “disposições processuais comuns”.

* Juíza de Direito, Juízo de Família e Menores da Comarca de Castelo Branco.

Do seu teor decorrem algumas ideias fundamentais que importa reter:

2.1. A primeira tem que ver com a **oportunidade processual** da prolação de uma decisão desta natureza: em qualquer estado da causa, o tribunal pode decidir provisoriamente de uma questão que deva ser apreciada a final.

2.2. Em termos de **impulso processual**, a intervenção provisória ou cautelar do juiz pode ocorrer a requerimento (das *partes* ou do Ministério Público) ou oficiosamente.

2.3. Quanto ao **critério da decisão e ao seu conteúdo**, o Juiz fará um juízo assente em critérios de conveniência, critérios esses que assentam, necessariamente, na convocação dos princípios orientadores dos processos tutelares cíveis, previstos no artigo 4.º, do RGPTC.

A decisão do juiz pode traduzir-se *ab initio* na constituição de relações jurídicas – fixação *ex novo* de um regime provisório, assim como pode traduzir-se na modificação de uma situação jurídica já definida anteriormente, em termos “definitivos”, a qual pode ser provisoriamente alterada.

2.3.1. A este propósito e dado que o n.º 2 do artigo 28.º apenas se refere à possibilidade de serem provisoriamente alteradas decisões tomadas a título *definitivo*, poderia questionar-se se é possível modificar provisoriamente uma decisão tomada, também, a título provisório.

Na nossa perspectiva, é possível:

- Face à natureza da intervenção judicial, assente em critérios de conveniência, que se estendem ao próprio conteúdo do regime provisório, que não apenas à sua oportunidade processual;
- A lei não o proíbe, constatação a que chegamos perante a convocação de um princípio de interpretação legal – se a lei permite o mais – alterar provisoriamente uma decisão definitiva -, também permite o menos, ainda para mais quando as razões subjacentes são as mesmas, quer estejamos perante um regime fixado a título *definitivo*, quer a título provisório - necessidade e oportunidade na salvaguarda do superior interesse da criança, ponderadas o seu contexto global (as razões são as mesmas perante o incumprimento de um regime definitivo ou provisório, perante a superveniente inexecutabilidade prática de um regime definitivo ou provisório).

2.3.2. São admissíveis instâncias processuais intercorrentes (incidentes) referentes a decisões tomadas a título provisório (apreciação de situações de incumprimento, ponderação da necessidade de alterar regimes provisoriamente fixados), sob pena de violação, para além do princípio do superior interesse da criança, dos princípios da proporcionalidade e, sobretudo, da actualidade – cf. artigo 4.º, do RGPTC.

Em termos de **conteúdo**, a decisão provisória, tendencialmente, respeita a todos os aspectos em que se materializa o exercício das responsabilidades parentais. De todo o modo, admitimos que uma decisão provisória, designadamente, quando é proferida fora dos momentos processuais a que aludem os artigos 37.º, 38.º e 44.º A do RGPTC (de que iremos falar *infra*), ou seja, quando proferida ao abrigo da regra geral do artigo 28.º, poderá ter por conteúdo apenas um dos aspectos em que se materializa o exercício dessas responsabilidades parentais, designadamente, fixando-se apenas a residência, até que se apure da viabilidade da fixação de contactos e das possibilidades do outro progenitor quanto a alimentos (tal pode suceder, por exemplo, em situações em que o tribunal haja de intervir urgente e imediatamente: situações de violência doméstica – em que ainda não tenha sido aplicada medida de coacção de proibição de contactos –, situações em que um dos progenitores *ameaça* levar o filho, sendo que a criança, desde sempre, viveu com o outro ou até já se manifestou no processo no sentido de não pretender ir viver com tal progenitor, no caso de ser de tomar em consideração tal manifestação de vontade).

A decisão provisória materializa um juízo meramente indiciário, transitório e temporário, que poderá ser modificado na decisão final e que caduca quando for revogada, alterada ou proferida a decisão final.

3. No que se refere à **tramitação processual antecedente à tomada de uma decisão provisória**, importa ter em consideração que a decisão do juiz pode ser precedida, ou não, das averiguações sumárias que sejam tidas por convenientes.

3.1. Que tipo de averiguações ou de diligências poderá o tribunal encetar? Todas as que sejam adequadas a aferir da necessidade/oportunidade da fixação do regime e à sua concretização em termos de conteúdo, seja com vista à definição, *ex novo* do regime, seja com vista à manutenção/revogação/alteração de regime provisório/definitivo já fixado.

3.2. Na nossa perspectiva, o Tribunal não carece, em caso de apreciação provisória da necessidade de alteração do regime, de seguir o procedimento previsto nas regras processuais aplicáveis à alteração da regulação das responsabilidades parentais, assim como não carecerá de fazer o mesmo quando venha a ser invocado o incumprimento desse regime provisório, devendo observar a tramitação que for considerada, em face das circunstâncias, adequada a definir a necessidade do regime provisório e o respectivo sentido, observados que sejam os princípios orientadores da intervenção tutelar cível, tal qual resultam do artigo 4.º, do RGPTC.

4. Uma decisão, ainda que provisória, visa definir um conjunto de direitos e obrigações e, portanto, vincula as pessoas a quem se dirige, ou seja, as *partes*. Por essa razão, não deixa de ser necessária a observância do **princípio do contraditório**.

4.1. A este propósito, no artigo 28.º, do RGPTC, o legislador consagrou um regime idêntico àquele que resulta do CPC para os procedimentos cautelares. Proferindo decisão

provisória no contexto referenciado naquela norma legal e sendo a regra o cumprimento prévio do direito ao contraditório, optando por dispensar tal direito, deverá o juiz fundamentar as razões pelas quais assim entende.

4.2. Quanto ao recurso de uma decisão provisória, a este propósito importa tomar em consideração o que decorre do artigo 32.º, do RGPTC. No seu n.º 1, está expressamente prevista a possibilidade de interposição de recurso das decisões que se pronunciem provisoriamente sobre a aplicação, alteração ou cessação de medidas tutelares cíveis, podendo nele ser recorrentes (com excepção do disposto no artigo 63.º, do RGPTC) o Ministério Público e as partes, os pais, o representante legal e quem tiver a guarda de facto da criança (cf. n.º 2).

Do n.º 3 resulta que os recursos são processados e julgados como em matéria cível, fixando-se como prazo para apresentação de alegações e resposta 15 dias.

Por outro lado, trata-se de recursos com efeito meramente devolutivo, a não ser que o juiz lhes fixe outro efeito.

Presume o legislador que o juiz de primeira instância é quem se encontra melhor posicionado para definir o interesse da criança, atenta a proximidade que lhe está inerente, pelo que o efeito meramente devolutivo é uma materialização de tal entendimento, ou seja, de que a solução aí alcançada será, de facto, a mais consentânea com a protecção do interesse, e não outra, mais concretamente a provisória.

Tal norma permitirá, em nossa opinião, concluir, no que ora nos interessa, que a decisão provisória proferida em matéria de responsabilidades parentais, tem eficácia imediata antes do seu trânsito em julgado.

Há, aliás, jurisprudência que sustenta que se trata de decisões com uma eficácia executiva própria, que não ficam sujeitas às regras de exequibilidade do artigo 704.º, do CPC. No acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.02.2017 (relator: Desembargador Manuel Domingos Fernandes, disponível em www.dgsi.pt), considerou-se que tais decisões não serão passíveis de um processo de execução, por se enquadrarem no âmbito das chamadas acções constitutivas, em que *“perante o pedido de alteração das situações jurídicas das partes, o juiz, pela sentença, cria novas situações jurídicas entre elas, constituindo, impedindo, modificando ou extinguindo direitos e deveres que, embora fundados em situações jurídicas anteriores, só nascem com a própria sentença”*. Acrescentando-se que, ainda que assim não se entenda, a circunstância de o citado artigo 704.º, n.º 1, estabelecer que a sentença só constitui título executivo depois do trânsito em julgado não tem o sentido de esse efeito dever ser o fixado judicialmente no despacho de recebimento do recurso ficando, até então, a sentença num estado de latência como se refere na decisão recorrida. Considerou-se que, se a lei atribuir efeito meramente devolutivo ao recurso, a sentença torna-se imediatamente eficaz e poderá ser executada, mas perderá essa eficácia e deixará, então, de ser exequível, na hipótese de o tribunal fixar ao recurso dela interposto, nos casos em que tal lhe seja legalmente possível, efeito suspensivo. Pelo que, para este acórdão, mesmo que se considere haver lugar à aplicação,

nestas providências, do artigo 704.º, n.º 1, do Código de Processo Cível, sempre a sentença produz efeitos imediatos, atenta a exceção prevista nessa norma para os casos em que o recurso tem efeito meramente devolutivo.

Trata-se de um recurso de apelação, que deverá subir em separado, atento o disposto no artigo 645.º, do CPC, devidamente instruído, conforme artigo 646.º, do mesmo diploma legal.

É igualmente importante termos em consideração que, de acordo com o disposto no artigo 33.º, n.º 1 do RGPTC, o CPC, nas suas disposições que não contrariem os fins da jurisdição de menores, é norma subsidiária relativamente ao RGPTC, devendo aplicar-se com as devidas adaptações.

5. A decisão tomada a título provisório carece, tal como toda a decisão judicial, de ser **fundamentada**, de acordo com a regra geral do artigo 154.º, do CPC, mais uma vez aplicável por força do artigo 33.º, n.º 1, do RGPTC. Poderão haver, porém, situações em que o formalismo, ao nível da fundamentação da decisão, possa ser menor, sobretudo, quando o estabelecimento de um regime provisório assenta no acordo de ambos os progenitores, caso em que a decisão até poderá ser homologatória.

6. Dissemos acima que o artigo 28.º, do RGPTC, se apresenta como uma norma de natureza geral. Tal referência é tão importante quanto a circunstância de, a propósito da providência tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais e de conhecimento de questões conexas, o legislador ter fixado regras específicas que, por vezes afastam tal regime geral, designadamente, o critério de oportunidade processual e a forma de cumprimento do contraditório, nos termos *supra* referenciados.

A propósito da regulação do exercício das responsabilidades parentais – cf. capítulo III, secção I, do RGPTC – o **artigo 37.º** contém uma norma referente à possibilidade de fixação de um regime provisório.

Com efeito, decorre do **seu n.º 5** que “a conferência já iniciada pode ser suspensa, estabelecendo-se, por período e condições determinados, um regime provisório, em consideração pelos interesses da criança”.

Ou seja, se o tribunal entender que a experimentação de uma determinada forma de convívios entre os filhos e os pais poderá ser benéfica para afastar eventuais dúvidas ou divergências e para potenciar períodos de adaptação que, depois, deverão ser reavaliados e que podem, ou não, ser monitorizados pela assessoria técnica aos tribunais ou através de acompanhamento psicológico, designadamente, da criança ou, até, com a remessa para a audição técnica especializada/mediação, nos termos dos artigos 23.º e 24.º, (fora do contexto previsto no artigo 38.º), sem que se justifique, do ponto de vista processual dos interesses da criança, o

prosseguimento dos autos, a decisão terá que conter a sua adequada justificação, nos termos *supra* referenciados.

O tribunal fixará, unilateralmente ou por acordo, um regime provisório, durante um determinado período de tempo, ficando a conferência suspensa e devendo, no termo desse período, reavaliar-se a forma como tal regime foi executado em concreto, a fim de o modificar se necessário, de o prorrogar se justificado, de o *converter* em definitivo se se vier a considerar, de forma consensual, que o mesmo é o que melhor acautela o interesse da criança e é possível, por acordo, colocar termo ao processo.

Mais uma vez, trata-se de uma opção processual que o tribunal deve aferir em concreto, segundo critérios de oportunidade.

Não sendo julgado conveniente e justificado, em consideração pelos interesses da criança, que a conferência fique suspensa com a definição de um regime provisório de regulação do exercício das responsabilidades parentais, os autos terão que prosseguir.

Poderão prosseguir de acordo com o disposto no artigo 37.º, n.º 3, do RGPTC ou de acordo com o que resulta do artigo 38.º, do mesmo diploma legal.

7. E é precisamente nesta última norma que encontramos nova referência ao regime provisório.

De acordo com o disposto no artigo 38.º, do RGPTC “se ambos os pais estiverem presentes ou representados na conferência, mas não chegarem a acordo que seja homologado, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos”, após o que suspende a conferência e remete as partes para a mediação ou para a audição técnica especializada.

7.1. A primeira constatação a levar a cabo é a de que o procedimento legal previsto em tal norma depende, desde logo, da circunstância de ambos os progenitores estarem presentes/representados e não chegarem a acordo que seja homologado, acrescentamos nós, ainda que provisoriamente, nos termos e para os efeitos previstos no n.º 5 do artigo 37.º. Nestas circunstâncias, impondo-se que os autos prossigam, é imperativo legal que tal não suceda sem que as responsabilidades parentais fiquem provisoriamente reguladas.

7.2. Trata-se de uma norma inovadora, face ao que resultava da anterior Organização Tutelar de Menores. Com efeito, na nossa perspectiva, não estamos perante uma intervenção judicial radicada na oportunidade pressuposta pelo artigo 28.º, n.º 1 do RGPTC, mas perante uma obrigatoriedade legal. Tanto que, e a título meramente exemplificativo, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.06.2017 (Relatora: Desembargadora Isabel Fonseca, disponível em www.pgdlisboa.pt) considerou-se que “só em casos muito pontuais e de exceção poderá o tribunal abster-se da fixação desse regime e, quando assim procede (...) deve fundamentar essa omissão” [acórdão com uma declaração de voto – Desembargador Eurico Reis, onde se discute exactamente, as dificuldades de fixação de regime provisório, sem antes se diligenciar por aferir

circunstâncias alegadamente nefastas para a criança imputadas ao progenitor “não guardião”].

7.3. Por outro lado, decorre da lei que a decisão do juiz deve assentar na ponderação dos elementos já disponíveis.

7.3.1. Coloca-se a questão de saber que elementos são esses.

A obrigatoriedade de fixação de um regime provisório neste momento processual e verificados os respectivos pressupostos legais, não é exclusiva das providências tendentes à regulação das responsabilidades parentais, sendo aplicável, na parte que se justifica, por força do disposto nos artigos 41.º, n.º 7 e 42.º, n.º 5, do RGPTC, às situações de incumprimento e de alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais.

E se, nestes casos, designadamente, no âmbito da alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais, o legislador prevê a audição prévia do/a requerido/a, na regulação tal não se encontra previsto.

Os progenitores (as *partes*) deverão, pois, usar as peças processuais escritas, nos momentos processuais legalmente previstos, para alegar toda a factualidade que possa ser útil para a contextualização da situação da criança, sendo igualmente a conferência de pais um momento de excelência para aferir tais circunstâncias relevantes, de modo a que o tribunal possa habilitar-se a decidir provisoriamente.

Havendo documentos relevantes para a ponderação do tribunal, tais documentos deverão ser juntos com a petição inicial e poderão sê-lo em sede de conferência de pais.

Não se trata de antecipar, nesta fase processual, a fase das alegações, ainda porque o objectivo primacial do processo é a solução consensual do problema, não fora a previsão concernente com a remessa dos progenitores para a mediação ou para a audição técnica especializada.

Trata-se, no entanto, de enquadrar factualmente a realidade da criança e dos pais, de modo a que o juiz possa dispor de um conjunto de elementos relevantes para a decisão a proferir.

Naturalmente que o juiz tomará em consideração todos os elementos constantes dos autos, designadamente, de natureza documental. Assim como poderá atender a elementos constantes de processos por apenso aos quais aquele que se encontra a apreciar corra – designadamente, de promoção e protecção ou, no caso de alterações/incumprimentos, que estejam juntos aos autos principais de regulação.

Por outro lado, estando presentes ambos os pais, evidentemente que os mesmos, na conferência de pais, manifestarão os seus pontos de vista relativamente à forma como entendem que as responsabilidades parentais devem ser reguladas, podendo

o juiz colher junto dos mesmos/criança os esclarecimentos necessários à apreensão da realidade (v.g. situação sócio-económica e profissional, forma como têm vindo, informalmente, a gerir os convívios da criança um com o outro, etc.).

7.4. Caso os autos tenham que prosseguir nos termos expostos e o juiz necessite de se esclarecer relativamente a aspectos que considere essenciais para a decisão a tomar, entendemos que a norma e a forma como se encontra gizada, não pode constituir obstáculo a que o tribunal providencie pela instrução do processo com os elementos tidos por relevantes: por exemplo, informações sociais referentes a algum/ambos os progenitores/criança; informações clínicas; elementos que estejam juntos a processo de promoção e protecção que corra na CPCJ e que (por qualquer razão) não esteja a correr por apenso, ao abrigo do disposto no artigo 81.º, da LPCJP; documentos referentes a processo crime que penda contra qualquer um dos progenitores.

A natureza de jurisdição voluntária do processo (cf. artigo 986.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 12.º, RGPTC) e a salvaguarda do princípio do interesse superior da criança justificam tal entendimento.

Tal *paragem* do processo deverá ocorrer por prazo curto, admitindo-se que seja suspensa a conferência e agendada data para sua continuação posterior.

No caso de ser pedido prazo para exercício do direito ao contraditório, não compatível com a suspensão da conferência no próprio acto, precedida da fixação do regime, creio que esse prazo pode e deve ser concedido, circunstância que é, por demais relevante, quando, por exemplo, o tribunal se coloca perante a possibilidade de suspender provisoriamente o regime de contactos pessoais da criança com um dos progenitores. Mas sempre desde que tal não coloquem em causa seriamente a finalidade da providência a decretar.

7.5. A decisão provisória a que alude o artigo 38.º pode ser proferida na sequência de obtenção de um acordo de regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais que não pressuponha a necessidade de suspensão da conferência de pais, impondo-se o prosseguimento do processo nos termos aí previstos.

8. Para além do disposto nos artigos 37.º, n.º 5 e 38.º, do RGPTC, importa ter em consideração que este diploma legal foi alterado pela Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio, que veio a introduzir-lhe um artigo 44.º-A, sob a epígrafe “regulação urgente”.

8.1. Trata-se de um mecanismo processual de natureza especialíssima que pressupõe que, no âmbito de um processo de natureza criminal, tenha sido aplicada medida de coacção ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre os progenitores ou que estejam em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, no qual é concedido ao Ministério Público o prazo de 48 horas após a obtenção de conhecimento acerca da situação, para requerer a regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

- 8.2. E é precisamente no n.º 3 de tal norma resulta que encontramos nova referência ao regime provisório. Com efeito, sempre que os progenitores não cheguem a acordo ou qualquer deles faltar, é fixado regime provisório, nos termos do artigo 38.º, seguindo-se-lhe os termos posteriores previstos nos artigos 39.º e seguintes da presente lei.
- 8.3. Como se vê, esta norma difere do disposto no artigo 38.º pois que, aqui, o juiz deve decidir provisoriamente se ambos os pais estiverem presentes ou representados na conferência mas não chegarem a acordo. Com efeito, não estando presentes, o artigo 37.º prevê a forma de prosseguimento dos autos e a fixação de um regime provisório fica dependente da convocação do disposto no artigo 28.º.
- 8.4. Pelo contrário, de acordo com o disposto no artigo 44.º-A, basta que não exista acordo, estejam os pais presentes ou representados ou não estejam, sequer, presentes. Nessa situação, o tribunal encontra-se igualmente vinculado à fixação de um regime provisório, nos termos do artigo 38.º, ou seja, de acordo com os elementos disponíveis.
- 8.5. Parece-nos, assim, e à partida que a remessa para o artigo 38.º tem esse sentido – decidir de acordo com os elementos disponíveis e de forma vinculada – atendendo a que, em situações como aquelas que justificam e impõem o recurso a este mecanismo processual especialíssimo não é admissível, atento o que decorre do artigo 24.º A do RGPTC, o recurso à audição técnica especializada e à mediação.
- 8.6. Trata-se de uma alteração que visou contribuir para uma melhor harmonização e articulação do processo penal com os processos relativos a crianças e jovens, nomeadamente os que se reportam ao exercício das responsabilidades parentais (cf. Parecer do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadora Alcina da Costa Ribeiro, ao projecto de lei que levou à introdução do 6.º no RGPTC 44.º A).
9. A fixação de um regime provisório tem **vantagens de diversa natureza**:
- 9.1. Permite acautelar uma determinada realidade, definindo, ainda que a título provisório, direitos e obrigações, cujo exercício poderia não ser compatível com o aguardar pela prolação de uma decisão de natureza “definitiva”; assim, é o interesse das crianças que se acautela (veja-se que a elaboração de relatórios sociais/periciais leva a delongas processuais que poderão não se compaginar com uma total ausência de definição de deveres e direitos relativamente à criança e aos seus progenitores). Ou seja, a prolação de uma decisão provisória permite assegurar a utilidade da decisão ou a efectividade da tutela jurisdicional – cf. artigo 2.º, n.º 2, *in fine*, do CPC, *ex vi* do artigo 33.º, do RGPTC e artigo 28.º, do mesmo diploma legal.

9.2. A prolação de uma decisão provisória tem a vantagem de não deixar sem solução ou sem apreciação jurídica questões que, pela sua própria natureza, são muito relevantes para as pessoas, ou seja, na nossa perspectiva, permite pacificar, também, os progenitores, apaziguar relacionamentos (entre ambos e entre estes e os filhos), pois que a espera por uma decisão constitui, também, um factor de desgaste e poderá ser foco de conflito.

9.3. Por outro lado, atendendo a que, perante a natureza de jurisdição voluntária do processo, as decisões proferidas provisoriamente são modificáveis a todo o tempo, as mesmas podem conter em si a definição de regimes com “prazo de vida/validade”, ou seja, com duração previamente definida, cuja finalidade é avaliar competências efectivas e concretas para o exercício da parentalidade ou formas de execução desse regime, no que diz respeito, por exemplo aos convívios/contactos pessoais/visitas ou à *residência alternada*, constituindo-se, assim, o regime provisório como uma forma eficaz de se avaliar, em termos práticos e funcionais, a execução de um regime, de modo a permitir ultrapassar algumas dúvidas que se coloquem sobre a sua adequação no caso concreto.

9.4. O regime provisório configura uma solução que pode favorecer a obtenção de acordo quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais.

9.5. Pode também ser adequado nos casos em que os pais manifestam acordo sobre algumas das questões (*e.g.* no destino da criança ou nas relações pessoais com o progenitor não residente) mas estão em desacordo quanto a outras (*e.g.* quanto ao montante dos alimentos), aproveitando o juiz o consenso dos progenitores para fixar o regime provisório nas questões sobre os quais estão de acordo (artigo 1906.º, n.º 7, do Código Civil) e decidindo, a final, quanto às outras questões em que não exista esse acordo (proferindo-se uma única sentença, em nossa opinião).

9.6. Por outro lado, em situações económicas débeis, a fixação de um regime provisório permitirá fazer intervir, desde logo, o FGADM.

10. Outras questões:

10.1. A possibilidade de fixação de um regime provisório da natureza do *supra* caracterizado não se confunde com as medidas provisórias e cautelares a que alude o artigo 20.º, do Regulamento CE n.º 2001/2003, de 27 de Novembro.

Trata-se de medidas que um estado membro pode tomar, ainda que não seja competente para a decisão de mérito, em razão da nacionalidade, e em situações de urgência, medidas essas que deixam de ter efeito logo que o Tribunal do Estado Membro competente tome as que considere adequadas. Ou seja, contrariamente, a um regime provisório fixado por um tribunal competente em razão da nacionalidade, as medidas provisórias tomadas, ao abrigo do seu direito interno, pelo tribunal de um estado membro que o não seja, não têm força executória naquele.

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

5.

Convívios com terceiros de referência

Teresa Silva Tavares

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONVÍVIOS COM TERCEIROS DE REFERÊNCIA

Teresa Silva Tavares*

Dispõe o artigo 1887.º-A do Código Civil que:

«Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes.»

De acordo com a literalidade desta norma, encontram-se juridicamente protegidas as relações familiares das crianças com os avós e com os irmãos, criando-se um direito de convívio recíproco cujo fundamento é o parentesco, tutelando-se assim relações de família, habitualmente, caracterizadas pelo afeto.

A leitura da previsão do artigo 1887.º-A do Código Civil suscita, no entanto, várias questões, sendo que nos centraremos apenas em três.

Assim:

- A **primeira questão** reporta-se-á à efetividade da tutela do direito ao convívio entre avós e netos (ou entre a criança e os irmãos) nos casos em que os avós (ou os irmãos) não se apresentam como pessoas com quem a criança tenha estabelecida uma relação de afetividade e proximidade.
- A **segunda questão** reporta-se-á à **extensão da tutela do direito ao convívio**, previsto no artigo 1887.º-A do Código Civil, a pessoas que têm vínculo biológico e uma relação afetiva estabelecida com a criança, mas **cujo grau de parentesco não se encontra previsto na letra daquele artigo**.
- A **terceira questão** reporta-se-á à possibilidade e ou conveniência de **estender a aplicabilidade do artigo 1887.º-A do Código Civil, a terceiros, sem vínculo biológico com a criança**, mas com quem esta tem uma relação de afetividade forte.

Na ponderação da resposta a dar a estas questões, não se poderá nunca perder de vista que, em qualquer uma destas situações, em que o que se tem que acautelar é a salvaguarda do superior interesse da criança, estão também sempre presentes o direito fundamental ao **desenvolvimento da personalidade da criança** e o **direito à sua historicidade pessoal**, direitos estes que poderão, em alguns casos, entrar em colisão um com o outro, sendo absolutamente essencial, nos termos dos convénios internacionais e das normas relevantes do ordenamento jurídico português, garantir o direito de audição da criança para que esta, se dotada da necessária capacidade de discernimento e maturidade, possa exprimir livremente a sua opinião sobre o pretendido estabelecimento de convívios.

* Advogada.

No que à **primeira questão** respeita, apresentam-se dois caminhos:

- a) Ou se entende que, para que haja afetividade tem que haver convívio, pelo que, mesmo nas situações em que, no momento em que se decide, não há uma relação de proximidade, o direito ao convívio, determinado por vínculos biológicos, deve merecer a tutela do Direito, por forma a permitir, através do convívio, o nascimento da afetividade ou, em alguns casos, o ressurgimento da afetividade entretanto perdida;
- b) Ou se entende que, quando não há afetividade pré-estabelecida, não existe lugar à tutela do direito ao convívio e, nesse caso, deverá ser entendido que este artigo 1887.º-A do Código Civil deverá ser interpretado de forma mais restrita, ou seja, apenas deverá ser assegurada a tutela do direito ao convívio de quem tem relações de afeto já estabelecidas com a criança, pelo que, nestas situações, aos avós (ou os irmãos), que não tenham uma relação próxima com a criança, não deverá ser tutelado o direito ao convívio.

Sendo certo que, na escolha do caminho a seguir terão sempre que ser tidas em conta todas as circunstâncias do caso concreto, de forma a permitir a salvaguarda do superior interesse da criança, parece-nos que o melhor caminho a seguir será o de garantir a **proteção das relações de afeto estabelecidas pela criança**, ainda que em detrimento dos vínculos biológicos, nomeadamente, não impondo a uma criança o convívio com avós ou com os seus irmãos com quem não tem afetividade, por tal se poder traduzir numa imposição e numa violência psicológica que, de todo, acautelar a estabilidade emocional de uma criança que seja confrontada com tal por serem os direitos das crianças os primeiros que têm que ser acautelados.

No que às **segunda e terceira questões** respeita, tanto a doutrina como a jurisprudência têm vindo a defender que, é também à luz deste artigo 1887.º-A, que se deve entender que, para além dos pais e dos familiares biológicos aí mencionados, outras pessoas existem, com vínculo biológico determinante de uma relação de parentesco mais distante ou até sem qualquer vínculo biológico, com quem as crianças, ao longo da sua vida estabeleceram relações de forte afetividade, a quem deve, em nome do seu superior interesse, ser assegurado o direito de estabelecer um regime de convívios tutelado pelo Direito.

Acompanhamos, evidentemente, o entendimento da doutrina e da jurisprudência considerando, assim, que a melhor interpretação a dar à previsão do artigo 1887.º-A do Código Civil, é a de considerar que a sua previsão abrange a tutela do convívio das crianças com pessoas com quem aquelas mantêm laços afetivos não suportados em vínculos biológicos (como seja o caso das famílias de acolhimento ou de amigos muito próximos dos pais, com quem as crianças foram estabelecendo relações de proximidade) ou suportados em vínculos biológicos não tão diretos, como por exemplo os tios, os primos etc.

Deste modo, o Regulamento 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, na parte relativa ao exercício do direito de visita deve

também ser um instrumento legal ao dispor de avós, tios, primos e outros terceiros de referência da criança, para efeitos de efetivação do exercício do direito ao convívio, nas relações transfronteiriças.

Em conclusão:

O direito ao convívio, nos termos acabados de referir - e que tem merecido a especial atenção da doutrina e da jurisprudência -, é a prova da relevância das relações afetivas no âmbito do Direito e da importância que essas relações de afeto têm na concretização do superior interesse da criança, sendo um dos pilares do seu desenvolvimento integral.

O artigo 1887.º-A do Código Civil cria, pois, um grande desafio aos tribunais: o de compreender, para efeitos de decisão, a afetividade e os seus desdobramentos, de ordem emocional e, também, legal.

Os tribunais são, assim, chamados a valorizar os sentimentos, a valorizar a proximidade e o afeto, em situações onde os adultos conflituam, para poderem tomar uma decisão que, baseada na convivência afetiva, propicie a manutenção de uma identidade familiar de uma criança com um seu parente ou com um terceiro, podendo mesmo a tutela jurisdicional ser o traço corretor de disfuncionalidades várias na vida de uma criança resultantes dos conflitos familiares existentes entre os adultos que a rodeiam.

Numa palavra, a valorização do convívio nos termos do artigo 1887.º-A do Código Civil está, pois, centrada no sentimento.

Esta valorização do afeto não se reduz ao campo de aplicação do artigo 1887.ºA, estando também patente na extensão do exercício das responsabilidades parentais da criança a pessoas com quem com esta estabeleceu laços afetivos, laços afetivos estes que, por vezes, acabam por ter prevalência sobre os laços meramente biológicos como, a seguir, melhor se analisará.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

6.

**Extensão do exercício das
responsabilidades parentais**

Sofia Vaz Pardal

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

EXTENSÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Sofia Vaz Pardal*

A possibilidade de estender o exercício das responsabilidades parentais a terceiros que não os progenitores, encontra-se prevista nos artigos 1903.º, 1904.º e 1904º-A do Código Civil, sendo que os dois primeiros foram reformulados com a entrada em vigor da Lei 137/2015, de 7 de setembro, a qual introduziu também o artigo 1904º-A.

A ordem pela qual, em caso de impedimento de um dos progenitores da criança, decretado pelo Tribunal, poderão terceiros ser chamados, em caso de impedimento do progenitor não previamente impedido, a exercer as responsabilidades parentais de uma criança, está prevista no artigo 1903º do Código Civil figurando, em primeiro lugar, o cônjuge ou a pessoa que viva com qualquer um dos pais da criança e, apenas em segundo lugar, alguém da família de qualquer um dos pais da criança.

Desta nova redação resulta que se pretendeu dar uma importância ao cônjuge ou pessoa com quem o progenitor vive que, anteriormente não tinha, sendo que esta nova importância está diretamente relacionada com o facto de através do convívio se estabelecerem laços com a criança que poderão colocar o cônjuge ou a pessoa com quem o progenitor vive, em melhores condições de exercer as responsabilidades parentais de uma criança que, por exemplo, uns avós que não terão uma relação de dia-a-dia com a criança.

Já se estivermos perante uma situação de morte de um dos progenitores, em que, por impedimento do progenitor sobrevivente, a quem, nos termos do nº 1 do artigo 1904º do Código Civil, caberia o exercício das responsabilidades parentais, este progenitor não possa exercer as mesmas, o nº 2 do artigo 1904º do Código Civil, mantém a ordem de preferência estabelecida no artigo 1903º, ou seja, em primeiro lugar o cônjuge ou pessoa que viva com qualquer um dos pais e, apenas em segundo lugar, alguém da família de qualquer um dos pais. Nestas situações, contudo, deverá ainda ter-se em consideração a eventual designação de tutor, efetuada em testamento, pelo progenitor falecido, a qual deverá, dentro do possível, ser respeitada.

Já para situações em que a filiação da criança apenas se encontra estabelecida quanto a um dos progenitores, como por exemplo nos casos de adoções singulares ou – mais raros – em que não foi possível estabelecer uma relação de paternidade, aplica-se o artigo 1904º-A do Código Civil, cujo número 1, dispõe que:

«Quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais podem ser também atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, exercendo-as, neste caso, em conjunto com o progenitor.»

* Advogada.

O conteúdo dos mencionados artigos traduz também, a evolução que, o conceito de família tem vindo a sofrer aos longo dos anos, passando a valorizar-se, tanto social como legalmente, o afeto resultante das relações estabelecidas entre a criança e os cônjuges e/ou companheiros do progenitor.

Deixa assim a família de ser entendida apenas como o conjunto de pessoas que estão ligadas entre si por laços biológicos, para passar a incluir-se, no conceito de família, também as pessoas que entre si estabelecem laços afetivos relevantes, resultantes de relações de amparo psicológico, financeiro, emocional, etc., nas quais se incluem as relações com as crianças.

A nova redação dada pela Lei 137/2015, de 7 de setembro, aos artigos 1903º, 1904º e o conteúdo do novo artigo 1904º-A do Código Civil, remete-nos para o conceito de **paternidade sócio-afetiva**, na medida em que, em causa, estão situações que, na sua base têm o afeto estabelecido entre uma criança e alguém que, com a mesma não tem qualquer relação biológica mas que, ao nível do exercício da parentalidade de facto age como se tal relação existisse, comportando-se como Pai, ou como Mãe da criança.

Concretamente, quanto ao artigo 1904ºA do Código Civil, veio permitir-se que, em determinadas circunstâncias – e, sempre que apenas exista o estabelecimento de filiação quanto a um progenitor –, seja criado um vínculo que não sendo de filiação é-lhe equiparável em termos de exercício de responsabilidades parentais conjuntamente com o progenitor com filiação estabelecida, sendo o estabelecimento deste vínculo decorrente de uma prévia relação de afeto estabelecida com a criança.

Este vínculo decorrente do afeto, após decisão judicial que o decreta, passa a ser vigente na ordem jurídica sendo equiparado ao vínculo decorrente de uma relação biológica, da qual resultam os mesmos direitos e deveres.

A decisão judicial que dá corpo à relação de afeto entre a criança e o terceiro que passará a ser titular do exercício das responsabilidades parentais terá que, como qualquer decisão relativa a uma criança proferida por um Tribunal, ser sempre norteada pelo superior interesse da criança, a qual, nos termos da lei, terá que ser ouvida, devendo o tribunal, sempre que possível, estar suportado, sempre que possível, pela opinião de pedopsiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, em face da delicadeza e complexidade da decisão que é chamado a tomar.

Com efeito, o impacto que o estabelecimento de uma filiação baseada no afeto, tem na vida da criança em relação à qual tal situação se verifica, impõe um exercício probatório consistente, nomeadamente, quanto ao nível de relação afetiva desenvolvida entre a criança e a madrasta ou padrasto o que implica, por exemplo, uma averiguação da real capacidade desta, enquanto futura titular das responsabilidades parentais da criança em respeitar e promover a manutenção da relação desta com a família biológica do/a progenitor/a em relação a quem se encontra estabelecida a filiação, na medida em que a regra é a de que a manutenção de tais relações salvaguardará o superior interesse da criança.

O campo de aplicação destes normativos é muito sensível e se a verdade é que se pode verificar o cuidado de adaptar a legislação vigente à evolução da família do ponto de vista social, também não é menos verdade que aplicar, em termos práticos, os conceitos de família legal e de família afetiva, nos termos dos normativos em causa, corresponde a um exercício do Direito que se exige de suma prudência tomando em conta que antes de tudo e, acima de tudo, importa respeitar os direitos da criança.

As alterações legislativas operadas ainda são muito recentes, pelo que não permitem a ponderação dos efeitos que uma decisão judicial proferida, por exemplo, nos termos do artigo 1904-ºA, n.º 1, do Código Civil terá na vida da criança em causa e no círculo global das relações afetivas desta, seja com a sua família biológica, seja com a sua família afetiva.

Caberá, por isso, aos tribunais escrever a história judiciária do sucesso das finalidades que estes artigos tiveram em vista salvaguardar devendo o legislador estar e ser atento ao curso dos processos e aos desfechos judiciais, já prolongados no tempo para que, sempre, se mantenha a salvaguarda do superior interesse da criança.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

7.

**Audição Técnica Especializada
e Mediação: de costas voltadas?**

Rosário Ataíde

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AUDIÇÃO TÉCNICA ESPECIALIZADA E MEDIAÇÃO: DE COSTAS VOLTADAS?

Rosário Ataíde*

A Lei 141/2015 – Regime Geral do Processo Tutelar Cível aponta para um novo paradigma de intervenção, de onde salientamos:

- As soluções para o exercício de uma Parentalidade positiva devem ser encontradas pelos intervenientes;
- Regime centrado na procura de soluções que permitam a obtenção de consensos que garantam o superior interesse das crianças envolvidas;
- Trata-se de um processo participado pelos pais e pelas próprias crianças, consubstanciado na Audição Técnica Especializada (ATE) e na Audição da Criança.

Este novo paradigma tem particulares implicações para as equipas de assessoria técnica aos tribunais, a quem cabe apoiar o juiz na obtenção de soluções consensuais entre as partes e apoiar a criança no exercício do seu direito à participação neste contexto.

Dá-se assim uma alteração profunda na atuação de todos os intervenientes, em particular nas equipas técnicas de assessoria aos tribunais que, de acordo com o n.º 1 do art. 20.º deverão assessorar as secções de Família e Menores de preferência funcionando junto do tribunal.

Nesta comunicação irei apresentar a experiência da Equipa Multidisciplinar de Assessoria aos Tribunais com intervenção na área Tutelar Cível do Centro Distrital de Coimbra.

Esta equipa, sediada no Centro Distrital de Coimbra é composta por seis técnicos: um psicólogo e cinco assistentes sociais, três homens e três mulheres, que prestam assessoria nos Juízos de Família e Menores de Coimbra, Figueira da Foz, Cantanhede, Mira e Oliveira do Hospital.

São orientações do Instituto da Segurança Social que os técnicos que integram estas equipas tenham uma formação especializada, particularmente em mediação de conflitos, técnicas de entrevista (conjunta, individual ou com crianças), desenvolvimento de crianças/jovens, avaliação da qualidade das relações familiares e impacto do conflito inter-parental no desenvolvimento da criança.

São competências das equipas técnicas multidisciplinares:

- Apoiar a instrução dos processos tutelar cíveis e seus incidentes;

* Psicóloga, Diretora do Núcleo de Infância e Juventude do Centro Distrital de Coimbra do ISS,I.P..

- Apoiar as crianças que intervenham nos processos;
- Acompanhar a execução das decisões nos termos previstos no RGPTC.

Centrando-me no tema que me foi proposto, “Audição Técnica Especializada e Medição Familiar: de costas voltadas?”, começarei por tentar definir o conceito de ATE, conforme o art. 23.º do RGPTC:

- É uma intervenção determinada pelo juiz com vista à **obtenção de consensos entre as partes**;
- 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;
- Inclui a prestação de informação centrada na gestão do conflito.

A dinâmica a imprimir na ATE está sustentada em três eixos do conceito de Parentalidade e permitem fazer a sua avaliação:

- Enquanto inscrição num processo de envolvimento responsável;
- Enquanto lugar de comunicação e cooperação em que é respeitado o lugar/papel do outro progenitor;
- Centrada nas necessidades de desenvolvimento da criança.

Considerando este novo paradigma de intervenção e as competências atribuídas às equipas multidisciplinares de assessoria técnica aos tribunais no RGPTC foram realizadas reuniões dos serviços do ISS,I.P. e os Juízos de Família e Menores da Comarca de Coimbra tendo sido delineado um **memorando de entendimento com o Juízo de Família e Menores de Coimbra e a equipa EMAT-TC do Centro Distrital de Coimbra**, que trouxe alterações, particularmente na intervenção em ATE, que passarei a explicar.

- Foram constituídas equipas de 2 técnicos afetos a cada um dos juízos;
- Foi designado um dia semanal fixo para cada um dos juízos para realização de ATE;
- Marcação da ATE feita pelo juiz, sempre para o dia da semana combinado, com aviso prévio da data à equipa técnica;
- Comparência de todos os intervenientes (requerente, requerido, técnicos e magistrados) no dia designado para a ATE;

- O juiz procede à apresentação dos técnicos presentes e da intervenção ATE que irão realizar apresentando os seus objetivos;
- A primeira sessão de ATE é sempre realizada nas instalações do tribunal com a entrevista conjunta com ambos progenitores;
- Os advogados das partes podem estar presentes na sala, enquanto observadores da dinâmica;
- A metodologia de intervenção é da responsabilidade da equipa técnica;
- As sessões ATE incluem:
 - Informação sobre ATE e objetivos a alcançar – consensos e responsabilidades parentais;
 - Informação centrada no conflito parental;
 - Utilização de técnicas de mediação e gestão de conflitos;
 - Registo dos consensos e posições alcançadas a comunicar posteriormente ao juiz.

Caso seja alcançado consenso na 1ª sessão de ATE os técnicos comunicam de imediato ao juiz que chama todos os intervenientes, homologa os consensos alcançados, redigindo o acordo/alteração relativo às responsabilidades parentais.

Caso não seja alcançado consenso na 1ª sessão a ATE pode prosseguir com outras sessões, em número variável (não ultrapassando o prazo legal de 60 dias), de acordo com o entendimento da equipa técnica e a evolução da dinâmica com vista ao consenso.

As sessões seguintes são realizadas nas instalações da EMAT no Centro Distrital de Coimbra.

No final da ATE realizada em mais do que uma sessão a equipa técnica redige uma informação que remete ao tribunal com os resultados alcançados: consenso total, consenso parcial ou ausência de consensos.

No caso de consenso parcial ou ausência de consenso a informação redigida deve avaliar as competências parentais dos progenitores.

No ano de 2017 foram realizadas pela equipa de assessoria técnica aos tribunais 98 ATE provenientes do Juízo de Família e Menores de Coimbra, das quais 50 foram

concluídas só numa sessão e 48 em mais do que uma sessão. Foram obtidos consensos toais em 62, consensos parciais em 16 e houve ausência de consensos em 20 casos.

Perante estes dados estatísticos e a experiência podemos concluir que:

- Em cerca de metade dos casos as ATE foram finalizadas somente com a realização de uma sessão;
- O consenso (total ou parcial) foi alcançado em cerca de 80% dos casos.

Regista-se assim, uma economia de tempo para o tribunal em que cerca de metade dos casos são resolvidos na primeira sessão, sendo de imediato redigido o acordo com homologação do juiz.

Há também uma economia de tempo para as equipas de assessoria técnica que, aquando da obtenção do consenso na primeira sessão não realizam informação social para o tribunal.

Da experiência de um ano de trabalho regista-se que os progenitores comparecem, dialogam, participam e aderem à metodologia.

Os técnicos realizam uma ação informativa e pedagógica junto dos progenitores e também dos seus representantes que se concretiza:

- Na promoção e restabelecimento da comunicação entre os pais;
- Reflexão conjunta sobre as questões da Parentalidade;
- Reforço das funções de cada um dos progenitores e da sua participação na vida dos filhos;
- Reforço da coparentalidade;
- Contributo para a melhoria da relação pais-filhos.

Da parte dos progenitores tem vindo a ser reconhecido que as sessões de ATE são uma oportunidade para expressarem as suas opiniões, serem ouvidos e dialogarem.

Regista-se com esta dinâmica uma maior proximidade técnica com melhoria na articulação processual entre os magistrados e os técnicos.

Os magistrados referem ter aumentado o seu conhecimento sobre a intervenção técnica da equipa de assessoria e ser uma mais valia a intervenção ser feita por equipas de dois técnicos. Frequentemente a aplicação da ATE conduz naturalmente a outras figuras de intervenção técnica designadamente, Audição de Criança ou Acompanhamento/Supervisão de Convívios.

E com esta forma de intervenção, voltamos à questão inicial:

Mediação e ATE estão de costas voltadas?

Vejamos:

Mediação Familiar:

- ✓ Realiza-se fora dos tribunais.
- ✓ Pode ser promovida por entidades públicas ou por entidades privadas.
- ✓ Pretende-se que duas ou mais partes em litígio procurem voluntariamente com a ajuda de um terceiro imparcial, alcançar um acordo mutuamente aceitável.

Audição Técnica Especializada:

- Pretende-se resolver os conflitos familiares por via da obtenção de consensos.
- Visa aferir da disponibilidade para a obtenção de consensos entre as partes.
- Se não houver consenso o juiz é informado da avaliação efetuada sobre as competências parentais e disponibilidade de cada progenitor para o acordo.
- Realiza-se quando as partes não chegam a acordo, quando não optem pela mediação familiar e quando ordenada pelo juiz.

A Mediação Familiar

- ✓ É um meio de resolução alternativa de conflitos que pode ter lugar independentemente da instauração de processo judicial em momento prévio à instauração do processo judicial (fase pré-judicial) ou na pendência do processo judicial (fase judicial).
- ✓ É voluntária e confidencial.
- ✓ Implica a prestação do consentimento das partes para a sua realização.
- ✓ Admite a revogação do referido consentimento a todo o tempo.

A Audição Técnica Especializada:

- É realizada em contexto judicial.
- É obrigatória (é solicitada pelo juiz).

- É realizada por entidades públicas – equipas de assessoria técnica aos tribunais.
- Não é confidencial (o que se diz é transmitido ao juiz do processo).

Em nosso entendimento a Mediação Familiar e a Audição Técnica Especializada são **duas intervenções distintas, mas complementares**.

Em síntese poderemos dizer que a Audição Técnica Especializada trouxe um novo paradigma de intervenção que, aplicado da forma apresentada trouxe grandes mudanças tanto para os tribunais, coimo para as equipas técnicas:

- ❖ Procedimentos mais céleres e eficazes.
- ❖ Procura de soluções alternativas para o exercício da Parentalidade.
- ❖ Os progenitores são os principais atores na procura de soluções.
- ❖ Os magistrados e os técnicos adaptaram-se a esta novidade interventiva.
- ❖ Arriscou-se experimentar.
- ❖ Criaram-se novos espaços nos tribunais (salas preparadas para as crianças e para a dinâmica ATE com as famílias).
- ❖ Reorganizaram-se as equipas.
- ❖ Mais exigência de especialização técnica.

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

8.

**Audição Técnica Especializada
e Mediação: de costas voltadas?**

Lucinda Gomes

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AUDIÇÃO TÉCNICA ESPECIALIZADA E MEDIAÇÃO: DE COSTAS VOLTADAS?

Lucinda Gomes*

**Jornadas de Direito
da Família e da
Criança**

**Audiência Técnica Especializada e Mediação : de costas
voltadas?**

Lucinda Gomes

Enquadramento conceptual e jurídico

- A mediação familiar encontra-se prevista e é recomendada em diversos dispositivos jurídicos, quer nacionais , quer internacionais.
- Em Portugal: mediação de conflitos encontra-se regulada pela Lei nº 29/2013 de, 19 de Abril, estabelece:
 - a) *Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal;*
 - b) *O regime jurídico da mediação civil e comercial;*
 - c) *O regime jurídico dos mediadores;*
 - d) *O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação*
- Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro (RGPTC) prevê o recurso a mediação familiar por determinação do juiz com consentimentos dos interessados ou mediante requerimento das partes (artigos 21º, nº 1-b); 23º, 24º e 24º-A).
- Despacho nº 18778/2007, de 22 de agosto regula a atividade da mediação familiar.

Lucinda Gomes

2

* Mediadora Familiar e Advogada.

ATE e mediação familiar

Semelhanças e diferenças. Definições

- 2 - 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.
- 3 - A audição técnica especializada inclui a prestação de informação centrada na gestão do conflito. **Artigo 23 – RGPTC**
- a) «**Mediação**» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;
- b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio. **Artigo 2 da Lei nº 29/2013, de 19 de abril (LM)**

Lucinda Gomes

3

ATE e mediação familiar

Diferenças

ATE

- Consiste na audição das partes com o propósito de dois objetivos concretos:
 - a) avaliação diagnóstica das competências parentais
 - b) aferição da disponibilidade das partes para um acordo, em RRP
- A ATE é orientada com base na lei e no manual de ATE institucional.

Mediação Familiar

- Dispõe de legislação nacional e internacional que, entre outros aspetos, a regula, define o seu conceito e os seus princípios, delimita a sua natureza, competência material, organização e funcionamento.
- Delimitação do papel do mediador e da sua responsabilidade.
- A mediação familiar desenvolve-se tendo por base modelos teóricos de mediação familiar.

Lucinda Gomes

1

ATE e mediação familiar

Diferenças

ATE

- A audiência técnica especializada em matéria de conflito parental, consiste na **audição** das partes
- O âmbito da ATE incide sobre o conflito parental
- A ATE visa a avaliação diagnóstica das competências parentais

Mediação Familiar

- A mediação familiar consiste num **processo extrajudicial** com vista a harmonização das divergências entre os mediados e à concretização de um acordo relativamente ao conflito.
- A mediação familiar incide sobre qualquer conflito de natureza familiar
- A mediação familiar não tem como objetivo realizar uma avaliação das competências parentais!
- O mediador familiar averigua a adequabilidade (e.g. capacidade para tomar decisões responsáveis) da situação concreta para mediação familiar,

Lucinda Gomes

5

Cabe ao Juiz remeter as partes para MF ou ATE.

Perante a falta de acordo na conferência, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos, suspende a conferência e remete as partes para:

- Mediação, nos termos e com os pressupostos previstos no artigo 24.º, por um período máximo de três meses; ou
- Audição técnica especializada, nos termos previstos no artigo 23.º, por um período máximo de dois meses.

(Artigo 38.º RGPTC)

- Duração diferente para mediação familiar e ATE.
- A mediação familiar é voluntária e confidencial e ATE não.
- A mediação familiar pode ser pública ou privada diferentemente da ATE.
- O mediador familiar não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas.
- A mediação familiar pode ocorrer antes, durante ou após o processo judicial a ATE apenas tem lugar na sequência de processo judicial.
- Os mediadores familiares dispõem de especialização específica em mediação familiar acreditada pelo Ministério da Justiça.

Lucinda Gomes

6

ATE e mediação familiar

- A ATE ‘visa aferir a disponibilidade das partes para o acordo’. A aferição dessa ‘disponibilidade’ refere-se à possibilidade de estabelecer acordos em sede de ATE, em momento distinto, perante o juiz, ou em contexto de mediação familiar?
- A mediação familiar tem como **Requisito prévio** a vontade livre de os mediados (princípio da voluntariedade) se comprometerem e se envolverem na busca de soluções funcionais, realistas e promotoras do ajustamento dos pais e das crianças, nomeadamente face à separação ou ao divórcio.

Lucínda Gomes

7

Mediação familiar

- A mediação familiar estrutura-se com base em princípios bem estabelecidos, quer nas leis, quer na literatura sobre o tema, nomeadamente:
 - Princípio da Voluntariedade
 - Princípio da Independência do mediador familiar
 - Princípio da Imparcialidade
 - Princípio da Confidencialidade

Lucínda Gomes

8

Mediação familiar

- A mediação familiar desenvolve-se mediante um processo próprio, comumente composto por duas fases, com objetivos específicos para cada uma:
 - **Pré-mediação (sessões individuais e/ou conjuntas)**
 - Informar/clarificar o processo de mediação familiar, de forma a que os mediados possam decidir de modo livre e consciente a sua adesão ou não adesão à mediação familiar
 - Identificar o conflito (nível de conflito, tipo de conflito....)
 - Averiguar a adequabilidade da mediação familiar à situação em presença (de notar que a mediação familiar pode, em certos casos, revelar-se contraproducente, nomeadamente, por não existirem condições para a sua viabilidade (e.g. falta de saúde física e/ou psicológica)
 - **Fase de mediação**
 - Realização das sessões (duração de cerca de 1h 30m)
 - Pressupõe ampliação do campo de observação do problema/conflito e mudanças de vária ordem, comunicacional, de perspetiva, etc ...)

Lucinda Gomes

9

Mediação familiar

- Quer a ATE, quer a mediação familiar, compreendem abordagens relacionadas com o conflito familiar, apesar de a ATE se focar sobretudo no 'conflito parental'.
- Tendo em atenção a metodologia de ATE constante no *Manual de ATE* (http://www.segsocial.pt/documents/10152/15146343/Manual_Audicao_Tecnica_Esp ecializada, retirado em 15-01-2018) verificam-se claras semelhanças entre o processo de mediação familiar, e a ATE, especificamente:
 - Enquadramento e fases da ATE e fases da mediação familiar
 - Estratégias direcionadas para a promoção da mudança e da comunicação funcional
 - Dinâmica das sessões
 - etc.

Lucinda Gomes

10

Mediação familiar

• Então: Quase poderíamos concluir que, na prática, a ATE é similar à mediação familiar, não fosse:

- A natureza extrajudicial da mediação familiar
- A confidencialidade da mediação familiar
- A independência do mediador familiar
- A voluntariedade
- A base histórica e empírica da mediação familiar
- A consistência científica relativamente aos resultados positivos da mediação familiar se encontrar cada vez melhor estabelecida.

Lucinda Gomes

11

Mediação familiar

- A mediação familiar é por definição um processo de tomada de decisão dos mediados, com impacto positivo:
- Na relação de coparentalidade positiva (cooperação, solidariedade parental e diminuição do desejo de minar a relação pai-mãe /filho)
- Na diminuição de fatores de risco (conflito, triangulação dos filhos...)
- Na promoção de mudança adaptativa e do ajustamento da criança à separação ou divórcio dos pais
- De notar, que o contexto judicial aumenta o risco de elevado conflito com características destrutivas, envolvimento reativo dos filhos e violência

Lucinda Gomes

12

Implicações para a prática

- 1) É necessário ampliar a abordagem dos sistemas de familiares, sociais e jurídicos, para apoiar as crianças
- 2) Prevenir conflitos parentais e promover relações harmoniosas entre a criança e ambos os pais
- 3) Envolver a criança nos processos que a afetam, tornando-a a sua voz útil e individualizada
- 4) Desenvolver intervenções colaborativas e interdisciplinares (entre advogados, mediadores familiares e outros profissionais), de forma a prevenir os efeitos negativos do conflito para os pais e em especial para as crianças
- 5) Promover a mediação preventiva (sessão informativa obrigatória antes de iniciar qualquer processo judicial que envolva crianças)
- 6) Divulgar a mediação pré judicial de forma abrangente e consequente.

Lucinda Gomes

13

Voltando à questão inicial

Audiência Técnica Especializada e Mediação : de costas voltadas?

De costas voltadas ou com práticas demasiado fusionais?

Lucinda Gomes

14

Obrigada
Lucinda.gomes@gmail.com

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

9.

**As Perícias Psicológicas nos Processos
de Regulação do Exercício das
Responsabilidades Parentais:
o como, o quando e o porquê**

Mauro Paulino

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AS PERÍCIAS PSICOLÓGICAS NOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS: O COMO, O QUANDO E O PORQUÊ

Mauro Paulino *

Introdução
O como...
O quando...
O porquê...
Considerações Finais
Referências

Introdução

O presente texto tem por base uma comunicação oral realizada com o mesmo título, no âmbito das Jornadas de Direito da Família e da Criança: o Direito e a Prática Forense, realizadas nos dias 16 e 17 de janeiro, no Auditório da Faculdade de Medicina Dentária.

Tem por objetivos principais abordar como pode a Psicologia Forense dar um efetivo contributo ao Direito nos Processos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, quando os saberes da ciência psicológica são necessários e consequentemente incontornáveis, e, por fim, o porquê do crescente reconhecimento desta área científica.

O como...

No que concerne às características que deve ter a metodologia pericial, para além das diferentes recomendações da literatura da especialidade existente, encontramos no Código Deontológico da Ordem dos Psicólogos Portugueses, publicado na 2.ª Série do Diário da República a 20 de abril de 2011 e com a 1.ª Revisão publicada no Diário da República 2.ª Série n.º 246/2, de dia 26 de dezembro de 2016, informação extremamente relevante para uma prática profissional exemplar e promotora da credibilidade da Psicologia Forense, junto dos demais agentes jurídicos. Ora vejamos:

* Coordenador da Mind | Instituto de Psicologia Clínica e Forense. Psicólogo Forense Consultor do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses. Membro efetivo da Ordem dos Psicólogos Portugueses, com grau de Especialidade Avançada em Psicologia da Justiça. Integra o Grupo de Trabalho da Ordem dos Psicólogos Portugueses – Intervenção do Psicólogo em Contexto de Violência Doméstica. Coordenador da Pós-graduação de Psicologia Forense da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Membro da Comissão de Ética do Centro de Investigação em Psicologia (CIP) da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Supervisor Clínico na Pelo Sonho – Cooperativa de Solidariedade Social. Submeteu Projeto de Doutoramento em Psicologia Forense na Faculdade de Psicologia e Ciências de Educação na Universidade de Coimbra (FPCE-UC). Mestre em Medicina Legal e Ciências Forenses pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Consulta Psicológica, Psicoterapia e Neuropsicologia. Membro do Laboratório de Avaliação Psicológica e Psicometria (PsyAssessmentLab) (FPCE-UC) e do Centro de Investigação do Núcleo de Estudos e Intervenção Cognitivo-Comportamental (CINEICC). Autor e coordenador de diversos livros. Docente convidado em várias universidades nacionais e internacionais.

O Preâmbulo começa logo por destacar que o profissional da Psicologia deve exercer “(...) práticas de excelência, garantindo que a referência do exercício profissional é o máximo ético e não o mínimo aceitável”.

No Princípio Geral B – Competência, destacamos que o profissional da psicologia deve atuar:

- “(...) de acordo com os **pressupostos técnicos e científicos da profissão**, a partir de uma formação pessoal adequada e de uma **constante atualização profissional**, de forma a atingir os objetivos da intervenção psicológica” (Princípio Geral B – Competência);
- “(...) de acordo com as **boas práticas baseadas em conhecimentos científicos atualizados**, por existir um risco acrescido de prejudicar seriamente alguém se prestarem um serviço para o qual não estão convenientemente qualificados” (Princípio Geral B – Competência).

Por sua vez, o Princípio Geral D – Integridade, avança que os profissionais da Psicologia devem “(...) ser fiéis aos princípios de atuação da profissão promovendo-os de uma forma ativa (...) [sem] se deixar influenciar pelas suas próprias motivações ou crenças, preconceitos e juízos morais, (...) ou mesmo a partir de pedidos não razoáveis dos clientes”.

O Princípio Específico 4, referente à Avaliação Psicológica, deixa claro que este ato deve ser realizado “(...) através do recurso a protocolos válidos e deve responder as necessidades objetivas de informação (...)”. Vai ainda mais longe, especificando que o Psicólogo deve “(...) selecionar e utilizar, de modo apropriado, protocolos de avaliação suficientemente válidos, atualizados e fundamentados do ponto de vista científico. Estes protocolos incluem entrevistas, testes e outros instrumentos de avaliação psicológica que são utilizados para justificar formulações e conclusões incluídas em avaliações, diagnósticos, relatórios, pareceres, recomendações e outros tipos de comunicação”. No cumprimento rigoroso dos princípios da profissão os psicólogos “(...) fundamentam [ou pelo menos deveriam fundamentar] a avaliação, as decisões relativas à intervenção ou as recomendações em dados ou resultados de testes reconhecidamente úteis e apropriados para os objetivos gerais e específicos da avaliação”.

Na leitura do Princípio Específico 5 – Prática e Intervenção Psicológicas encontramos com relevância para a temática em discussão a necessidade de o psicólogo ter em conta “(...) os vários princípios associados a um exercício cientificamente informado, rigoroso e responsável da Psicologia, nomeadamente, princípios como a beneficência e não-maleficência ou a competência específica”. Toda a atuação do psicólogo deve ser desenvolvida em “(...) atividades baseadas no conhecimento científico válido e procuram manter e atualizar a sua competência ao longo do seu percurso profissional”.

Nesta sequência, o Princípio Específico 6 – Ensino, Formação e Supervisão estipula que os profissionais da Psicologia devem manter-se “(...) informados sobre os desenvolvimentos científicos e profissionais das suas áreas de trabalho”.

Se, por um lado, o exposto até agora é transversal a todo e qualquer profissional da Psicologia, independentemente da sua área de atuação, por outro, a verdade é que existem elementos de maior relação para a prática pericial em Psicologia Forense.

Pereira e Matos (2011) sublinham a necessidade de múltiplos saberes e competências, nomeadamente carácter geral e específico, teóricas e metodológicas (e.g., avaliação psicológica, psicologia do desenvolvimento da criança e da família, psicopatologia, vinculação, impacto do divórcio), noções básicas do Direito (e.g., legislação, doutrina e jurisprudência afeta à regulação do exercício das responsabilidades parentais e subjacentes trâmites processuais) e áreas afins (e.g., vitimologia, negligência e maus tratos, violência conjugal, abuso sexual).

A Associação Americana de Psicologia (1994, 2009) destaca que o Psicólogo Forense deve prestar particular atenção aos quesitos na condução da perícia e na elaboração do parecer; acautelar a obtenção do consentimento informado e a sua explicitação, junto dos avaliados, dos limites da confidencialidade; promover o recurso a múltiplos métodos (e.g., entrevistas, testes, observação de interações); e garantir que o parecer se cinja e fundamente na informação recolhida e, dentro desta, apenas na que for corroborada por diferentes fontes.

Uma pesquisa sobre as perícias psicológicas nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais permite encontrar diferentes protocolos de avaliação. Não obstante a diversidade, várias secções são transversais ou consensualmente aceites como fundamentais, tais como a consulta de dados processuais e preparação do processo de avaliação; entrevistas individuais aos progenitores (incluindo a avaliação instrumental); entrevistas individuais à criança (incluindo a avaliação instrumental); informação colateral (e.g., familiares-chave, escola, profissionais envolvidos no caso); observação das dinâmicas relacionais (interação mãe/pai e filho/s; irmãos); e, por fim, a integração dos dados do processo de avaliação e elaboração do relatório pericial (Agulhas & Anciães, 2014, 2017; APA, 1994, 2009; Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2009; Peixoto, Ribeiro & Manita, 2007; Pereira, 2014; Pereira & Matos, 2011; Sani, 2017).

O quando...

Em traços gerais, a perícia psicológica deve ocorrer quando são necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem para a perceção ou apreciação de factos, com particular relevância para a presente área os esclarecimentos sobre a personalidade dos membros da família e as dinâmicas relacionais existentes.

Em termos práticos, podem enumerar-se como variáveis a considerar para a solicitação de exame pericial de Psicologia Forense a existência de resistência abrupta, inesperada, exacerbada da(s) criança(s) às visitas (e.g., condutas de interferência); alegada violência doméstica e/ou situação de abuso sexual; indicadores de desajustamento continuado (i.e., não reativo) do(s) progenitor(es) devido a parca elaboração psicológica da rutura conjugal;

histórico de psicopatologia ou traçado de personalidade patológico; apresentados documentos psicológicos por uma das partes que não acautele o contacto com ambos os progenitores.

Tenha-se presente que em situações reais de violência doméstica a investigação tem demonstrado que o padrão abusivo não cessa automaticamente após a separação, sendo deveras importante acautelar os medos e as necessidades de segurança da vítima e das crianças envolvidas, na medida em que o eventual contacto com o agressor pode acarretar riscos. Razão pela qual vários autores alertam que os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais é, frequentemente, uma oportunidade para o agressor prolongar o contexto de violência/conflito e um pretexto para a manutenção do controlo através da intimidação e do assédio, utilizando os filhos como peões num tabuleiro.

De acordo com a Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica (Istambul, 11 de maio de 2011), mais concretamente no seu artigo 31.º, “As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que o exercício de um qualquer direito de visita ou de um qualquer direito de guarda não prejudique os direitos e a segurança da vítima ou das crianças”.

Entenda-se que só uma adequada perícia psicológica, cumprindo rigorosamente com o estipulado na secção seguinte, irá contribuir para clarificar as resistências às visitas, as quais podem ocorrer por diversos motivos. Especificamente, pode dever-se a processos de desenvolvimento (e.g., ansiedade de separação em crianças muito novas), casamento e/ou divórcio com elevado conflito (e.g., medo ou dificuldade em lidar com um processo de transição que envolve conflito), resistência face ao estilo parental de um progenitor (e.g., rigidez, expressão de emoções negativas muito intensas, baixa sensibilidade face à criança), resistência devido à perceção de fragilidade de um progenitor (e.g., medo de deixar esse progenitor sozinho), resistência devido a uma nova relação do progenitor (e.g., comportamentos por parte do padrasto ou madrasta que alteram o desejo da visita), vivência real negativa prévia, processo de alteração dos vínculos afetivos entre a criança e o progenitor rejeitado, alteração que pode ser induzida ou potencializada pelo progenitor não rejeitado.

Refira-se a este propósito que se afigura “(...) inaceitável afastar um dos progenitores sem avaliar o seu relacionamento com a criança e com o outro progenitor” (Rosa et al., 2013, p. 641).

Importa deixar igualmente claro que, ao contrário da ideia muitas vezes imperante, não são apenas as pessoas com psicopatologia que podem maltratar e/ou promover uma alteração no vínculo afetivo parental relativamente ao outro progenitor, não existindo um teste de psicologia que detete, per si, um progenitor que procura promover uma alteração no vínculo afetivo parental relativamente ao outro progenitor. Razão pela qual o perito pode obter informações mais relevantes através de uma exaustiva entrevista clínico-forense (e.g., distorções cognitivas que deturpem a informação relativamente aos filhos e ao progenitor excluído) e integração da informação disponível, do que mediante um único teste.

Quando se confirma a necessidade efetiva de um exame Pericial de Psicologia Forense deve o perito lançar três questões, tendo por base os quesitos formulados pelas entidades judiciais, nomeadamente:

- Quem deve ser avaliado (e.g., pais, filhos, outros significativos)?
- Que dimensões devem ser avaliadas (e.g., ajustamento psicológico global, dinâmicas familiares, parentalidade, práticas educativas)?
- Como avaliar (e.g., consulta do processo judicial, entrevistas semiestruturadas, aplicação de instrumentos psicológicos, observação de interações, procedimentos complementares)?

Igualmente pertinentes e de considerar são os contributos do estudo de Machado e Sani (2014) que deixam claros os aspetos mais valorizados da perícia, com base num estudo nacional com quatro Juízes e um Procurador do Ministério Público. Os participantes destacaram as fontes, a entrevista (e.g., forma, número de pessoas ouvidas), os conteúdos que explicam a forma como é exercida a parentalidade, a abrangência e capacidade de esclarecer o que é pedido, a fundamentação e, por fim, uma síntese conclusiva e a inclusão de recomendações e sugestões de intervenção.

Quando existem, por parte de um progenitor, estratégias de interferência que impeçam ou obstaculizam a fluidez e a espontaneidade da relação entre um dos progenitores e a criança (e.g., não comunica a informação académica ou de saúde ao outro progenitor, não facilita as chamadas telefónicas e os contactos espontâneos da criança com o outro progenitor, expressão de comentários negativos esporádicos e de desautorização do outro progenitor, apresentação de denúncias por maus tratos e abusos sexuais por parte do outro progenitor ao menor, com intenção de interromper o regime de visitas, substituição da figura parental por um novo companheiro ou por outro membro da família de origem), as perícias psicológicas podem revelar-se extremamente úteis na compreensão das dinâmicas familiares e parentais existentes e, conseqüentemente, na apresentação de recomendações de intervenção.

O porquê...

A necessidade das perícias psicológicas nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais justifica-se pelo facto de o divórcio obrigar a uma reestruturação tanto dos direitos como das responsabilidades dos pais face aos filhos, reestruturação esta onde deverá prevalecer sempre, independentemente dos motivos e argumentos dos pais, o Superior Interesse da Criança (i.e., necessidades físicas, emocionais, morais e intelectuais dos filhos no centro das relações entre pais e filhos, prevalecendo os interesses da criança sobre o dos adultos (Bolieiro & Guerra, 2014; Ramião, 2009; Sottomayor, 2011)).

Acresce que “um texto legal não pode apreender o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade” (Sottomayor, 2008, p. 38) e as responsabilidades parentais não devem ser afetadas pela dissolução ou anulação do casamento ou de outra relação formal,

nem pela separação legal ou factual entre os pais (Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities).

Assim, todos os saberes ainda que não jurídicos que exerçam na prossecução desse objetivo superior são bem-vindos, sobretudo quando oferecidos de forma metodologicamente credível.

Como é suposto ser apanágio de uma perícia psicológica, a sistematização e análise da informação considerada relevante permite a emissão de um parecer fundamentado e coerente, fornecendo ao Tribunal os dados necessários para que este possa emitir uma decisão que satisfaça realmente o superior interesse da criança. As variáveis a ter em conta no estabelecimento do mesmo devem relacionar-se, não apenas com a qualidade da relação da criança com cada um dos progenitores e a capacidade de cada um destes em reconhecer e satisfação adequadamente as necessidades da criança, mas também a etapa evolutiva em que esta se encontra.

Refira-se também com relevância para esta reflexão que constitui um facto incontestável para os que lidam com as famílias em rutura que existem alterações significativas das dinâmicas familiares que consubstanciam comportamentos que psicológica e juridicamente são relevantes e censuráveis, por incapacidade de um dos progenitores ou ambos conseguirem destringir entre conjugalidade e parentalidade.

A análise retrospectiva de processos transitados em julgado e respetivas perícias tem apontado no sentido da crescente relevância das perícias psicológicas. Um estudo de Castro, Martins, Machado e Gonçalves (2006, citado por Gonçalves, 2010) demonstrou que em apenas um caso havia discordância entre o parecer do perito e a decisão judicial, em 18 casos a participação do perito e alguns aspetos da perícia eram mencionados e/ou referidos e em oito acórdãos existiam mesmo transcrições diretas do relatório pericial de Psicologia Forense.

No que concerne a linhas orientadoras relativas à finalidade das perícias, o perito em Psicologia Forense deve ter presente que o objetivo da avaliação é auxiliar na determinação do melhor interesse psicológico da criança, que o bem-estar da criança é primordial e que a avaliação incide sobre as competências parentais, as necessidades psicológicas da criança e o ajuste entre estes dois domínios (Associação Americana de Psicologia, 2009; Pereira & Matos, 2011).

O Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid avança outros três princípios considerados amplamente consensuais, neste tipo de avaliação, em específico o superior interesse da criança, a plataforma de base segundo a qual qualquer avaliação sobre a competência dos progenitores para exercer a guarda dos filhos deve partir do critério de que ambos são igualmente competentes para o seu exercício; e, por fim, a avaliação a realizar tem que incluir o grupo familiar no seu conjunto e na sua totalidade.

Considerações Finais

Em sede de Direito da Família e da Criança, as perícias psicológicas assumem relativamente às psiquiátricas uma maior importância, registando-se um crescente número de pedidos de relatórios periciais da Psicologia Forense.

Devido à articulação com outros profissionais, são exigidas particulares cautelas ao Psicólogo Forense na redação do relatório pericial, sendo de evitar o recurso a terminologia esotérica ou pseudocientífica, que em nada promovem o superior interesse da criança, em nada auxiliam a Justiça e em nada promovem a credibilidade contínua da Psicologia.

A investigação sugere que a perícia psicológica no âmbito de processos de regulação das responsabilidades parentais está entre as mais complexas e difíceis perícias de avaliação psicológica forense. Alguns autores chegam a considerá-la como contexto de risco para os profissionais envolvidos, existindo uma grande probabilidade de verem as suas práticas contestadas e refutadas através de queixas e processos (Huss, 2011; Pereira & Matos, 2011). Em suma, devem as perícias psicológicas nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, cumprindo com critérios deontológicos e metodológicos, contribuir para o conhecimento das dinâmicas familiares, processos psicológicos e psicossociais compreendidos na parentalidade e na sua dimensão subjetiva, favorecer uma decisão judicial que cumpra o superior interesse da criança e garantir a proteção e desenvolvimento integrado da(s) criança(s) envolvida(s).

Não gostaria de terminar esta apresentação sem aludir aos habituais relatórios de outros profissionais, inclusive de psicólogos, que, não sendo necessariamente perícias, surgem no âmbito dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Sobre estes importa refletir se o profissional procurou, desde logo, garantir o consentimento de ambos os progenitores, antes de qualquer contacto com a criança. Em caso positivo, atender à resposta dos progenitores e disponibilidade para aderirem a propostas consensualmente aceites.

A título exemplificativo, um relatório psicológico em que o redator nunca contactou com o outro progenitor, ou só passado meses estabeleceu contacto, merece pouca credibilidade, comparativamente a outro relatório psicológico em que o redator procurou imediatamente consentimento de ambos os progenitores, mesmo que um deles não venha a aceitar ou colaborar com a intervenção.

Acresce que a Psicologia Forense, à semelhança de qualquer área científica, deve privilegiar a autoridade da evidência e não a evidência da autoridade, sendo cientificamente sustentada na sua atividade (e.g., estudos devidamente controlados e publicados em revistas científicas de circulação internacional com revisão cega de pares e fatores de impacto; práticas suportadas em princípios deontológicos e pareceres éticos).

Referências

Agulhas, R. & Anciães, A. (2014). Casos práticos em Psicologia Forense: Enquadramento legal e Avaliação Pericial. Lisboa: Edições Sílabo.

Agulhas, R. & Anciães, A. (2017). Avaliação pericial no âmbito do exercício das responsabilidades parentais: que contribuição para a atribuição de residência alternada?. In Uma família parental, duas casas. Lisboa: Edições Sílabo.

Alberto, I., Fonseca, M. & Baptista, L. (2018). Alegações de violência/abuso e negligência em contexto de regulação do exercício das responsabilidades parentais. In A. Anciães, R. Agulhas & R. Carvalho (Coords.). *Divórcio e parentalidade: diferentes olhares, do Direito à Psicologia* (pp. 149-183). Lisboa: Edições Sílabo.

Bolieiro, H. & Guerra, P. (2014). *A Criança e a Família: Uma Questão de Direito(s) - Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens* (2ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Código Deontológico da Ordem dos Psicólogos Portugueses.

Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid (2009). Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores. Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.

Machado, M. & Sani, A. (2014). Avaliação psicológica forense na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Perceções dos juizes. In *Psicologia, Justiça & Ciências Forenses*. Lisboa: Pactor.

Paulino, M. & Casimiro, C. (2014). O Psicólogo na Justiça: Notas preliminares sobre o Perito, o seu Depoimento e a Perícia Forense. In M. Paulino & F. Almeida (Coords.). *Psicologia, Justiça & Ciências Forenses: Perspetivas Atuais* (pp. 57-81). Lisboa: Pactor.

Paulino, M. & Matias, M. (2014). *O inimigo em casa: dar voz aos silêncios da violência doméstica*. 2ª Edição. Lisboa: Prime Books.

Peixoto, C., Ribeiro, C. & Manita, C. (2007). Avaliação psicológica forense das capacidades parentais. *Revista da Sociedade de Psicologia do Triângulo Mineiro*, 11, 2, 142-156.

Pereira, D. (2014). Parentalidade e proteção à infância: Um guia para a avaliação da capacidade parental (Tese de Doutoramento não publicada). Coimbra: Universidade de Coimbra.

Pereira, A. & Matos, M. (2011). Avaliação psicológica das responsabilidades parentais nos casos de separação e divórcio. In M. Matos, R. Gonçalves & C. Machado (Coords.). *Manual de Psicologia Forense: Contextos Práticos e Desafios* (pp.311-347). Braga: Psiquilibrios Edições.

Real, B., Almeida, F. & Real, F. (2014). A perícia médico-legal e o respeito pela autonomia da criança. In *Psicologia, Justiça & Ciências Forenses*. Lisboa: Pactor.

Ribeiro, C. (2009). *A criança na Justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Almedina.

Sani, A. (2017). Perícias psicológicas em casos de conflito interparental: Recomendações para a Prática. *Temas em Psicologia*, 25, 2, 427-436.

Sottomayor, C. (2008). *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio (4ª edição)*. Coimbra: Almedina.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

10.

O Processo de Promoção e Proteção.

O perigo, a criança e a família:

como ultrapassar, reparar e unir?

Teresa Cadavez

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**O PROCESSO DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO.
O PERIGO, A CRIANÇA E A FAMÍLIA:
COMO ULTRAPASSAR, REPARAR E UNIR?**

Teresa Cadavez*

A Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML), através do Núcleo de Qualificação e Gestão de Vagas (NQGV) assumiu, desde 2015, a gestão do Sistema de Acolhimento de Emergência (SAE) de crianças e jovens¹ em situação de perigo, dos 0 aos 18 anos, residentes ou que se encontrem na área geográfica do distrito de Lisboa.

Que situações são estas? E como nos chegam estas crianças e jovens?

Como todos sabemos a intervenção de proteção só é legitimada pela existência de uma situação de perigo em que uma criança ou jovem se encontre e, por essa razão, careça de proteção.

Nos casos em que estamos perante situações de gravidade e emergência (definição de “situação de emergência” – art.º 5.º, al. b), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo - LPCJP) a lei permite que sejam acionados mecanismos de exceção, previstos nos arts.º 91.º (Procedimento urgente na ausência do consentimento) e 92.º ambos da LPCJP (Procedimentos judiciais urgentes), sendo possível que as entidades com competência em matéria de infância e juventude ou as comissões de proteção, na ausência do consentimento dos detentores das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto, possam tomar as medidas adequadas para a sua proteção imediata, nos casos de:

- ✓ Perigo atual ou iminente para a vida da criança ou jovem;
- ✓ Ou
- ✓ De perigo atual ou iminente de grave comprometimento da integridade física ou psíquica da criança ou jovem.

Assim, na sequência de um procedimento urgente na ausência de consentimento, a entidade que interveio na situação dá conhecimento imediato da mesma ao Ministério Público, que, por sua vez, requer imediatamente ao tribunal competente procedimento judicial urgente, nos termos do art.º 92.º da LPCJP, no âmbito do qual o tribunal profere decisão provisória (medida cautelar – art.º 37.º LPCJP) no prazo de 48h, confirmando as providências protetivas tomadas anteriormente (ou não!).

* Jurista na Direção de Infância, Juventude e Família SCML.

¹ Definição de “Crianças e Jovens” (art. 5.º, n.º 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo) alterado pela Lei n.º 23/2017, de 23 de maio – “...ainda a pessoa até aos 25 anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional”.

Para além destas situações, existem outros pedidos de acolhimento com carácter urgente que são feitos ao NQGV, quer pelo Tribunal, diretamente ou através da Equipa ATTL/ECJ/EMAT², quer pela Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ), com o consentimento e a concordância dos pais, de integração urgente em casa de acolhimento, que são determinados pela necessidade de proteção imediata (situação emergência) da criança ou do jovem (art. 51.º, n.ºs 4 e 5, da LPCJP).

É no âmbito de intervenções desta natureza, por parte das CPCJ e das equipas de apoio aos Tribunais (ATTL/ECJ/EMAT), que chegam ao NQGV muitos dos pedidos de acolhimento de emergência.

Para ilustrar a dimensão desta realidade, apresentam-se alguns dados de 2017 relativos ao trabalho do NQGV:

- Número de pedidos recebidos – 329
- Entidades sinalizadoras:
 - ✓ CPCJ – 111
 - ✓ Tribunal – 89
 - ✓ EATTL/ECJ/EMAT – 43
 - ✓ PSP/GNR – 53
 - ✓ SEF – 11
 - ✓ Seg. Social/SCML – 10
 - ✓ Hospital – 9
 - ✓ PJ – 2
 - ✓ Instituição – 1
- Resposta dada aos pedidos recebidos (total – 329):
 - ✓ Admissões – 276
 - ✓ Desistências – 37
 - ✓ Sem critérios – 15
 - ✓ Pendentes – 1
- Encaminhamento dado às admissões (total – 276):
 - ✓ SCML – 127
 - ✓ Rede Solidária – 77
 - ✓ Casa da Luz (FASL)³ – 58
 - ✓ Casa Pia de Lisboa – 14

² Equipa de Apoio Técnico ao Tribunal de Lisboa/Equipas de Crianças e Jovens/Equipas Multidisciplinares de Assessoria aos Tribunais.

³ Fundação António Silva Leal.

➤ Caracterização das crianças e jovens admitidos (total – 276):

- ✓ Sexo:
 - Masculino – 142
 - Feminino – 134

- ✓ Idade:
 - 0 aos 3 anos – 58
 - 3 aos 6 anos – 25
 - 7 aos 12 anos – 53
 - 13 aos 16 anos – 95
 - 17 e + anos – 45

É desta forma que chegam as crianças e os jovens que residem nas nossas casas de acolhimento residencial. No final do ano de 2017, tínhamos em acolhimento residencial 246 crianças e jovens, divididos por 19 casas diferentes.

Cada uma destas crianças e jovens tem aplicada medida de acolhimento residencial (art.º 35.º, n.º 1, al. f), da LPCJP) que, tal como qualquer uma das restantes medidas elencadas no art.º 35.º, n.º 1, da LPCJP, visa:

- Afastar o perigo em que crianças e jovens se encontram;
- Proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral;
- Garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso.

Como é sabido a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo obedece a determinados princípios orientadores, que são enunciados no art.º 4.º da LPCJP. Também as equipas das casas de acolhimento residencial vêm a sua intervenção pautada por estes princípios orientadores, devendo interiorizá-los e refleti-los na sua atuação.

Entre eles:

- **Princípio do interesse superior da criança e do jovem** – na tomada de decisões relativas às crianças todos os intervenientes têm o dever de ter em conta o interesse superior da criança/jovem – entendido como o interesse maior da criança/jovem (ou o melhor interesse), que é superior a qualquer outro interesse que com ele seja conflituante;

- **Princípio da prevalência da família** – privilegiando-se a integração da criança/jovem na família (acompanhada de um apoio que traduza um efetivo trabalho com o agregado);
- **Princípio da atualidade e proporcionalidade** – interferência na vida da criança/jovem e da família apenas na medida em que for estritamente necessário;
- **Princípio da responsabilidade parental** – a intervenção deve ser processada de modo a que os pais assumam os seus deveres para com os filhos;
- **Princípio da obrigatoriedade da informação** – direito a ser informados (crianças/jovens e seus pais) dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;
- **Princípio da audição obrigatória e da participação** – no processo de tomada de decisão deve haver uma efetiva participação dos pais e da criança/jovem.

Para além dos princípios enunciados, as equipas das casas de acolhimento têm que ter presente, no decorrer da sua intervenção, os direitos específicos que assistem à criança/jovem em acolhimento e que se encontram elencados no art.º 58.º, da LPCJP, entre eles:

- **Manter contactos pessoais** com a família e com pessoas com quem tenham especial relação afetiva;
- **Receber uma educação** que garanta o desenvolvimento integral da sua personalidade e potencialidades (cuidados de saúde, formação escolar e profissional e a participação em atividades culturais, desportivas e recreativas);
- **Ser ouvido e participar** ativamente em todos os assuntos do seu interesse – definição e execução do seu projeto de promoção e proteção;
- **Não ser transferido** da casa de acolhimento, salvo quando essa decisão corresponda ao seu superior interesse;
- **Contactar**, com garantia de confidencialidade, a comissão de proteção, o Ministério Público, o juiz e o seu advogado;
- **Não ser separado** de outros irmãos acolhidos, exceto se o seu superior interesse o aconselhar;
- **Receber dinheiro** de bolso.

Assim, tendo presente os princípios orientadores da intervenção protetiva, bem como os direitos específicos que assistem às crianças e jovens em acolhimento, as equipas das casas de acolhimento (técnica, educativa e de apoio – art.º 54.º, n.º 1, LPCJP) levam diariamente a cabo uma intervenção que deverá ser efetuada com uma intencionalidade terapêutica e transformadora, ou seja, reparadora do sofrimento emocional que as crianças e jovens apresentam.

A criança e o jovem em acolhimento:

A intervenção da equipa da casa tem como objetivo criar com a criança e o jovem novas relações saudáveis, empáticas e afetivas, para que este possa encontrar nessa relação e na dinâmica da Casa de Acolhimento um lugar seguro, acolhedor e protetor.

As equipas da casa têm que saber:

- Identificar e procurar transformar os obstáculos/problemas (comportamentos; agressividades; emoções; dificuldades de comunicação);
- Compreender o significado desses comportamentos/manifestações;
- Atender aos sentimentos que lhes estão subjacentes.

Esta postura é condição essencial para a criação de relações com qualidade para serem transformadoras, de forma a poderem sustentar efetivamente uma **intervenção com intencionalidade terapêutica.**

Toda a intervenção da equipa da casa deve ser direcionada para as necessidades e circunstâncias específicas de cada uma das crianças e jovens. Esta individualização da intervenção deve estar presente na prestação dos cuidados do dia-a-dia, fomentando uma relação individual com cada um/a e procurando as respostas de inserção na comunidade que sejam as adequadas àquela criança ou àquele jovem, evitando pensar e tratar as crianças/jovens da casa como um todo (ex. todos na mesma escola, na mesma atividade desportiva, saídas sempre todos em conjunto).

Esta atenção individualizada também está presente e se reflete na definição atempada e consistente do projeto de vida da criança/jovem.

De facto, o projeto de vida de uma criança/jovem em acolhimento deve começar a ser definido no momento do acolhimento (com a celeridade possível tendo em conta o diagnóstico da situação e as suas circunstâncias específicas) tendo em consideração a perspetiva da criança/jovem sobre esse projeto, independentemente da sua idade, bem como a perspetiva da sua família.

A definição do projeto de vida da criança/jovem deve ser materializada num Plano de Intervenção Individual, que contém definidas, de forma objetiva e calendarizada, as ações a desenvolver nas várias áreas de intervenção:

- Saúde (física, mental);
- Educação e formação/integração profissional;
- Recursos internos e capacidade de relacionamento;
- Relacionamento familiar,
- Competências de autonomia;
- Integração e vivências na casa.

Devendo tal Plano ser avaliado, de forma sistemática, quer pela própria criança/jovem, quer pela equipa da casa.

Para que a criança/jovem possa participar de forma esclarecida e consciente na definição e construção do seu Projeto de Vida e do seu Plano de Intervenção Individual (Audição obrigatória e participação - art.º 4.º, al. j), LPCJ), bem como em todas as decisões que à sua vida digam respeito, é essencial que tenha sido devidamente informada/o sobre os seus direitos, os motivos que determinaram a intervenção protetiva e a forma como esta se processa, sendo por isso necessário que a equipa da casa tenha uma atitude pedagógica, educativa e informativa (Obrigatoriedade da informação - art.º 4.º, al. i), LPCJP).

Como já foi referido, apesar dos avanços reconhecidos na concretização deste direito de participação, não só em termos de garantias legislativas, mas também na implementação prática de procedimentos que efetivamente o respeitem, ainda assim, continuamos a ter um longo caminho a percorrer para que este direito seja plenamente assegurado às crianças/jovens, em particular aos que se encontram em acolhimento residencial.

E esta dificuldade não acontece só dentro das próprias casas de acolhimento (sendo sem dúvida um exercício exigente para todos, inclusivamente para a própria criança/jovem que não está “treinado/a” para isso), mas também no âmbito dos próprios processos de promoção e proteção, sendo prática comum as comissões de proteção e os tribunais notificarem as crianças/jovens para se pronunciarem por escrito, nomeadamente no âmbito do art.º 84.º LPCJP (Audição da criança e do jovem), sobre a aplicação, revisão ou cessação da medida de promoção e proteção aplicada.

Em algumas situações, as equipas das casas requerem que a criança/jovem seja ouvida/o presencialmente, por ser importante para ele e relevante para o processo, pois permite, muitas vezes, uma maior implicação emocional nos seus próprios projetos de vida e objetivos que

querem/desejam alcançar. Contudo, ainda assim, são inúmeras e infelizmente frequentes as situações em que as crianças/jovens acolhidas/os não são pessoalmente ouvidas/os...

Acreditamos que nada substitui, nem invalida, o contacto direto... olhos nos olhos... e esta convicção não advém de uma visão romântica sobre a questão, mas sim da constatação prática de que a realidade tem mais força e é mais reveladora do que as palavras escritas... e já vimos isso acontecer muitas vezes!

Tendo consciência de que quando acolhemos uma criança ou jovem acolhemos também a sua história de vida e, por inerência, a sua família, o tempo do acolhimento é, para além de um tempo para a criança/jovem, também um tempo para a sua família, sendo por isso fundamental ter uma visão integradora das famílias.

Relação com a Família:

No dia da entrada da criança ou do jovem na casa de acolhimento deve ser marcado um primeiro encontro com os pais e agendada com eles uma reunião (se possível até 48h depois da entrada).

- I. **O primeiro encontro/reunião com família** deve ter os seguintes objetivos:
 - a. Dar a conhecer a casa;
 - b. Explorar com os pais a/s situação/ões que levaram ao acolhimento (conhecer a perspetiva deles);
 - c. Saber o que querem, precisam e como perspetivam o acolhimento e o futuro;
 - d. Explicar as questões procedimentais e processuais, nomeadamente quem tem competência para aplicar a medida de acolhimento residencial, os prazos da sua revisão, o papel da casa de acolhimento e a obrigação que a equipa tem de transmitir ao Tribunal/CPCJ informações regulares sobre a criança/jovem;
 - e. Explicar o papel de outras entidades intervenientes, nomeadamente da EATTL ou ECJ/EMAT;
 - f. Reforçar a importância da qualidade da relação pais/filho/a e exercício da parentalidade;
 - g. Fazer o levantamento da família alargada e perceber o papel que cada um desempenha.

Para além deste primeiro encontro, a equipa da casa realiza outras diligências que lhe permita conhecer a família em contexto; conhecer as dinâmicas familiares/relacionais e conhecer a sua envolvência e enquadramento social:

I – Entrevistas individuais aos pais, para perceber o histórico de vida de cada um, bem como as suas referências educacionais/modelos parentais para melhor compreender os modelos educativos e comportamentos adotados, o que permitirá identificar problemas e procurar as melhores soluções de intervenção.

Muitas vezes as famílias não reconhecem como necessidade de mudança e transformação as questões que são identificadas no processo de promoção e proteção como necessitando de alteração (e que terão motivado o acolhimento), pelo que é preciso ajudá-las a olhar para a sua realidade numa perspetiva diferente (ainda que não acusatória) e focada nas reais necessidades dos seus filhos.

II – Visitas domiciliárias a/às casa/s dos pais/família, que podem acontecer na companhia de outros serviços que no terreno acompanham a família (caso existam):

- a. Conhecer melhor a família (pais mais descontraídos, mais recetivos e abertos);
- b. Conhecer as dinâmicas familiares/relacionais na própria casa (imaginar a criança/jovem naquele contexto, existência de rituais de família....);
- c. Conhecer a envolvência e o enquadramento social da família;
- d. É uma visita que requer tempo e calma, para que se possa conhecer aquela família.

III – Observação direta dos contactos dos pais/família com a criança/jovem:

A equipa da casa está atenta aos momentos dos contactos, registando informação que considere relevante:

- **Momento prévio** – percebendo a expectativa e o estado emocional da criança/jovem, bem como os seus comportamentos e/ou verbalizações sobre o assunto (sono, vestuário, presentes, ...); estando também atenta à expectativa e estado emocional da família;
- **Durante o contacto** – percebendo o estado emocional, a expressão dos afetos, as características da interação e os comportamentos, quer da criança/jovem, quer da própria família. Procurando aferir a responsividade da criança face às indicações da família, e a capacidade desta ler e responder aos sinais da criança;
- **Momento posterior** – como decorreu a despedida, comportamento da criança/jovem após os contactos.

Estes momentos de contacto são muito importantes, pois podem ser um momento oportuno para a equipa ajudar os pais nas dinâmicas e na relação familiar, sugerindo-lhes orientações e ferramentas que capacitam ao pai e os ajudam a melhorar essas dinâmicas. Na realidade, muitas famílias não conhecem estratégias para lidar com as crianças/jovens com comportamentos desajustados e problemáticos, necessitando por isso de efetiva capacitação.

Para além dos pais, é também importante manter as visitas de outros familiares/pessoas de referência/adultos significativos, porque estes podem constituir-se como alternativa à família, podendo vir a ser uma resposta de acolhimento para a criança/jovem.

IV – Articulação com outros serviços e instituições que acompanham/intervêm junto da família, não só para recolha de informação, como também para a definição de metodologias e estratégias de intervenção conjunta.

Esta articulação entre os intervenientes é um desafio que se coloca a todos, e naturalmente também às equipas das casas de acolhimento, sendo fundamental que haja capacidade para ouvir o parecer técnico de cada um, numa atitude construtiva de verdadeira prossecução do melhor interesse da criança/jovem, não assumindo o seu parecer/avaliação como única verdade, mas percebendo que os diferentes olhares podem permitir, de facto, uma leitura da realidade mais abrangente e menos parcial.

Parece-nos, assim, necessário e urgente fomentar uma verdadeira cultura de colaboração interinstitucional, num clima de confiança e transparência.

Nesta relação e intervenção com a família, é crucial definir, objetivar, calendarizar e avaliar, em conjunto com a família, ações que podem estar relacionadas com diferentes áreas: dinâmicas familiares, habitação, emprego, situação económica, competências parentais, entre outras. O registo desses objetivos e dos resultados alcançados pode ser feito no chamado Plano de intervenção com a família. Este Plano permite que a família consiga identificar os problemas, reconhecer a necessidade de mudança e fazer movimentos nesse sentido, devendo a equipa da casa estar disponível para apoiar nesse processo.

Importa ter presente que existe uma maior adesão à mudança durante os momentos de crise, pelo que o momento de acolhimento pode ser determinante para a intervenção e aproveitado como impulsionador dessa mudança. Por vezes, e até no caso de famílias que já vinham a ser alvo de uma intervenção prolongada, este pode ser um momento decisivo.

Estratégias para um relacionamento “saudável” entre as equipas das casas de acolhimento e as famílias:

1. **Relação** – conhecer e dar-se a conhecer;
2. **Respeito** – reconhecer os pais enquanto tal e respeitar os seus direitos;

3. **Tempo** – ter tempo para conversar com os pais/família (ouvir);
4. **Transparência** – sempre que possível dar conhecimento de tudo em primeiro lugar aos pais, não só o que acontece com a criança/jovem, mas também o que é comunicado pela equipa ao Tribunal/CPCJ – suportado por factos concretos/evidências que eles possam entender;
5. **Comunicação** – ter uma comunicação clara e transparente com os pais/família;
6. **Participação** – envolver os pais/família, sempre que possível, nos aspetos mais importantes do dia-a-dia da criança/jovem e na tomada de decisões relativamente ao mesmo.

As questões da comunicação e da transparência são de extrema importância e delicadeza, porquanto a equipa da casa é chamada a pronunciar-se sobre o acolhimento da criança/jovem, nomeadamente sobre a relação que mantém com a família. Neste sentido é importante (fundamental) que a equipa vá transmitindo/informando os pais da apreciação que faz dessa relação (avaliação do Plano de Intervenção com a Família), para que estes não sejam surpreendidos com as informações constantes nos relatórios enviados para Tribunal/CPCJ, nem pelo depoimento dos técnicos em audiência. De realçar também a importância da linguagem que se usa na transmissão dessa informação (escrita ou oral).

Pretende-se que esta intervenção junto da família aconteça em tempo útil para a criança/jovem, pelo que se reveste da maior relevância a existência de protocolos de intervenção e de grelhas objetivas de avaliação para que o olhar sobre a capacidade de recuperação de uma família (cessação das situações de perigo que levaram ao acolhimento, ou de outras posteriormente detetadas) seja eminentemente técnico e comum às diferentes casas de acolhimento.

Quando se percebe que a família biológica nuclear não se constitui (não consegue/não quer) como resposta para a criança/jovem, afastando a possibilidade de uma reintegração familiar no agregado dos pais, a equipa da casa começa a explorar de forma mais consistente a situação da restante família, no sentido de encontrar uma alternativa para a criança/jovem.

Assim, quando o retorno à família biológica nuclear não é possível, as crianças/jovens podem vir a integrar a família alargada (avós, tios, primos, madrinha/padrinho, etc), ou, caso tal também não seja possível, e de acordo com a idade e situação da criança/jovem em causa, o seu projeto de vida pode passar pela adoção, por uma vida autónoma, pelo apadrinhamento civil.

A dinamização do projeto de vida de cada criança/jovem reveste-se, assim, da maior importância, pois é fundamental começar a preparar a saída da casa de acolhimento desde o dia em que o acolhimento ocorreu.

Atual política da SCML em matéria de Infância, Juventude e Família

I – Acolhimento Residencial:

Em 2016 começou a ser implementado o Projeto CARE – Capacitar, Autonomizar, Reconfigurar e Especializar as Casas de Acolhimento da SCML. Este projeto pretende assegurar que a intervenção de cada uma das casas tenha uma intencionalidade terapêutica e para tal orienta-se nos seguintes pressupostos:

- a. Edifícios adaptados às necessidades de intervenção terapêutica, próximos de um ambiente familiar (mitigar marcas institucionais);
 - b. Casas de Acolhimento de pequena dimensão e lotação (foram revistas as lotações de muitas casas);
 - c. Intervenção educativa garantida por profissionais qualificados e com a dotação adequada (revisão do modelo de governação/reforço das equipas em número e qualificação/formação dos profissionais);
 - d. Utilização dos recursos da comunidade (escola, serviços médicos, formação profissional, campos de desporto e lazer, atividades culturais e associativas);
 - e. Visão integrada e integradora das famílias, sendo estimulada a sua participação (exceto se tal se revele nocivo para a criança ou jovem);
 - f. Dinamização efetiva e sistemática dos projetos de vida das crianças e jovens (reunificação familiar, adoção, promoção da autonomia).
2. Numa fase inicial foi realizado um diagnóstico e identificadas as necessidades das casas, estando já em curso as mudanças/transformações e ajustes com vista à implementação do projeto CARE.
 3. No final de 2017 foi elaborado e está em fase de implementação experimental o Manual de Intervenção, o qual contém os modelos de intervenção e de governação, bem como orientações e instruções de trabalho para os colaboradores das equipas das casas, visando a promoção de melhores práticas profissionais e organizacionais e desempenhos ajustados e eficazes tendo em conta o superior interesse da criança/jovem. Pretende-se, assim, aumentar a coerência da intervenção e uniformizar denominadores mínimos comuns (não perdendo a identidade de cada casa), definindo também um conjunto de processos-chave que são comuns a todas as casas.
 4. Está em curso a construção do Percorso Formativo do CARE, ou seja, ajustado às necessidades específicas dos colaboradores, num processo de capacitação profissional

contínua.

5. Supervisão regular – as casas passaram a ter supervisão externa de casos, com periodicidade regular, em que toda a equipa (técnica e educativa) reflete, com a ajuda de um olhar externo e especializado, sobre a intervenção a realizar.

II – Acolhimento Familiar

A atual redação da LPCJP introduziu uma alteração muito significativa e que se prende com a assunção clara de que se deve privilegiar a medida de acolhimento familiar à medida de acolhimento residencial, em especial relativamente a crianças até aos seis anos de idade, devendo fundamentar-se devidamente quando tal não acontecer.

De acordo com a redação do art.º 46.º da LPCJP, o acolhimento familiar tem lugar quando seja previsível a posterior integração da criança ou jovem numa família ou, não sendo possível, para a preparação da criança ou jovem para a autonomia de vida, só se considerando aceitável o acolhimento residencial para as crianças desta faixa etária se a situação específica da criança impuser a aplicação da medida de acolhimento residencial ou se não houver possibilidade de facto de garantir o acolhimento familiar.

Esta opção do legislador constitui um claro reconhecimento de que, nos primeiros anos de vida, a criança se desenvolve melhor inserida numa família, do que em ambiente residencial, sendo hoje cientificamente inquestionável o impacto negativo do acolhimento residencial em crianças pequenas, no que diz respeito ao desenvolvimento das suas capacidades.

Não havendo famílias de acolhimento em número suficiente, e consciente da necessidade desta resposta, a SCML tem vindo a realizar diligências e esforços nesta área. Assim, encontram-se já definidos os instrumentos e protocolos de avaliação das famílias, bem como de acompanhamento subsequente das mesmas, sendo o objetivo ter 100 famílias selecionadas para acolher 100 crianças da cidade de Lisboa em 2020.

III – Equipas de Apoio à Família

A partir de 2017, as Equipas de Apoio à Família (EAF) passaram a fazer parte integrante da Direção de Infância, Juventude e Família da SCML e pretende-se que estas Equipas tenham uma intervenção especializada junto das famílias, no sentido de promover a sua capacitação e de potenciar a alteração de dinâmicas familiares nefastas para as crianças/jovens.

Pretende-se que a intervenção destas Equipas aconteça:

- Quando seja aplicada uma medida de promoção e proteção em meio natural de vida;

- Quando a criança/jovem se encontra em acolhimento residencial e o seu projeto de vida seja a reunificação familiar – nestes casos, se uma família ainda não for acompanhada por uma EAF, logo que seja definido o Projeto de Vida reunificação familiar, tal deve ser sinalizado à EAF territorialmente competente, para que, em conjunto com a casa de acolhimento, comece a intervir com essa família, reparando e preparando o regresso da criança/jovem a casa;
- Quando ainda não foi aplicada qualquer medida de promoção e proteção, num intuito de prevenção e de eliminação do risco, impedindo que se evolua para situações de perigo, e evitando, em última instância, futuros acolhimentos residenciais.

Pretende-se que esta intervenção seja especializada, alicerçada em protocolos claros de intervenção, com calendarizações e ações definidas e balizadas.

Dificuldades, constrangimentos e desafios:

1– No que diz respeito à população acolhida, tem-se verificado uma alteração significativa da mesma, bem como uma crescente complexidade das situações das crianças e jovens que atualmente entram no sistema de acolhimento residencial:

- Jovens mais velhos (percursos/hábitos enraizados, com dificuldade de adesão ao acolhimento);
- Crianças e jovens com problemáticas mais complexas, quer ao nível do comportamento, quer da pré-delinquência e/ou das psicopatologias;
- Jovens com percursos marcados por acentuado absentismo ou abandono escolar;
- Crianças e jovens com problemas de saúde mental graves, que deveriam (e necessitariam) beneficiar de uma resposta especializada, a qual não existe (crianças a necessitarem de acompanhamento permanente (24h/dia) de um adulto cuidador ao seu lado);
- Jovens com uma trajetória de delinquência já acentuada e com inquéritos tutelares educativos em curso e/ou medidas tutelares educativas em execução (que não internamento em centro educativo);
- Jovens com problemas graves de consumo de álcool e estupefacientes (muitas integrações em Comunidade Terapêutica).

2– Continuamos a aguardar, com muita expectativa, a regulamentação do funcionamento das casas de acolhimento residencial.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

11.

**Medidas provisórias – a sua importância
para a defesa da criança**

Julieta Monginho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

MEDIDAS PROVISÓRIAS – A SUA IMPORTÂNCIA PARA A DEFESA DA CRIANÇA

Julieta Monginho*

- I. Enquadramento jurídico
- II. Circunstâncias e requisitos de aplicação
- III. Prazos
- IV. Exercício do contraditório
- V. A importância das medidas provisórias na defesa do interesse da criança

I. Enquadramento jurídico

Numa época em que tanto se fala de assuntos relacionados com o funcionamento do sistema de promoção e protecção, vale a pena recordar os princípios orientadores enunciados no art. 4.º da LPCJP, aos quais obedece a aplicação das normas constantes deste diploma legal, bem como da intervenção tutelar cível, por força do disposto no art. 4.º do RGPTC.

Estes princípios são, por sua vez, emanações dos que vêm sendo construídos através dos vários instrumentos de direito internacional que consolidam a centralidade da criança como sujeito de direitos e não como um objecto susceptível de apropriação.

Torna-se premente interiorizar estes princípios, pois, de cada vez que se interpreta uma norma, de cada vez que existem dúvidas sobre a interpretação mais adequada, sobre o sentido e as consequências da aplicação, é à sua luz que tentaremos resolver as questões.

A este respeito importa salientar os seguintes:

A intervenção é orientada para a prossecução do superior interesse da criança (alínea a)), tendo em conta a responsabilidade parental (alínea f)), bem como o primado da continuidade das relações psicológicas profundas (alínea g)) e ainda a prevalência da família – quer biológica quer adoptiva (alínea h)).

Isso significa que os pais não têm direitos? Certamente que os têm, e constitucionalmente consagrados. Mas todos eles encerram responsabilidades.

Veja-se a redacção dos n.ºs 5 e 6 da CRP:

5 – Os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos.

6 – Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e mediante decisão judicial.

* Procuradora da República.

A tónica é colocada no direito dos filhos, mesmo o direito à não separação relativamente aos pais.

Os direitos dos pais, na intervenção, não vêm depois dos direitos das crianças, não é bem isso, têm é uma característica especial: dirigem-se a uma finalidade, que é a de assegurar os direitos dos filhos.

«Não se podem tirar os filhos a uma mãe», ouve-se hoje dizer um pouco por todo o lado. Pois não, claro que não. Só se podem retirar os filhos a uma mãe – ou a um pai – se ela ou ele ou ambos se tiverem previamente retirado da vida do seu filho, através de graves acções ou omissões. Ou seja, se o direito que lhes é conferido pela maternidade ou paternidade tiver sido esvaziado de conteúdo, se não tiver sido dirigido à responsabilidade de proteger o filho e de lhe assegurar os cuidados necessários ao seu desenvolvimento integral.

Se se configurar uma situação de perigo, de acordo com o disposto no art. 3.º da LPCJP, mesmo que o perigo seja criado pelos pais, ainda é com eles que, antes de tudo, se tentará afastá-lo. Com eles, com a sua cooperação, ajudando-os a superar as fragilidades, de modo a que saibam cumprir o seu dever de cuidar dos filhos. Daí que a primeira das medidas de promoção e protecção enunciadas na lei, e também a mais aplicada pelos tribunais, seja a de apoio junto dos pais – alínea a) do art. 35.º da LPCJP.

O sistema está, por isso, assente no consentimento e na cooperação dos pais, o que corresponde, afinal, à assunção das suas responsabilidades parentais.

II. Circunstâncias e requisitos de aplicação

Quando falta o consentimento e quando se verifica uma situação de emergência, ou também, no caso das CPCJ, se estiver ainda em fase de diagnóstico, aí sim, há lugar à aplicação de medidas cautelares ou de medidas provisórias, que não esperam – as aplicadas pelo tribunal - pelo consentimento dos pais (ou do representante legal, ou de quem tem a guarda de facto) nem pela anuência do jovem.

É o art. 5.º, alínea c), da LPCJP que define uma situação de emergência:

- Aquela em que existe um perigo actual ou iminente para a vida ou grave comprometimento da integridade física ou psíquica da criança ou jovem;
- Que determine a aplicação do art. 91.º ou a aplicação de uma medida cautelar.

Desde logo há que fazer a distinção entre actual e iminente: actual é o perigo que esteja a ocorrer no momento; iminente é o perigo que, previsivelmente, venha a ocorrer em momento subsequente – a curtíssimo prazo – quando o tempo falta para cumprir as formalidades, *maxime* o princípio do contraditório.

Todas as medidas elencadas no art. 35.º da LPCJP podem ser aplicadas a título cautelar, ou provisório, excepto a da alínea g) – confiança a instituição ou pessoa selecionada para a adopção – que só pode ser aplicada na sequência de debate judicial, sujeito a um rigoroso exercício do contraditório e, obrigatoriamente, com todos os intervenientes representados por advogado. (arts. 37.º, n.º 1, 103.º, n.º 4 e 114.º, todos da LPCJP).

Se o art. 36.º da LPCJP se refere à situação em que o acordo dos pais ou do representante legal e/ou das pessoas que têm a guarda de facto, bem como a anuência da criança, permite a celebração de acordo de promoção e protecção, o art. 37.º refere-se à situação em que tal acordo não existe e a instrução ainda não terminou (quando a instrução termine sem que seja possível a celebração de acordo há lugar a debate judicial).

O art. 37.º estabelece, então, que se aplique medida cautelar sempre que:

- Se verifiquem as circunstâncias referidas no art. 92.º n.º1 da LPCJP (entidades de primeira linha que detectem situação de emergência – nos termos do art. 5.º c));
- E actuem através da providência adequada ao afastamento da situação de perigo, que será sujeita a confirmação judicial e, em consequência, à aplicação de medida provisória);
- Enquanto se procede ao diagnóstico da situação da criança e à definição do seu encaminhamento subsequente.

Na substância, medida cautelar é aquela cuja aplicação é tão urgente que não se compadeça com a exigência do acordo dos pais ou do representante legal ou de quem tem a guarda de facto ou com a anuência da criança/jovem, enquanto o projecto de vida ainda não está definido. Medida provisória, *stricto sensu*, é a aplicada pela CPCJ em fase de diagnóstico ou pelo tribunal na sequência de confirmação de providência tomada ao abrigo dos arts. 91.º e 92.º da LPCJP.

Havendo acordo para aplicação de medida, por exemplo a de acolhimento residencial enquanto se avalia se o projecto de vida mais adequado é o da reintegração na família de origem ou o da adopção, a medida não reveste carácter cautelar e pressupõe a celebração de acordo de promoção e protecção.

O n.º 2 do art. 37.º refere-se especificamente à intervenção da CPCJ, que, tal como decorre das disposições legais relativas ao seu funcionamento, apenas tem legitimidade para intervir com o acordo dos pais ou do representante legal ou de quem tem a guarda de facto, bem como a não oposição do jovem. Ou seja, por definição, a aplicação de medida de promoção e protecção por parte da CPCJ ainda que provisória, conduz sempre a um acordo de promoção e protecção. Na impossibilidade de o celebrar por falta de consentimento, o processo é remetido ao Ministério Público. Não obstante, pode ser uma medida provisória aquela que ocorre ainda na fase de diagnóstico, quando não existe ainda uma definição clara da medida mais adequada à remoção sustentada da situação de perigo.

A CPCJ pode também aplicar medida de promoção e protecção ao abrigo do disposto no art. 91.º da LPCJP, ou seja, para remover o perigo actual ou iminente para a vida, ou de grave afectação da integridade física ou psíquica da criança. Após a aplicação da medida, o processo é imediatamente remetido ao Ministério Público, que requererá a sua confirmação, podendo o juiz, no seguimento da confirmação, aplicar medida provisória adequada ao afastamento da situação de perigo, após avaliação.

III. Prazos

O número 3 do art. 37.º estabelece os prazos de duração e de revisão da medida cautelar.

Esta não pode exceder 6 meses e deve ser revista decorridos três meses sobre a sua aplicação.

Assinale-se que a duração máxima da medida – 6 meses – colidiria com o prazo máximo para a duração da instrução estabelecido pelo art. 109.º da LPCJP – 4 meses. A jurisprudência, contudo, tende para o carácter não peremptório deste último prazo, o que permite a compatibilização entre ambos.

Em todo o caso, sublinha-se que a lei é muito mais exigente com o prazo de revisão da medida cautelar – 3 meses – do que com o da medida definitiva, sendo este de 6 meses, de acordo com o disposto no art. 62.º, n.º 1 da LPCJP, o que bem se compreende, uma vez que estamos perante situações de emergência, ou seja, que exigem resposta especialmente célere.

No entanto, os sentidos e os fundamentos da revisão são os mesmos: cessação, substituição por outra medida mais adequada ou manutenção. E também o cumprimento do art. 85.º da LPCJP é obrigatório, apenas não tem a virtualidade de, caso seja manifestada oposição à continuação de medida, conduzir à cessação, ao encerramento da instrução e ao debate judicial imediato.

Existe jurisprudência que defende a cessação *ipso lege* da medida provisória/cautelar findo o prazo de 6 meses previsto para a sua duração (ex. Ac. do TRE de 01-07-2004), enquanto outra defende que o prazo pode ser prorrogado se se mantiverem os respectivos pressupostos de aplicação (ex. Ac. do TRL de 05-07-2007).

Como já se viu, mas se reafirma para percorrer todas as possibilidades conferidas pela LPCJP nesta matéria, o art. 91.º atribui às entidades de primeira linha e às CPCJ a competência para desencadear acções tendentes à remoção do perigo actual ou iminente para a vida ou de grave afectação da integridade física ou psíquica da criança ou do jovem.

Nos termos do art. 92.º, n.º 1, da LPCJP, tais providências deverão ser confirmadas pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público, no prazo de 48 h.

O n.º 2 desta disposição legal estabelece que o juiz procederá a averiguações sumárias – acrescentaria eu se as julgar imprescindíveis – e decide a aplicação da medida provisória, bem

como a sua execução. Será que esta última disposição aponta para a possibilidade de aplicação pelo juiz de medida diferente da que consubstancia a providência tomada? Claro que sim, o juiz deve aplicar a medida que considerar mais adequada, a partir dos elementos que lhe chegarem e das averiguações sumárias que fizer.

Só depois da decisão que aplique medida provisória o procedimento judicial urgente seguirá como processo de promoção e protecção.

IV. Exercício do contraditório

Na aplicação de medidas provisórias e cautelares não há lugar à prévia observância do contraditório.

Tal como a denominação indica, existem semelhanças entre o regime destas medidas e o das providências cautelares. Em ambas as situações, o princípio do contraditório é cumprido, mas o seu exercício tem lugar *a posteriori*.

Veja-se, a este respeito, o Ac. do TRL de 09-02-2010.

Trata-se de interrogar a irreversibilidade e de escolher a que tem menos possibilidade de comprometer os direitos fundamentais: o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica da criança ou do jovem.

Ou seja, na aplicação da medida cautelar ou provisória, considera-se que o perigo verificado é de tal ordem que a sua irreversibilidade pode ser fatal.

Por contraste, nas situações em que o perigo é menos agudo, a irreversibilidade da medida (embora relativa), essa sim, poderia ser fatal, se a sua aplicação não contasse com a perspectiva dos pais, ou do representante legal ou de quem tem a guarda de facto, ou da própria criança. Daí que, nessas situações, o contraditório deva ser exercido antes da aplicação ou revisão da medida e tem incidência directa na tramitação processual.

Portanto, pode concluir-se que o princípio do contraditório nunca é postergado, nem o seu exercício afastado, aquando da aplicação das medidas cautelares ou provisórias. O que acontece é que, ao longo de toda a intervenção protectiva, deve ser aplicado à luz da prossecução do superior interesse da criança – art. 4.º, a), da LPCJP, bem como dos restantes princípios consagrados na referida disposição legal.

V. A importância das medidas provisórias na defesa do interesse da criança

A importância da aplicação destas medidas é decisiva para a prossecução do interesse da criança. O seu fundamento reside nas situações críticas, de perigo agudo – diríamos o equivalente a uma pulseira encarnada ou laranja na triagem hospitalar.

É contra o tempo e contra a velocidade do seu sentido único que se luta nestas situações. A inércia, perante a emergência, é um maltrato, a juntar-se aos anteriores, desta feita infligido pelo próprio sistema de protecção. A inércia pode comprometer irreversivelmente o destino da criança que mora em cada um dos processos.

Quando é colocado perante a possibilidade de aplicação de uma destas medidas, o magistrado deve usar do máximo cuidado, da máxima ponderação. Mas também da máxima coragem. E todos eles – cuidado, ponderação, coragem de decidir – devem transparecer da fundamentação.

Esta deve ser completa e perceptível, para que os destinatários, se não a aceitarem, pelo menos a compreendam; se não a aceitarem possam reagir pelos meios de que dispõem, nomeadamente o recurso.

Todos os operadores judiciários já se confrontaram com o peso dessa responsabilidade. E não- de continuar a confrontar-se. Não há forma de o aliviar. Por isso também é tão emocionante trabalhar nestes processos, procurar o pulso de uma criança e senti-lo cada vez mais forte, onde chegou a ser tão débil que parecia perdido. Perder de vez esse pulso, o nosso maior risco. O grande desafio, a enfrentar com ânimo, saber e determinação.

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

12.

**A avaliação do jovem com
comportamentos transgressivos
e a necessidade de educação
para o Direito**

Sandra Borba

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A AVALIAÇÃO DO JOVEM COM COMPORTAMENTOS TRANSGRESSIVOS E A NECESSIDADE DE EDUCAÇÃO PARA O DIREITO

Sandra Borba*

Os jovens com comportamentos transgressivos
A Necessidade de Educação para o Direito
Assessoria técnica aos Tribunais
O que é o RPSP e o RSAP?
Fatores de risco
Internamento em Centro Educativo

Os jovens com comportamentos transgressivos

No contexto da justiça juvenil os jovens com comportamentos transgressivos são aqueles que cometeram factos qualificados pela lei como crime entre os 12 e os 16 anos de idade.

Destaca-se a especificidade da intervenção junto de adolescentes que é por excelência uma janela de oportunidades, dadas as alterações que surgem, neste período, no que respeita às mudanças de objeto, de objetivos, aos lutos e dilemas de identidade: *“São as identificações que fazemos em relação às pessoas representativas do nosso crescimento que criam a identidade que, num plano psíquico, é um sinónimo de personalidade”* (SÁ, 2000).

Na avaliação do percurso desviante do jovem é importante recolher informações sobre o início, a frequência, a intensidade e a diversidade dos atos delinquentes, assim como o contexto em que estes surgem. É também relevante conhecer como o jovem se posiciona em relação aos atos em questão.

O início precoce da delinquência está associado a uma relativamente longa carreira penal e ao cometimento de numerosos crimes. As crianças que cometem atos infratores antes dos 12 anos têm duas a três vezes maior risco de se tornarem criminosos violentos, graves e crónicos do que aqueles que iniciam esse comportamento na adolescência.

Muitos precursores da violência e do comportamento antissocial crónico ou grave estão presentes na infância com comportamento disruptivo e continuam a desempenhar um importante papel ao longo das trajetórias do desenvolvimento.

A Necessidade de Educação para o Direito

A Lei Tutelar Educativa (LTE) inspira-se no modelo responsabilizador, estabelecendo como finalidade da intervenção tutelar educativa “A educação do menor para o direito e a sua inserção de forma digna e responsável na vida em sociedade”.

* Diretora do Centro Educativo de Caxias.

Neste contexto a legitimidade do estado para intervir junto do jovem assenta em pressupostos cumulativos: existência de uma ofensa a bens jurídicos fundamentais, traduzida na prática de facto considerado pela lei como crime, por jovem com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos de idade.

A aplicação de uma medida tutelar só poderá acontecer quando “se conclua, em concreto, pela necessidade de corrigir a personalidade do menor no plano do dever – ser jurídico manifestada na prática de facto” (in exposição de motivos proposta de lei n.º 266/VII de 17 de abril de 1999).

A necessidade de educação para o direito só poderá ser averiguada em referência à prática de facto ilícito concreto, esteja ele juridicamente provado ou tenhamos dele apenas notícia.

O conceito de necessidade de educação para o direito de acordo com o legislador exprime a necessidade de educação para o respeito pelos valores essenciais à vida em comunidade que a prática do facto revela. Trata-se de fazer o jovem compreender os valores essenciais da comunidade e as regras elementares de convivência social a que qualquer cidadão deve obediência (Rodrigues & Duarte – Fonseca, 2000).

Assessoria técnica aos Tribunais

Instrumentos de apoio à tomada de decisão pelos magistrados.

Artigo 69.º LTE Perícia sobre a personalidade

Quando for de aplicar medida de internamento, em regime fechado, a autoridade judiciária ordena aos serviços de reinserção social a realização de perícia sobre a personalidade (RPSP).

Artigo 71.º LTE Informação e relatório social

- 1 - Podem utilizar-se como meios de obtenção da prova a informação e o relatório social.
- 2 - A informação e o relatório social têm por finalidade auxiliar a autoridade judiciária no conhecimento da personalidade do menor, incluída a sua conduta e inserção socioeconómica, educativa e familiar.
- 3 - A informação é ordenada pela autoridade judiciária e pode ser solicitada aos serviços de reinserção social ou a outros serviços públicos ou entidades privadas, devendo ser apresentada no prazo de 15 dias.
- 4 - O relatório social é ordenado pela autoridade judiciária e solicitado aos serviços de reinserção social, devendo ser apresentado no prazo máximo de 30 dias. Pode solicitar-se a sua atualização ou informação complementar e ouvir-se, em esclarecimentos e sem ajuramentação, os técnicos que o subscreveram.

5 - É obrigatória a elaboração de relatório social com avaliação psicológica (RSAP) quando for de aplicar medida de internamento em regime aberto ou semiaberto.

O que é o RPSP e o RSAP?

No âmbito tutelar a avaliação diz respeito a uma personalidade que está em desenvolvimento. A avaliação psicológica atende a diversas dimensões como funções cognitivas, capacidades afetivas, capacidade de relacionamento interpessoal, atitudes, crenças, entre outras do indivíduo que devem ser interpretadas tendo em conta os seus condicionantes históricos, sociais e culturais.

No relatório social que incorpora a avaliação psicológica entende-se que a avaliação da personalidade deverá ser efetuada com recurso a metodologia científica, no âmbito da psicologia clínica e forense, idêntica à utilizada na elaboração dos relatórios de perícia sobre a personalidade.

Fatores de risco

Fatores de risco são características individuais e ambientais identificadas como associadas ao comportamento delincente e que podem ser importantes quando se tenciona prever os comportamentos de reincidência.

O comportamento delincente é fruto da interligação entre múltiplos fatores de risco. Quanto mais fatores de risco um indivíduo possua maior a probabilidade de repetir atos antissociais (Andrews & Bonta, 1996).

A avaliação de risco faz parte dos RSAP e das RPSP sendo que os fatores a avaliar dependerão da problemática criminal associada ao indivíduo.

Que medidas?

As medidas tutelares educativas devem ser proporcionadas à gravidade do facto como também à necessidade de educação do jovem para o direito.

A aplicação de uma medida de internamento em centro educativo tende a ser reservada a situações mais graves da delinquência juvenil designadamente delitos graves que atentem contra as pessoas (como entre outros crimes contra a vida, integridade física, liberdade e autodeterminação sexual) ou a persistência de um comportamento grave e/ou violento que indicie níveis elevados de perigosidade social, tendo em conta o princípio da preferência pelas medidas não institucionais consagrado como critério de escolha de medida (art.º 6.º da LTE).

O que está em causa na elaboração destes documentos é também, a avaliação da necessidade de afastamento do jovem do seu meio natural de vida, com vista à interiorização de valores conformes ao direito e à aquisição por potenciação de recursos que lhe permitam conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável e também as exigências comunitárias de segurança e paz (ver art.º 1 do RGDCÉ).

Artigo 6.º LTE

Critério de escolha das medidas

- 1 - Na escolha da medida tutelar aplicável o tribunal dá preferência, de entre as que se mostrem adequadas e suficientes, à medida que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do menor e que seja suscetível de obter a sua maior adesão e a adesão de seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto.
- 2 - O disposto no número anterior é correspondentemente aplicável à fixação da modalidade ou do regime de execução de medida tutelar.
- 3 - A escolha da medida tutelar aplicável é orientada pelo interesse do menor.
- 4 - Quando o menor for considerado autor da prática de uma pluralidade de factos qualificados como crime o tribunal aplica uma ou várias medidas tutelares, de acordo com a concreta necessidade de educação do menor para o direito.

Artigo 4.º

Princípio da legalidade

1 - São medidas tutelares:

- a) A admoestação;
- b) A privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores;
- c) A reparação ao ofendido;
- d) A realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade;
- e) A imposição de regras de conduta;
- f) A imposição de obrigações;
- g) A frequência de programas formativos;
- h) O acompanhamento educativo;
- i) O internamento em centro educativo.

2 - Considera-se medida institucional a prevista na alínea i) do número anterior e não institucionais as restantes.

3 - A medida de internamento em centro educativo aplica-se segundo um dos seguintes regimes de execução:

- a) Regime aberto;
- b) Regime semiaberto;
- c) Regime fechado.

Internamento em Centro Educativo

REGIME FECHADO

Durante o internamento em centro educativo de regime fechado os menores residem, são educados e frequentam atividades formativas e de tempos livres exclusivamente dentro do estabelecimento, estando as saídas, sob acompanhamento, estritamente limitadas ao cumprimento de obrigações judiciais, à satisfação de necessidades de saúde ou a outros motivos igualmente ponderosos e excepcionais.

REGIME SEMIABERTO

Durante o internamento em centro educativo de regime semiaberto os educandos residem, são educados e frequentam atividades educativas e de tempos livres no estabelecimento, mas podem ser autorizados a frequentar no exterior atividades escolares, educativas ou de formação, laborais ou desportivas, na medida do que se revele necessário para a execução inicial ou faseada do seu projeto educativo pessoal.

REGIME ABERTO

Durante o internamento em centro educativo de regime aberto os educandos residem e são educados no estabelecimento, mas frequentam no exterior, preferencialmente, as atividades escolares, educativas ou de formação, laborais, desportivas e de tempos livres previstas no seu projeto educativo pessoal.

Intervenção faseada e progressiva

Em cada Regime de Execução, a intervenção desenvolve-se por fases progressivas e a cada uma delas corresponde um sistema de reforços positivos e negativos:

Fase 1 – Integração.

Fase 2 – Aquisição.

Fase 3 – Consolidação.

Fase 4 – Autonomia.

Programas de Intervenção

Cursos Educação e Formação para Adultos (EFA).

Atividades de animação sociocultural e desportiva.

Programas de satisfação das Necessidades Educativas Específicas do comportamento delincente.

Atividades de educação para a saúde e de intervenção terapêutica.

Processos de Promoção e Proteção

Temos vindo a assistir a um aumento, nos centros educativos, de jovens provenientes de acolhimento residencial no âmbito de Processos de Promoção e Proteção.

As necessidades na promoção e proteção subsistem, em muitos casos, quando os jovens cessam as suas medidas tutelares de internamento.

Urge um entrosamento, cada vez maior, entre o sistema de Proteção e o da Justiça Juvenil.

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

13.

**A casa de morada de família à luz
da jurisprudência recente**

Chandra Gracias

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A CASA DE MORADA DE FAMÍLIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Chandra Gracias *

- I. Do direito à habitação
- II. Da residência da família
- III. Do processo de atribuição, provisória ou definitiva, da utilização da casa de morada de família
- IV. Da alteração da decisão de atribuição da utilização da casa de morada de família
- V. A casa de morada de família no contexto da ruptura da união de facto

Palavras chave: direito à habitação; casa de morada de família; atribuição da casa de morada de família; divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge; jurisdição voluntária; direito ao recurso; bem próprio; bem comum; arrendamento; transmissão; concentração; renda; competência; Conservatória do Registo Civil; união de facto.

I. Do direito à habitação¹

De há muito que se reconhece que o direito à habitação condigna é um reflexo da própria condição humana, garantia do mínimo imprescindível à segurança e (sobre)vivência pessoal, familiar e comunitária, e motor *sine qua non* existe liberdade, justiça, desenvolvimento e progresso sociais.

Por conseguinte, encontra tradução em instrumentos internacionais através da utilização de diferentes expressões, mas com idêntico conteúdo material, desde a noção de *alojamento*, escolhida no art. 25.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, à de *habitação adequada*, empregue no art. 11.º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ou ainda, *o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação*, no dizer mais recente da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no respectivo art. 34.º, n.º 3.

Em termos nacionais, o direito à habitação configura-se como um verdadeiro direito fundamental, e que encontra a sua matriz constitucional nos arts. 1.º e 65.º,² ambos da Constituição da República Portuguesa.

Esta consagração constitucional está, desde logo, justificada à luz do princípio da dignidade inerente à pessoa humana, e não pode, nem deve, ser vista apenas como uma ideia, desejavelmente a alcançar, um mero propósito programático, todo ele futuro e incerto.

* Juíza de Direito e Docente do CEJ.

¹ O presente texto – com pontuais actualizações –, constituiu a base da comunicação efectuada em 17-01-2018, no âmbito das Jornadas de Direito da Família e da Criança – O Direito e a Prática Forense, concretamente integrado na temática mais geral das «Consequências da Dissolução da Vida em Comum», uma organização conjunta do Centro de Estudos Judiciários e do Conselho Regional de Lisboa, da Ordem dos Advogados.

² Prescreve esta última, no seu n.º 1, que: “*Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar*”, certo que no seu art. 26.º, epígrafado «Outros direitos pessoais», se falava já na «... reserva da intimidade da vida privada e familiar...» (n.º 1, parte final).

Pois, se assim for, os entes públicos não se sentirão vinculados a prosseguir, com determinação, políticas públicas sociais de urbanismo, e, do mesmo passo, estará encontrada a legitimação, formal e substancial, para não serem adoptadas todas as estratégias legislativas, políticas e financeiras que efectivem tal direito, tanto ao nível da construção de raiz, como para a manutenção do edificado, quer seja próprio, ou arrendado.

II. Da residência da família

O artigo 67.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa dispõe que:

«A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros».

A lei civil substantiva preceitua que os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente, às exigências da sua vida profissional e aos interesses dos filhos e procurando salvaguardar a unidade da vida familiar, e, salvo motivos ponderosos em contrário, aqueles devem adoptar a residência da família – cf. art. 1673.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

E, assim sendo, desde logo estipulou que os filhos menores de idade estão domiciliados no lugar da residência da família, e, se esta não existir, têm por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiverem – art. 85.º, n.º 1, do Código Civil.

Por seu turno, na falta de acordo, quanto à fixação, ou alteração da residência da família, pode qualquer um dos cônjuges requerer a intervenção do Tribunal para solução do diferendo, oferecendo logo as provas – cf. arts. 1673.º, n.º 3, do Código Civil.

Esta intervenção do Tribunal consegue-se convocando o mecanismo processual adjectivo consagrado no art. 991.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

III. Do processo de atribuição, provisória ou definitiva, da utilização da casa de morada de família

É no contexto desta dinâmica familiar que surge a noção de casa de morada de família, configurada como o local onde um agregado familiar vive, come e dorme, de forma habitual e com carácter de permanência.³

³ Nuno Salter Cid, «A Atribuição da Casa de Morada da Família», págs. 227 a 249, in E Foram Felizes Para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio (Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008), Coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Wolters Kluwer e Coimbra Editora.

Havendo litígio quanto à atribuição da utilização da casa de morada de família, importa, com muita clareza, distinguir o campo de aplicação dos arts. 931.º, n.º 7, e 990.º, ambos do Código de Processo Civil.⁴

É que a prática forense vem demonstrando a frequente confusão existente nestes meios processuais, pela incompreensão dos diversos momentos processuais em que são actuáveis, e dos seus pressupostos fácticos objectivos, tudo com óbvias repercussões nas expectativas processuais.

Certo e seguro é que alguma desta deriva radica na circunstância do próprio art. 990.º, n.º 2, mandar aplicar, com as necessárias adaptações, o art. 931.º, n.ºs 1, 5 e 6.

Desde logo há um elemento distintivo que apela à sua diferente natureza jurídica: enquanto que o indicado art. 931.º está sistematicamente integrado em plena jurisdição contenciosa, o art. 990.º insere-se nos processos de jurisdição voluntária.

Tal qual emerge do art. 931.º, havendo acção de divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge, é possível requerer-se a atribuição, a título provisório, ou a título definitivo, da utilização da casa de morada de família.

Aquando da Tentativa de Conciliação, e gorando-se esta, e a sua convoção para a de divórcio ou a da separação por mútuo consentimento, o juiz deverá procurar alcançar dos ainda cônjuges uma plataforma de entendimento consensualizada, para o que ora releva, no que tange ao uso e fruição da casa de morada de família, enquanto tais autos estiverem em curso.

Para que dúvidas não restem, acrescenta-se ainda que, em qualquer estádio dos autos, oficiosamente ou a requerimento, o juiz pode fixar um regime provisório no que diz respeito à utilização da casa de morada de família.

É o que promana da leitura do art. 931.º, n.ºs 2 e 7, respectivamente, do Código de Processo Civil.

Daqui se retira que neste incidente de atribuição, enxertado em acção *conexa*, ou melhor, em acção de divórcio ou de separação sem consentimento do outro cônjuge, é delineado um regime provisório de utilização da casa de morada de família, que se destina a vigorar no período de pendência processual da mesma.⁵

⁴ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 23-11-2017, Proc. n.º 1448/15.1T8VNG.P2.S2 - 7.ª Secção (acessível, como os demais citados, em www.dgsi.pt).

⁵ Na linha do Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-04-2016, Proc. n.º 273/14.1TBSCR.L1-2, «A atribuição provisória da casa de morada de família tem o seu enquadramento ... nos arts. 931.º, n.º 7, do CPC e 1781.º do CC, na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31-10. Trata-se de um incidente, com processo especialíssimo, norteado por critérios de conveniência, que apenas tem em vista a fixação de um regime provisório, até à partilha dos bens comuns ...», mais referindo que «...como é entendimento jurisprudencial, mesmo que não haja sido incluído no pedido, a atribuição provisória da casa de morada de família a um dos cônjuges implica a fixação de uma compensação àquele que dela ficou privado».

Interessante a situação relatada no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-05-2017, Proc. n.º 534/14.0T8SXL-F.L1-6, nos termos do qual «tendo sido atribuído ...o direito à utilização da casa de morada de família por sentença transitada em julgado, ao abrigo do disposto no art. 1413.º n.º 1 do anterior CPC e não no âmbito do incidente de atribuição provisória ...previsto no art. 1407.º n.º 7 do CPC – que tem correspondência no art. 931.º n.º 7 do novo

Acaso tenha sido pedida a atribuição definitiva, esta aguardará a dissolução, por divórcio, do casamento, e vigorará na sequência da verificação desse divórcio, conforme art. 990.º, n.ºs 1 e 4.⁶

Isto por um lado.

Ao invés, do outro lado situa-se a providência a que alude o art. 990.º do Código de Processo Civil, denominada «Atribuição da Casa de Morada de Família», e que pressupõe, como elemento objectivo fáctico, que já tenha havido decretamento do divórcio.

Ou seja, está legalmente enquadrada como um efeito do divórcio.⁷

Destarte, é preciso deixar bem vincado que esta providência não se caracteriza pela sua provisoriedade, mas sim pela sua alterabilidade, expressa no art. 1793.º, n.º 3, do Código Civil, e que é típica dos processos de jurisdição voluntária – cf. art. 988.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

No que concerne à tramitação da atribuição (definitiva) da utilização da casa de morada de família, para além da norma específica do art. 990.º, deve atentar-se nas disposições gerais dos processos de jurisdição voluntária contidas no Título XV, Capítulo I, que compreendem os arts. 986.º a 988.º.

E porque assim é, e entre o mais:

- a) Numa clara manifestação do princípio da gestão racional processual, nos segmentos da economia, concentração e celeridade dos actos processuais, há a obrigatoriedade da sua apensação à acção de divórcio ou de separação;
- b) Segue o regime dos incidentes da instância, a que se reportam os arts. 292.º a 295.º, *ex vi* art. 986.º, n.º 1, com obrigatoriedade da indicação dos requerimentos probatórios no articulado inicial ou de oposição, sob pena de funcionar o princípio da preclusão processual, sendo um incidente expedito, quer porque a oposição tem o prazo de 10 (dez) dias para ser deduzida, por força da remissão contida no art. 990.º, n.º 2, para o art. 293.º, n.º 2, quer pelo limite de testemunhas (cinco), quer, por último, pela previsão de que é «... imediatamente proferida decisão por escrito»;
- c) A despeito de se encontrar subordinado ao princípio do pedido, nos moldes a que se refere o art. 3.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, o Tribunal tem uma ampla margem nos seus poderes investigatórios ou inquisitórios, devendo privilegiar a solução que se afigure concretamente mais conveniente e oportuna, em detrimento de critérios de legalidade estrita;

CPC – não pode o Tribunal onde corre o processo de inventário decidir que esse direito cessará no momento da partilha dos bens do ex-casal».

⁶ Marta Falcão, Miguel Pestana Serra e Sérgio Tenreiro Tomás *in*, Direito da Família – da Teoria à Prática, 2.ª edição, Almedina, 2017, pág. 96.

⁷ Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 26-04-2012, Proc. n.º 33/08.9TMBRG.G1.S1.

d) Asseguram-se as garantias de defesa, na vertente do direito ao recurso – por reporte ao art. 20.º da Constituição da República Portuguesa –, através da instituição do recurso ordinário de apelação, com efeito suspensivo, restrito até ao Tribunal da Relação,⁸ o que deflui das disposições concertadas dos arts. 988.º, n.º 2, e 990.º, n.º 3, ambos do Código de Processo Civil.

Em face da letra da lei, o interessado ou o ex-cônjuge que pretenda a atribuição da casa de morada de família, de acordo com o art. 1793.º do Código Civil, ou a transmissão do direito ao arrendamento, segundo o art. 1105.º do Código Civil, tem o ónus de alegação dos factos constitutivos do direito a que se arroga, após o que será designada data para a realização de Tentativa de Conciliação, e frustrando-se esta, e produzidas todas as diligências reputadas indispensáveis, *v.g.*, analisada a composição, necessidades particulares, rendimentos e encargos dos membros do agregado familiar, e efectuada a avaliação do estado actual de conservação, localização, tipologia e valor do bem imóvel, ocorre a prolação de decisão – art. 990.º, n.º 1, 2, e 3.

Enuncia o art. 1793.º supra referenciado, sob a epígrafe «Casa de morada da família», que:

«1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria de outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

2. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem.

3. O regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges, quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária».

⁸ Indica-se no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 30-11-2017, Proc. n.º 579/11.1TBVCD-E.P1.S1, da 7.ª Secção, que «A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais ou à tutela jurisdicional implica a garantia de uma protecção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efectiva, cujo âmbito normativo abrange, nomeadamente, o direito de agir em juízo através de um processo equitativo, o qual deve ser entendido não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais.

Acresce que a exigência de um processo equitativo, consagrada no art.º 20.º, n.º 4, da Constituição, não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta modelação do processo. Impõe, no entanto, que no seu núcleo essencial os regimes adjectivos proporcionem aos interessados meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como uma efectiva igualdade de armas entre as partes no processo, não estando o legislador autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva.

No caso em apreço, não se está perante uma situação de negação de acesso aos tribunais, mas sim de restrição do acesso, em via de recurso, a um determinado tribunal – o Supremo Tribunal de Justiça. O direito ao recurso foi, nos termos gerais, reconhecido e efectivamente exercido, Negado foi apenas o acesso recursório ao Supremo Tribunal de Justiça, limitação normativa que não fere aqueles direitos, na medida em que, por um lado, a Constituição não impõe, directa ou indirectamente, o direito ao triplo grau de jurisdição em matéria civil ou de habitação, e, por outro, cabe na discricionariedade do legislador a definição dos casos em que se justifica o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, sendo que o critério (a celeridade, rápida estabilização das decisões, importância da causa, tipo de processo) a que o mesmo fez apelo para a limitação desse acesso, não se apresenta arbitrário, desrazoável ou sequer desproporcionado».

Sobre os pressupostos enunciados no normativo transcrito, escreveu o Professor Pereira Coelho:

«... A lei quererá que a casa de morada da família, decretado o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, possa ser utilizada pelo cônjuge ou ex-cônjuge a quem for mais justo atribuí-la, tendo em conta, designadamente, as necessidades de um e de outro [...]. Ora, este critério geral, segundo nos quer parecer, não pode ser outro senão o de que o direito ao arrendamento da casa de morada da família deve ser atribuído ao cônjuge ou ex-cônjuge que mais precise dela. [...] A necessidade da casa (ou a «premência», como vem a dizer a jurisprudência, melhor se diria a premência da necessidade) parece-nos ser, assim, o factor principal a atender. [...] Na avaliação da premência da necessidade da casa deve o tribunal ter em conta, em primeiro lugar, justamente estes dois elementos, que mais expressivamente a revelam [...]. Trata-se, quanto à «situação patrimonial» dos cônjuges ou ex-cônjuges, de saber quais os rendimentos e proventos de um e de outro [...]. No que se refere ao «interesse dos filhos», há que saber a qual dos cônjuges ou ex-cônjuges ficou a pertencer a guarda dos filhos menores [...]. Mas o juízo sobre a necessidade ou a premência da necessidade da casa não depende apenas destes dois elementos. Haverá que considerar ainda as demais «razões atendíveis»: a idade e o estado de saúde dos cônjuges ou ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro, o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer a sua residência, etc.».⁹

Pode assim sintetizar-se que, na esteira deste art. 1793.º do Código Civil, verificando-se que a que foi a casa de morada de família constitui bem próprio de um dos (ex-)cônjuges, ou é um bem comum, o Tribunal pode dá-la de arrendamento a qualquer um deles, a seu pedido, vistas as necessidades de cada um e o interesse dos filhos do casal, podendo fazer caducar o contrato de arrendamento, sob requerimento do senhorio, se circunstâncias supervenientes assim o ditarem.¹⁰

Incumbirá ao Tribunal fixar as cláusulas do contrato, para o que ouve os interessados, e no respeito pelas regras do arrendamento para a habitação, deverá designadamente definir a duração temporal e o valor da renda mensal.¹¹

Por regra, tratando-se de bem próprio de um dos interessados, e sendo a sua utilização deferida ao outro, o mesmo ficará adstrito ao pagamento da renda na sua totalidade; todavia, se se tratar de um bem comum, aquele a quem for atribuída a utilização arcará com o pagamento de metade do valor da renda.¹²

⁹ *In*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra Editora, n.º 122, Ano 1989 – 1990, págs. 137, 138, 207 e 208.

¹⁰ Relativamente às circunstâncias supervenientes, v. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 22-05-2017, Proc. n.º 395/12.3TBVLC-I.P1.

¹¹ Seguindo o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-04-2017, Proc. n.º 18585/16.8T8LSB.L1-8, «... a sentença pela qual, em sede de atribuição da casa de morada de família, se constitui contrato de arrendamento a favor de um dos cônjuges, não revestindo natureza condenatória, não traduz, por si, título executivo, integrável na enumeração constante do art. 703.º, n.º 1, do C.P.Civil».

¹² Pode nem sequer ter sido pedida a fixação da contrapartida monetária, porquanto é um direito disponível – assim, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-01-2017, Proc. n.º 8992/14.6T8LSB.L1-6.

Verte o art. 1105.º do Código Civil, epígrafado «Comunicabilidade e transmissão em vida para o cônjuge», que:

«1 - Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles.

2 - Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes.

3 - A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio».

Se a casa que foi de morada de família for arrendada, existindo acordo, os interessados podem optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles do contrato de arrendamento, ou, na ausência de entendimento, competirá ao Tribunal a decisão, aferidas as necessidades de cada um, os interesses dos filhos e quaisquer outros factores complementares atendíveis, em qualquer das hipóteses com subsequente notificação oficiosa ao senhorio, tudo nos termos deste art. 1105.º do Código Civil.

Na procura casuística da densificação destes conceitos legais, produzido e examinado o suporte probatório relevante, a decisão judicial tem de partir do resultado dos critérios objectivos acima elencados (*v.g.*, situação económica líquida dos interessados, necessidades específicas de tratamentos médicos ou medicamentosos, dificuldade de locomoção, incapacidade ou deficiência própria, de dependentes ou de alguém a seu cargo, localizações geográficas exactas do trabalho, ...), não perdendo de vista que as necessidades que sejam alegadas ou contrapostas têm que ser reais, actuais e concretas, e não meramente futuras, hipotéticas ou eventuais, nem simples transtornos ou incómodos.¹³

Tem sido aventado¹⁴ que quando as necessidades dos interessados sejam igualmente válidas, um critério de desempate – quando legalmente possível –, poderia encontrar-se no grau de culpa efectivamente imputado a um deles na sentença de divórcio, quando a tenha havido.¹⁵

Em jeito de conclusão, pode afirmar-se que após o trânsito em julgado da sentença de divórcio, os ex-cônjuges só podem aspirar à atribuição definitiva do direito de utilização da casa de morada de família, segundo as regras do arrendamento, a título oneroso, ou seja, através da fixação de uma compensação pecuniária ao cônjuge privado do uso daquele bem comum do extinto casal – cf. arts. 990.º do Código de Processo Civil, e 1793.º do Código Civil.

Distintamente, antes da consumação do divórcio, na pendência do respectivo processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de qualquer dos cônjuges, pode decretar uma medida

¹³ Cf., Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-04-2015, Proc. n.º 399/09.3TMLS-B-A.L1-8.

¹⁴ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, Vol. I, 3.ª edição, págs. 721 e seguintes.

¹⁵ Ou que «... a ponderação dos interesses da requerente e requerido e dos filhos, enquanto critérios de atribuição da casa de morada de família, em sede de processo de jurisdição voluntária, não impede, antes aconselha, ... a que se pondere também a actuação [do requerido] que determinou, desde logo, o início da situação em que a residência comum na casa de morada da família se tornou impossível» – Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-01-2017, Proc. n.º 1389/14.0T8CSC-M.L1-6.

provisória e cautelar de atribuição da casa de morada de família, que pode ou não comportar, em função da valoração judicial concreta das circunstâncias dos cônjuges e atentas as exigências de equidade, a fixação de uma compensação pecuniária ao cônjuge privado do uso daquele bem comum do extinto casal, por aplicação analógica do regime que está previsto para a atribuição definitiva da casa de morada de família – cf. art. 931º, n.º 7, do Código de Processo Civil.¹⁶

IV. Da alteração da decisão de atribuição da utilização da casa de morada de família

O pedido para que seja alterada uma decisão de atribuição da utilização da antiga casa de morada de família, seguindo o pressuposto processual da competência por conexão processual, e as regras inerentes aos processos de jurisdição voluntária, deve ser deduzido por apenso ao processo no âmbito do qual foi proferida a decisão inicial, competindo a sua apreciação e decisão à esfera judicial (art. 990.º, n.º 4, do Código de Processo Civil).¹⁷

É que «... a competência dos Juízos de Família ... para os pedidos de atribuição da casa de morada de família e suas alterações é uma competência por conexão – traduzida na circunstância da competência de um Tribunal poder ser alargada através de uma conexão estabelecida em função das partes ou do objecto da causa –, o que bem se compreende considerando que os pressupostos da alteração (circunstâncias supervenientes que revelem a necessidade de alterar o anteriormente definido) não dispensam a aferição daqueles que estiveram subjacentes à fixação, logrando-se assim uma maior eficácia, atendendo aos interesses familiares em causa, bem como às especificidades da jurisdição voluntária».¹⁸

Questão diversa tem suscitado a aplicação do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13-10 – o qual operou a transferência de competência decisória em determinados processos de jurisdição voluntária dos Tribunais Judiciais para as Conservatórias do Registo Civil –, por, alegadamente, se detectarem espaços de coincidência entre as competências deferidas ao Tribunal e as competências conferidas às Conservatórias do Registo Civil.

Aqui há a assinalar que «a interpretação do art. 5.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, há-de ser feita apelando ao art. 9.º do Código Civil, indo além da «letra da lei» e reconstituindo a partir dos textos o pensamento legislativo, apelando à unidade do sistema jurídico, às circunstâncias em que a lei foi elaborada e às condições específicas do tempo em que é aplicada. Desde logo, resulta que esta norma exclui a competência da Conservatória do Registo Civil quando o pedido de atribuição da casa de morada de família seja cumulado com outros pedidos no âmbito da mesma acção judicial ou constitua incidente ou dependência de acção pendente. ...

¹⁶ Neste sentido, entre outros, Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13-10-2016, Proc. n.º 135/12.7TBPBL-C-C1.S1 - 7.ª Secção, e Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-02-2018, Proc. n.º 1224/14.9T8SNT-D.L1-6.

¹⁷ Explana-se no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-12-2017, Proc. n.º 7225/17.8T8ALM.L1-2, que, «Para conhecer o processo (incidente) de jurisdição voluntária, consistente no pedido de atribuição ou alteração da atribuição da casa de morada de família, será competente o Tribunal de Família e Menores e nunca o Tribunal Cível...», num caso em que [incorrectamente] se lançou mão de um procedimento cautelar de restituição provisória de posse para pedir a atribuição da casa de morada de família.

¹⁸ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-02-2017, Proc. n.º 8893/16.3T8SNT-A.-7.

O art. 990.º do CPC ... não faz depender a competência das secções de família e menores da pendência da acção e tal não resulta do DL 272/2001 que é meramente atributivo de competência às Conservatórias (e não excludente da competência dos Tribunais)». ¹⁹

V. A casa de morada de família no contexto da ruptura da união de facto

A Lei n.º 7/2001, de 11-05, adoptou um conjunto de medidas visando a protecção das uniões de facto, anunciando no seu art. 3.º, sob o título «Efeitos», que as pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas nesta Lei, têm direito à protecção da casa de morada de família, nos termos da mesma Lei [(al. a)].

Este preceito legal, para o que agora é pertinente, deve ser conjugado com o teor do artigo seguinte, gizado para a particular situação da protecção da casa de morada de família em caso de ruptura da união de facto, ²⁰ mandando aplicar-lhe, com as necessárias adaptações, o regime dos arts. 1105.º e 1793.º do Código Civil.

Extrai-se do art. 8.º, n.º 1, al. b), daquela Lei, que a união de facto se dissolve, *inter alia*, por vontade de um dos seus membros, aditando o seu n.º 2 que a dissolução a que respeita a indicada al. b) apenas tem de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, e sendo certo que o n.º 3 contempla que esta declaração judicial deve ser proferida na acção mediante a qual o interessado pretenda exercer direitos dependentes da dissolução da união de facto, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado.

Nos casos em que vem solicitada a atribuição da utilização da casa de morada de família mas em que a dissolução da união de facto se apresenta como o pedido principal, a determinação da jurisdição – entre o Tribunal e a Conservatória do Registo Civil –, não tem sido isenta de controvérsia, mas, em face dos arts. 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13-10, e 122.º, n.º 1, al. b), da Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26-08), deve entender-se que esta é uma acção judicial, e, sendo-a, é da competência do Juízo de Família. ²¹ Uma nota final.

Cumulando-se os pedidos de declaração da dissolução da união de facto, sequente atribuição da utilização da casa de morada de família e a condenação da contraparte no pagamento de valores desembolsados a título de empréstimos bancários, este último pedido, por corresponder a tramitação comum, não pode ser cumulado com os dois anteriores. ²²

¹⁹ Acórdão citado na nota de rodapé anterior.

²⁰ Diversamente, em caso de óbito, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21-12-2017, Proc. n.º 14/14.3T8CSC.L1.6, e Rute Teixeira Pedro, «Breves Reflexões sobre a Protecção do Unido de Facto quanto à Casa de Morada de Família Propriedade do Companheiro Falecido», Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, págs. 306 a 346.

²¹ Sandra Morgado Marques, A Transmissão da Casa de Morada de Família, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, 2014, págs. 48 a 53.

²² Expendeu-se no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-09-2017, Proc. n.º 3773/16.5T8FNC.L1-8, que «o presente processo visando a atribuição da casa de morada de família, reveste a natureza de jurisdição voluntária... atenta essa especial natureza, não é, pois, lícito no mesmo formular pedido a que corresponda a tramitação comum... face à ocorrência de circunstância impeditiva da cumulação (art. 37.º, n.º 1, *ex vi* art. 555.º, n.º 1, CPC), impor-se-ia ... a absolvição da instância, relativamente a tal pedido».

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

14.

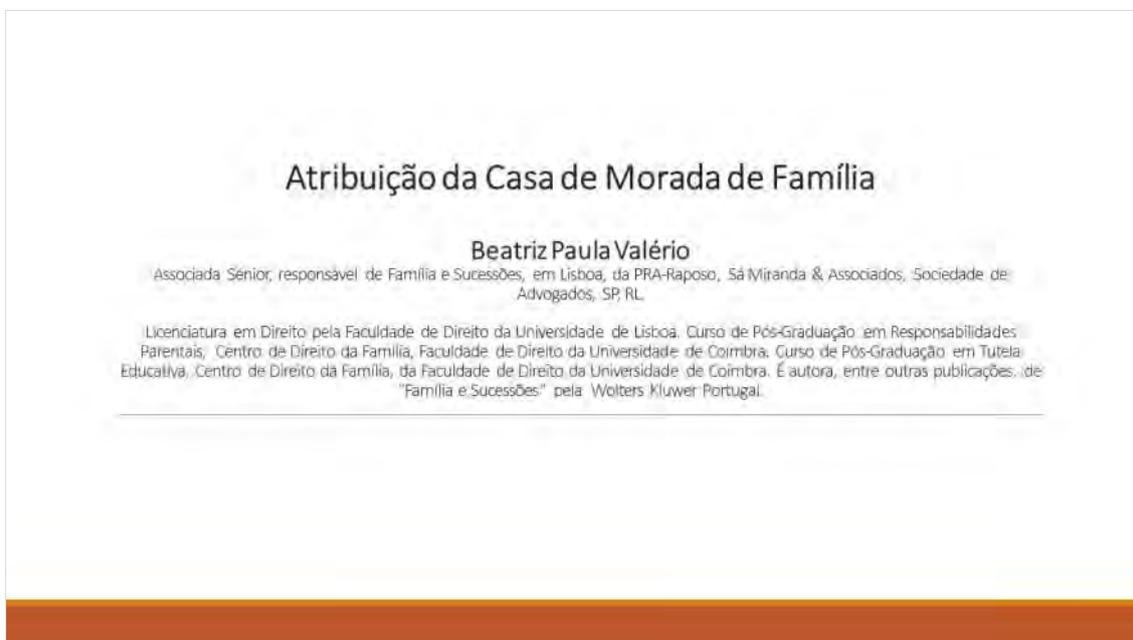
**Atribuição da casa de moradia
de família**

Beatriz Paula Valério

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ATRIBUIÇÃO DA CASA DE MORADIA DE FAMÍLIA¹

Beatriz Paula Valério*



¹ Apresentação decorrida na ação de formação do CEJ “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, no Auditório do Montepio, no dia 4 de maio de 2018.

*Advogada.

CASA DE MORADA DE FAMÍLIA

- Residência habitual e permanente dos cônjuges e dos filhos

- Um dos cônjuges tem de ser titular do direito que lhe confira o direito à utilização dela:
 - Casa de morada de família arrendada – art.º 1105 CC

 - Casa de morada de família enquanto bem próprio de um dos cônjuges ou enquanto bem comum do casal – art.º 1793º/1 CC

CASA DE MORADA DE FAMÍLIA

«I. A **casa de morada de família** é aquela onde de forma permanente, estável e duradoura, se encontra sediado o centro da vida familiar dos cônjuges (ou unidos de facto), conforme resulta do disposto no art.º 1672.º do CC, e mantém a sua relevância mesmo após a dissolução do casamento ou união de facto.

II. A casa de morada de família goza de **proteção especial**, revelada e suportada em diversos instrumentos legais destinados a preservar os interesses dos ex-cônjuges e dos filhos consigo conviventes, através da ponderação do destino da casa de morada de família e dos termos da sua atribuição, que poderá inclusivamente passar pela constituição judicial de um arrendamento a favor dos ex-cônjuges (ou elemento da união de facto que cessou, por força do disposto no art.º 4 do DL 7/2001, de 11 de Maio, na redação introduzida pela Lei 23/2010, de 30 de Agosto), independentemente da natureza de bem comum ou próprio do outro.» In. Acórdão TR Coimbra 20.06.2017

ATRIBUIÇÃO

- Pedido de atribuição – divórcio, separação ou dissolução da união de facto.
- Em caso de divórcio por mútuo consentimento ou separação judicial de pessoas e bens por mútuo consentimento - Obrigatoriedade de juntar ACORDO quanto à utilização da casa de morada de família.
- O direito constituído por acordo é um verdadeiro e próprio direito real de habitação. In. *Acórdão TR Évora* 23.11.2017
- Se os cônjuges não chegarem a acordo quanto à utilização da casa de morada de família – cabe ao tribunal decidir dessa atribuição.

ATRIBUIÇÃO

*«III. Na falta de acordo, o meio próprio para ser decidida a atribuição da casa de morada de família e eventual compensação em favor do outro cônjuge quando se trate de bem comum ou próprio deste, é o processo especial previsto no art.º 990.º do CPC, sendo para tanto inadequado o regime da compropriedade, designadamente pela aplicação do art.º 1406.º do CC.» In. *Acórdão TR Coimbra* de 20.06.2017*

ATRIBUIÇÃO

- A atribuição da casa de moradia de família é um **processo (ou incidente) de jurisdição voluntária** e essa resolução pode ser alterada com base em circunstâncias supervenientes que justifiquem a modificação da situação vigente, o que ocorre sempre que o acordo realizado ou a decisão judicial já não acautele ou deixe de precaver, com equidade, os interesses dos ex-cônjuges. In. *Acórdão do TR Évora 23.11.2017*
- **Atribuição a título provisório** – quando estiver pendente uma ação de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens sem consentimento e apenas na pendência destas ações.
- O procedimento para atribuição provisória da utilização da casa de moradia de família, no âmbito da ação de divórcio litigioso previsto no n.º 7 do artigo 931.º do CPC, tem por finalidade a aplicação, no decurso daquela ação, de uma medida provisória de natureza cautelar, para vigorar até à partilha do património do casal.

ATRIBUIÇÃO

*«Trata-se de um procedimento incidental, que tanto pode ser promovido a requerimento das partes como por iniciativa do juiz, enxertado a qualquer altura, na própria ação de divórcio, cuja tramitação, na falta de disposição especial, se rege pelas normas gerais dos incidentes de instância constantes dos artigos 292.º a 295.º CPC.» In. *Acórdão STJ de 27.04.2017**

- **Atribuição a título definitivo** da casa de moradia de família como um dos efeitos da dissolução do casamento pelo divórcio ou pela separação judicial de pessoas e bens sem consentimento

CRITÉRIOS de ATRIBUIÇÃO

- Qual dos cônjuges tem **maior necessidade da casa**. Atribuir a casa ao cônjuge que mais precisar dela, protegendo quem mais seria atingido pelo fim da relação quanto à estabilidade da habitação familiar.
- Em situação de **igualdade dos cônjuges** – interesse dos filhos, situação económica de cada um dos cônjuges, idade, estado de saúde, capacidade financeira, capacidade profissional, localização da casa em relação aos locais de trabalho/escola, disporem de outra casa para residência
- A **culpa** não é relevante, contudo: «4. Só quando as necessidades de ambos os cônjuges ou ex-cônjuges forem iguais ou sensivelmente iguais haverá lugar para considerar a culpa que possa ser ou tenha sido efetivamente imputada a um ou a outro na sentença de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens.» In. Acórdão TR Coimbra 28.06.2016

CRITÉRIOS de ATRIBUIÇÃO

- «I. Apesar de no n.º 1 do artigo 1793.º do Código Civil permitir, em caso de divórcio, a constituição por decisão judicial de uma relação de arrendamento da casa de morada de família a favor de um dos ex-cônjuges, quando a mesma seja bem próprio do outro cônjuge, ainda que contra a vontade deste, numa situação em que se prova a carência económica de ambas as partes não pode o julgador ficar indiferente ao critério da propriedade da casa em discussão.
- II. Sendo a casa de morada de família um bem próprio de um dos ex-cônjuges, não deve ser atribuída em arrendamento ao outro, quando o dono dela careça e não tenha meios económicos para encontrar outra habitação.» in. Acórdão TR Porto 03.04.2017

DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRAPARTIDA

«I. É legalmente admissível a fixação de uma compensação patrimonial do cônjuge privado do uso daquela que foi a casa de morada de família por força da sua atribuição ao outro cônjuge até à partilha do bem. Tal compensação deve ter lugar por razões de justiça e equidade, designadamente porque o cônjuge privado do uso desse bem pode estar sujeito, e, por isso, não pode deixar de ter em conta as circunstâncias concretas da vida dos cônjuges.

II. Tal compensação não poderá deixar de ser determinada pelo juiz como consequência da decisão provisória de atribuição do uso da casa de morada de família ou estipulada por acordo das partes quando, ao pôr termo ao processo de divórcio convertendo-o em divórcio por mútua consentimento, acordam, acordo sujeito a homologação judicial, na atribuição da casa de morada de família a um dos cônjuges até à partilha desse bem.

III. Nada sendo decidido pelo juiz ou acordado pelas partes, já não será possível, em ação judicial posterior, proceder a tal fixação, porquanto tal implicaria, na verdade, uma alteração substancial do teor da decisão judicial ou do acordo das partes que contempla uma utilização do bem incondicionada, passando-se a estipular, como acima se disse, uma utilização condicionada ao pagamento de quantia pecuniária.

IV. Não constando do acordo outorgado qualquer pagamento pela atribuição da casa de morada de família do Réu, qualquer declaratório normal – de acordo com o n.º 1 do art.º 236.º do C Civil corresponde ao “bonus pater familias” equilibrado e de bom senso, pessoa de qualidades médias de instrução, inteligência e diligências normais – entenderá que foi porque as partes o não quiseram convencionar pois se o quisessem o contrário tê-lo-iam deixado expresso, nada permitindo que se equacione coisa diversa.. Acórdão TR Coimbra 17.04.2017

DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRAPARTIDA

«I. Tendo sido acordado no âmbito da ação de divórcio, onde foi proferida sentença já transitada em julgado, que o cônjuge marido ficaria a residir na casa de morada de família até à partilha dos bens, sem ter sido fixada a contrapartida de qualquer compensação/renda, pode a mulher requerer posteriormente ao tribunal que seja fixado em seu benefício uma quantia mensal por aquela ocupação se, entretanto, se alterarem em seu desfavor as circunstâncias que estiveram na base daquele acordo.» Acórdão TR Guimarães 28.09.2017

DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRAPARTIDA

«I. A utilização da casa de morada de família por parte de um dos cônjuges, desde a separação até à partilha, quando atribuída por decisão judicial ou por acordo (ainda que tácito), não impõe necessariamente, a obrigação de pagar uma qualquer compensação por tal utilização.»

In. Acórdão TR Coimbra 28.03.2017

DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRAPARTIDA

➤ «A **definição do valor da contrapartida** pela ocupação da casa de morada de família atribuída a um dos cônjuges em processo de divórcio depende da ponderação de diversos factos (entre os quais avultam os relativos às condições físicas do imóvel – vetustez, localização, limitações e vantagens) que têm que ser alegados nos termos exigidos pelo n.º 1 do art. 5.º do Código de Processo Civil, sendo que nos encontramos face a um direito disponível pelo que é lícito à parte, ao desenhar a sua posição processual, prescindir do exercício do mesmo.» In. Acórdão do TRLisboa de 12.01.2017

➤ «... é ao tribunal que cabe fixar o valor da renda. O arrendamento fica sujeito às regras do **arrendamento para habitação**, devendo o tribunal definir as condições relativas à renda e à duração do contrato, sendo que para a fixação daquela embora o tribunal deva ter em conta os valores de mercado deve ponderar também as circunstâncias do caso concreto, considerando a situação patrimonial das partes. In. Acórdão TRLisboa 09.02.2017

ATRIBUIÇÃO EM RUPTURA UNIÃO DE FACTO

➤ «I. Na **união de facto**, mesmo ocorrendo a sua rutura, a lei confere tutela à atribuição da casa de morada de família, devendo assim ser considerada a habitação, própria de um dos conviventes, ou arrendada, onde o casal, e filhos, se os houver, manteve organizada a sua vida em comum.

II. Requerendo um dos ex-membros da união de facto a atribuição da casa de morada de família – quer esta constitua bem próprio do outro ex-membro, quer se trate de uma habitação arrendada ou concessionada -, para obter a procedência do pedido terá, nesta segunda hipótese, de demonstrar, para obter a procedência do pedido, a subsistência do vínculo jurídico que autorizava a utilização da casa, assim como a sua necessidade, avaliada em termos atuais, de dela usufruir.» In. Acórdão TR Porto 19.09.2016

«Concluindo-se que os dois membros da união de facto **necessitam por igual da casa**, haverá que dar predominância à condição de proprietário exclusivo que um deles tem sobre a casa.» In. Acórdão TR Évora 09.11.2017

Muito Obrigada,

beatriz.valeno@ira.pt

II JORNADAS DE DIREITO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA

o direito e a prática forense

15.

**Alimentos entre cônjuges
e ex-cônjuges**

Ana Maria Pereira de Moura Resende

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES E EX-CÔNJUGES¹**Ana Maria Pereira de Moura Resende***

Introdução

1. Delimitação do tema
2. Quadro legal
3. A prática forense.
 - 3.1. Antes da Lei 61/2008
 - 3.1.1. Atribuição e medida dos alimentos.
 - 3.1.1.2. Divórcio
 - 3.1.1.3. Meios de prova
 - 3.2. Reforma de 2008
 - 3.2.1. Atribuição de alimentos, e respetiva medida:
 - 3.2.1.1. Separação de facto
 - 3.2.1.2. Divórcio
2. Conclusão

“Ficas responsável, para todo o sempre, por aquilo que cativaste”.

O Príncipezinho de Antoine de Saint-Exupéry

Introdução

As palavras que pretendo dirigir a esta tão ilustre audiência vão ser organizadas de modo a, no âmbito no contexto das presentes Jornadas, delimitar o respectivo objecto, no concerne a prestações alimentares entre cônjuges e os que deixaram de o ser, procurando traçar um breve quadro do regime legal atendível, e uma posterior referência à prática, vertida em alguma da Jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores.

1. Delimitação do tema

Como se sabe, na Constituição da Republica de 1976, no artigo 36.º, sob a epígrafe, Família, casamento e filiação, nos termos que se mantiveram nas posteriores revisões, caso da 1982, 1989 e 1997, e para o que nos agora interessa, consagra-se expressamente, que:

1. *Todos têm o direito de constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade.*
2. *A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.*

Por sua vez, no artigo 67.º, considerando a família como elemento fundamental da sociedade, atribui-lhe o direito à protecção da sociedade e do Estado, bem como à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus elementos, enunciando, em termos programáticos, alguns dos deveres que para a respectiva protecção, incumbem ao Estado.

¹ Texto da Comunicação efetuada no dia 17.01.2018.

* Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa.

Assim, no entendimento dos nossos constitucionalistas² na conjugação do direito de constituir família com o de contrair casamento, a Constituição não admite a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada”, pelo que, constituindo a família e o casamento realidades bem diversas, a protecção constitucional dirigida à família, não se esgota na família conjugal, abarcando a família natural, no aludido 67.º, n.º 1, numa abertura constitucional à diversidade e pluralidade das relações familiares hodiernas bem como no reconhecimento da relevância da família constituída por pais e filhos, ainda que nascidos fora do casamento ou resultantes de adopção, reportando ao já mencionado artigo 36.º, mas agora nos restantes pontos, e artigos 68.º e 69.º, também da CRP³.

Deste modo, não parece suscitar grandes dúvidas que constituir família, ou não constituir família, através do casamento, ou fora deste, consubstancia-se num direito fundamental dos cidadãos, enquanto expressão do seu direito à liberdade e autodeterminação.

Em termos de lei ordinária, reportando ao Código Civil Português vigente⁴, no Livro dedicado ao Direito de Família, apontando como fontes das relações jurídicas familiares, o casamento, o parentesco, afinidade e a adopção, artigo 1567.º, na sua versão original, o casamento era definido como o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendiam constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida. Com a reforma operada com o Decreto Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que adaptou o Código aos termos da Constituição de 1976, continuando como contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, passou a considerar que pretendiam constituir a família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições do Código, e como se sabe, com a vigência da Lei n.º 9/2010, deixou de ser feita a referência aos dois géneros, com a correspondente referência tão só, entre duas pessoas.

Em nota, e fazendo uma brevíssima retrospectiva, se atentarmos ao disposto no Código de Seabra, de 1867, na sua versão original, o casamento era um contrato perpétuo entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família, artigo 1056.º, que com a vigência do Decreto n.º 1, de 25.12.1910, perdeu a indicação de perpétuo, na devida articulação com a Lei do Divórcio, de 3.11.1910.

Esta curta deriva histórica, dá-nos uma pequena ideia, de contrariamente a certos ramos do direito, onde se verifica uma consolidação, que permanece quase inalterável, mesmo depois de alterações de paradigmas, o direito de família é muito permeável às novas realidades sociológicas, traduzindo-as, com relativa facilidade, para o ordenamento jurídico, enquadrando-as em termos normativos.

Paralelamente ao modelo matrimonial, existem famílias, que sem o vínculo referenciado, em modelos de estrutura igualitária, e desenho plural, no respeito dos interesses dos indivíduos

² Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição, pág. 220.

³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição da República, pág. 398.

⁴ Diploma a que se reporta a disposição legal, se nada mais for mencionado.

envolvidos, como uma união voluntária de duas pessoas independentes⁵, se traduzem nas designadas uniões de facto.

Sendo inquestionável a respectiva verificação, também o Direito à mesma não podia ficar estranho, na permeabilidade já mencionada, e assim em sede do DL n.º 496/77, de 25-11, pode-se dizer que foi iniciado o movimento legislativo de atribuição de efeitos jurídicos às relações de união de facto, através, da atribuição do direito a alimentos, por morte de um dos seus membros, a satisfazer pela sua herança, ao companheiro sobrevivente, artigo 2020.º.

No entanto, só com a Lei n.º 135/99, de 28.08, posteriormente revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11.05, com as alterações das Leis n.º 23/2010, de 30.08 e n.º 2/2016, de 29.02, foi estabelecido num diploma legal diversos direitos atribuídos às pessoas que vivam em união de facto, contudo, sem qualquer disciplina relativa às relações patrimoniais, e também pessoais, a desenvolver entre os conviventes, ou entre estes e terceiros, não tendo decorrentemente sido estabelecido qualquer direito de alimentos, quer durante a vigência da união de facto, quer pela sua cessação, sem prejuízo das situações de morte, como já se referiu, para o membro sobrevivente.

Vem-se referindo, face a um progressivo reconhecimento de efeitos da união de facto, aproximando-a do casamento, senão seria possível colocar a questão da aplicação analógica da disciplina patrimonial prevista para o casamento, colmatando tal omissão legislativa.

A resposta, e sem grande desenvolvimento, tem sido negativa, quer em termos jurisprudenciais, quer em termos doutrinários, porquanto não se está perante uma lacuna na lei, nem se configura a existência de casos análogos, não bastando para tal uma possível sintonia da comunhão de vida, que no casamento é assumida de forma formalizada perante uma entidade pública, afastada ficando qualquer violação do princípio da igualdade, com assento constitucional, na sua dimensão material, no atendimento da diferença das situações em causa.

Em termos de prática jurídica, como se aludiu, tem sido o entendimento perfilhado, como avulta, a mero título de exemplo, do Acórdão da Relação de Lisboa (TRL) de 10.04.2008, processo n.º 1399/2008-2⁶, de modo expresso referindo que a lei não contempla os unidos de facto como pessoas obrigadas a alimentos, e mais recentemente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 24.10.2017, processo n.º 3712/15.0T8GDM.P1.S1, afastando qualquer “casamento presumido”, por posse de estado de pseudocasado, pois não se pode presumir posse de estado em relação a pessoas que não querem usar desse estatuto, não se estabelecendo entre ambos, os unidos de facto, quaisquer obrigações patrimoniais, ou outras, tais como as que decorrem injuntivamente do preceituado nos normativos insertos nos artigos 1672.º, 1675.º e 1676.º, isto é, no que toca ao direito a alimentos, a união de facto não gera, na vigência da relação, qualquer dever recíproco de assistência e, no pós-rutura da comunhão de vida, igualmente não se encontra previsto no respectivo regime, qualquer obrigação de

⁵ Pereira Coelho, Casamento e Família No Direito Português, in temas De Direito da Família, 1986, Almedina, pág. 5.

⁶ Todos os Acórdãos referidos podem ser consultados na base de dados Jurídico-Documentais: IGFEJ, www.dgsi.pt, e na ECLI – European Case Law Identifier, in <https://jurisprudencia.csm.org.pt>.

solidariedade, e assim ficando excluída do âmbito desta apresentação, sendo que a exceção no que toca à proteção da casa de morada de família, caí também fora do vai ser abordado.

2. Quadro legal

Como último título do Livro IV, do Direito de Família, surgem-nos os alimentos, na estipulação das disposições gerais, enquanto direito/obrigação que tem como fonte a lei, caso das relações familiares – parentesco, casamento, afinidade, adoção, como também, o negócio jurídico.

Assim,

E no concerne às DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 2003.º - noção:

1. *Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário⁷.*

Ressalta que o significado de “sustento”, utilizado em termos técnico-jurídicos, vai para além do que é simplesmente indispensável à alimentação, antes englobando tudo o que é preciso para viver, nomeadamente, o que respeita cuidados de saúde, segurança, e outras necessidades vitais.

A obrigação de alimentos apresenta-se assim numa dupla vertente, material, no cômputo dos recursos à manutenção do credor e, imaterial, construindo ou desenvolvendo a sua personalidade, permitindo que viva condignamente.

Artigo 2004.º - medida dos alimentos:

1. *Os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los.*
2. *Na fixação dos alimentos atender-se-á, outrossim, à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência.*

Artigo 2005.º - modo de os prestar:

1. *Os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais, salvo se houver acordo ou disposição em contrário, ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de exceção.*
2. *Se, porém, aquele que for obrigado aos alimentos mostrar que os não pode prestar como pensão, mas tão somente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados.*

⁷ N.º 2 - Os alimentos compreendem também toda a instrução e educação do alimentado no caso deste ser menor.

Mostra-se estabelecida uma regra de proporcionalidade entre meios do credor e as necessidades do devedor, tendo necessariamente em conta as possibilidades do credor as satisfazer. Apontados como prestação pecuniária mensal, para além de acordo ou dispositivo legal em contrário, podem ser atendidas situações que excepcionalmente justifiquem outra periodicidade, ou tipo de prestações, para além de salvaguardar a inviabilidade do devedor puder satisfazer a prestação em termos monetários, mas ainda assim contribuir para o sustento, dando abrigo na sua casa e companhia, superando as necessidades com a habitação, podendo abranger também a alimentação e cuidados diários, casos de prestação em espécie.

No Acórdão TRL 05.05.2016, processo n.º 194/15.0T8MGD.L1-8, considerou-se que no conceito de “alimentos” previsto no artigo 2003.º do Código Civil, estava a prestação de cuidados e de acompanhamento ao requerente, com 86 anos de idade e parcialmente incapaz de cuidar de si próprio. Assim uma vez que um dos filhos o tinha acolhido, e lhe prestara pessoalmente parte de tais cuidados e serviços, o outro filho, não cuidador, deveria contribuir com uma verba em dinheiro correspondente a metade do valor atribuído a tal actividade de prestação de cuidados e serviços pessoais.

Continuando,

Artigo 2006.º - desde quando são devidos:

Os alimentos são devidos desde a proposição da acção, ou estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor se constituiu em mora, sem prejuízo do disposto no artigo 2273.º.

Sem prejuízo do caso dos legados de prestação periódica, a que se refere esta última disposição legal, os montantes a títulos de alimentos são devidos desde a propositura da acção declarativa com processo comum, para obter o reconhecimento do seu direito, ou constituída mora, se já fixados, por acordo ou judicialmente. No concerne a crianças e filhos maiores, a que se reporta o artigo 1880.º, o meio processual próprio é uma providencia tutelar cível, nos termos do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei n.º 141/2015, de 8.09.

Quanto à execução especial de alimentos, prevista nos artigos 933.º a 937.º, do Código de Processo Civil, a mesma detém algumas especialidades, sendo as mais relevantes, a não aplicabilidade dos limites de impenhorabilidade nos termos do artigo 738.º, n.º 4, do mesmo diploma, sendo apenas não penhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo, por invalidez ou velhice, e a designada garantia das prestações vincendas, no concerne à restituição das sobras da execução ao executado, sem que se mostre assegurado o pagamento das prestações vincendas até ao momento que o Juiz, em termos de equidade, considerar adequado, salvo se for prestada caução ou outra garantia idónea.

Artigo 2007.º - alimentos provisórios:

1. *Enquanto se não fixarem definitivamente os alimentos, pode o tribunal, a requerente do alimentando ou oficiosamente se este for menor, conceder alimentos provisórios, que serão taxados segundo o seu prudente arbítrio.*
2. *Não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos.*

Na vigência do anterior Código de Processo Civil (CPC), em sede dos procedimentos cautelares especificados, o artigo 399.º, previa-se que na dependência da acção, onde principal ou acessoriamente se pedia a prestação de alimentos, podia o interessado requerer a fixação de alimentos provisórios, cuja prestação, nos termos do n.º 2, era achada em função do estritamente necessário para o sustento, habitação e vestuário do requerente e também para as despesas da acção, quando o requerente não pudesse beneficiar do apoio judiciário; nesse caso, a parte relativa ao custeio da demanda devia ser destrinchada da que se destinava aos alimentos.

Actualmente, verifica-se que no disposto ao correspondente artigo 384.º, do CPC, não existe a limitação anteriormente existente, naquele n.º 2, e assim, na fixação dos alimentos provisórios atende-se aos critérios legalmente previstos na lei substantiva, neste sentido, o Acórdão do TRL de 21.04.2016, processo n.º 1390/15.6T8tvd-a.l1-2.

Importa ainda ater-nos ao artigo 931.º, n.º 7, CPC, consagrando uma providência cautelar, de carácter especialíssimo, como preliminar ou incidente enxertado na própria acção de divórcio, com a finalidade de garantir a satisfação das necessidades essenciais de sustento, habitação e vestuário do cônjuge carecido, pelo que, uma vez fixado o regime provisório de alimentos, mantém-se o decidido até ser definitivamente julgada a acção de divórcio, sendo certo que transitada em julgado essa decisão e seja qual for o seu desfecho - procedência ou improcedência – “morre” a dita providência cautelar, esgotando-se, conseqüentemente, os alimentos provisoriamente fixados ao cônjuge carecido.

Artigo 2008.º - indisponibilidade e impenhorabilidade:

1. *O direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido, bem que estes possam deixar de ser pedidos e possam renunciar-se as prestações vencidas.*
2. *O crédito de alimentos não é penhorável, e o obrigado não pode livrar-se por meio de compensação, ainda que se trate de prestações já vencidas.*

Artigo 2009.º - pessoas obrigados a alimentos: - redação do DL n.º 496/77, de 25.11.

1. *Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:*
 - a) *O cônjuge e o ex-cônjuge;*
 - b) *Os descendentes;*
 - c) *Os ascendentes;*
 - d) *Os irmãos;*
 - e) *Os tios, durante a menoridade do alimentando; (alteração mais de 16 anos)*

- f) *O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste;*
- Entre as pessoas designadas nas alíneas b) e c) do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima*
 - Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes.*

Artigo 2010.º - pluralidade de vinculados:

- Sendo várias as pessoas vinculadas à prestação de alimentos, respondem todas na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando;*
- Se alguma das pessoas assim oneradas não puder satisfazer a parte que lhe cabe, o encargo recai sobre as restantes.*

Artigo 2011.º - doações:

- Se o alimentando tiver disposto de bens por doação, as pessoas designadas nos artigos anteriores não são obrigadas à prestação de alimentos, na medida em que os bens doados pudessem assegurar ao doador meios de subsistência.*
- Neste caso, obrigação alimentar recai, no todo ou em parte, sobre o donatário ou donatários, segundo a proporção do valor dos bens doados, esta obrigação transmite-se aos herdeiros do donatário;*

Artigo 2012.º - Alteração dos alimentos fixados:

Se depois de fixados os alimentos pelo tribunal ou por acordo dos interessados, as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem, podem os alimentos taxados ser reduzidos ou aumentados, conforme os casos, ou podem outras pessoas ser obrigadas a prestá-los.

Aqui chegados, e na caracterização da natureza jurídica do direito a alimentos, podemos referir que se está perante um direito pessoal extrapatrimonial, porquanto não há interesse económico do alimentando, antes visa o mesmo assegurar o seu direito à vida e à dignidade enquanto pessoa, ficando o carácter pessoal evidenciado pela não transmissão pela morte do obrigado e do alimentado, com excepção da ocorrência de doação, nos termos acima aludidos. Igualmente, do regime enunciado dimanam reflexos de dimensão ética e de ordem pública, pois trata-se de um direito irrenunciável, impenhorável e não compensável, não admitindo acordo no sentido de ser fixado um valor inalterável.

Assim podemos apontar como características do direito de alimentos:

- Patrimonialidade: enquanto direito de natureza patrimonial, com prestação pecuniária mensal, que excepcionalmente poderá ser feita em espécie, ou ter natureza mista.

- Variabilidade: varia em função das circunstâncias, pois a medida da obrigação tem como pressuposto as necessidades reais do alimentando.
- Periodicidade: estão em causa obrigações de natureza duradoura e execução continuada e de renovação sucessiva no tempo.
- Impenhorabilidade e indisponibilidade: quanto à renúncia do direito a alimentos relativamente a obrigações vencidas, no Acórdão TRL de 20.04.2010, processo n.º 106/09.0T2AMD-A.L1-7, foi decidido que a renúncia ao direito de alimentos apenas é válida em relação a prestações de alimentos vencidas.
- Exigibilidade: desde a propositura da ação ou da constituição em mora se a obrigação se encontrar judicialmente ou extrajudicialmente fixada, com a ressalva, que no âmbito do procedimento cautelar de alimentos provisórios, são devidos a partir do 1.º dia do mês subsequente à data da dedução do respectivo pedido.
- Imprescritível, decorrente da sua natureza indisponível, artigo 298.º, n.º 1, embora as pensões alimentícias vencidas prescrevam num prazo de cinco anos, artigo 310.º, al. f).
- Duração indefinida, sem prejuízo da especificidade apontada quanto à obrigação decorrente dos alimentos devidos após divórcio, com indicada natureza transitória, como melhor à frente se verá.
- Actualizável, ainda que oficiosamente atento o disposto no artigo 551.º, em termos das actualizações das obrigações pecuniárias.

Refira-se, quanto a este último aspecto, que no nosso ordenamento jurídico não existe uma cláusula de actualização automática, podendo a actualização da pensão de alimentos decorrer das alterações das circunstâncias, não importando tal alteração uma pedida actualização, como foi entendido no Acórdão TRL de 1.03.2007, processo n.º 10359/06-2, considerando que não podia constituir fundamento para uma pedida alteração, a constituição de um empréstimo para aquisição de casa própria pela beneficiária da pensão de alimentos (ex-cônjuge), pois tratava-se de uma despesa criada voluntariamente por esta e tal bem imobiliário ia integrar apenas o seu património, tratando-se de uma mais valia.

Já admitindo a actualização, no atendimento da variabilidade, Decisão do TRL de 19-09-2007, processo n.º 7548/2007-8, considerando:

I - No pedido de alteração de alimentos fixados nos termos do artigo 2012.º do Código Civil inclui-se a pretensão de actualização da prestação de alimentos que visa uma alteração destinada tão somente a evitar a degradação do valor fixado por motivo de inflação.

II - Assim sendo, não desrespeita o princípio do pedido nem tão pouco se pode considerar questão nova, nos termos do artigo 660.º do Código de Processo Civil, a pretensão do interessado que, muito embora não tenha provado a ocorrência de circunstâncias susceptíveis de levar à alteração dos alimentos fixados (artigo 2012.º do Código Civil), visa obter a mera actualização da pensão de alimentos na base da taxa de inflação⁸.

⁸ Não se provou que as circunstâncias determinantes da sua fixação se tivessem modificado; por isso, a decisão recorrida julgou a acção improcedente. No recurso a recorrente considerava que se impunha a actualização das pensões em função da taxa de inflação anual.

Por sua vez foi considerado que a actualização da obrigação de alimentos poderá redundar numa situação de desproporção entre as necessidades do alimentando e as possibilidades do devedor de alimentos, Acórdão do TRL de 15.12.2011, processo n.º 2901/03, entendendo não ser de estabelecer uma actualização automática da pensão fixada em função da taxa de inflação quando não é previsível, em período de austeridade nacional, que, num futuro próximo, os salários/pensões de reforma acompanhem tal variação.

Artigo 2013.º - cessação da obrigação de alimentar: redação do DL n.º 496/77, de 25.11.

1. *A obrigação de prestar alimentos cessa:*

- a) *Pela morte do obrigado ou do alimentado;*
- b) *Quando aquele que os presta não possa continuar a prestá-los ou aquele que os recebe deixe de precisar deles;*
- c) *Quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado.*

2. *A morte do obrigado ou a impossibilidade de este continuar a prestar alimentos não priva o alimentando de exercer o seu direito em relação a outros igual ou sucessivamente onerados.*

Com excepção da situação prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 2013.º, nas demais, a cessação só opera judicialmente, com observação do processado no artigo 936.º do CPC, havendo execução, o pedido de cessação ou alteração da prestação alimentícia deve ser deduzida por apenso àquele processo, ou observando a tramitação ali prevista, em sede de acção condenatória, relativamente a alimentos definitivos.

Artigo 2014.º - outras obrigações alimentares:

1. *À obrigação alimentar que tenha por fonte um negócio jurídico são aplicáveis, com as necessárias correções, as disposições deste capítulo, desde que não estejam em oposição com a vontade manifestada ou com disposições especiais da lei.*
2. *As disposições deste capítulo são ainda aplicáveis a todos a outros casos de obrigação alimentar imposta por lei, na medida em que possam ajustar-se aos respectivos preceitos.*

Como fonte de obrigação alimentar imposta por lei, aponta-se a obrigação de alimentos adstrita aos donatários, a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges nos casos de declaração de nulidade ou anulação, nos casamentos putativos, nos termos do artigo 1647.º, obrigação de alimentos adstrita aos herdeiros e legatários, artigos 2018.º e 2073.º, obrigação de alimentos adstrita aos investigados nas acções de reconhecimento da maternidade ou paternidade, artigos 1821.º e 1873.º CC, artigo 1884.º CC, obrigação de alimentos adstrita ao pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho⁹, num caso especial de direito de alimentos que tem por finalidade a protecção do filho.

⁹ Artigo 1884.º alimentos à mãe:

Importa ainda aludir que às obrigações alimentares que tenha por fonte um negócio jurídico são-lhe aplicáveis, com as necessárias correcções, as disposições gerais indicadas, desde que não estejam em oposição com a vontade manifestada ou com disposições especiais da lei, e podem resultar nomeadamente, de testamento, ou doação.

DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Tendo presente o quadro geral delineado, e que sempre estará subjacente ao demais que a seguir se dirá, vejamos agora, o que em especial é estipulado relativamente aos cônjuges, e ex-cônjuges, que como se viu se encontram na primeira categoria dos obrigados à prestação de alimentos.

Já mencionado o casamento, como comunhão de vida, no sentido de cada cônjuge viver não só com o outro, mas para o outro, enriquecendo e afirmando cada uma das pessoas¹⁰, “*a pessoa humana é assim, sede de valores, unidade vivente de relações intersubjectivas, de solidariedade constitutiva: perdendo-se, para se reencontrar; dando-se para enriquecer; negando-se para se afirmar; morrendo para viver*”¹¹, sendo o casamento um quadro de vida particularmente adequado a esta solidariedade.

Deste modo, consignando na lei, artigo 1671.º, na redacção decorrente do DL n.º 496/77, 25.11, que o casamento se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, pertencendo a ambos a direcção da família, acordando sobre a orientação da vida em comum, no atendimento do bem da família mas também os interesses de um e outro, diz-nos o artigo 1672.º, também resultante dessa reforma operada há 40 anos, que os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.

Em conformidade, para o que agora nos interessa, diz-nos o artigo 1675.º, quanto ao Dever de assistência: redacção do DL n.º 496/77, de 25.11.

1. *O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentação e a de contribuição para os encargos da vida familiar.*
2. *O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges.*
3. *Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado, o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge*

1. O pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho é obrigado, desde a data do estabelecimento da paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, sem prejuízo das indemnizações a que por lei ela tenha direito.

2. A mãe pode pedir os alimentos na acção de investigação de paternidade e tem direito a alimentos provisórios se a acção foi proposta antes de decorrido o prazo a que se refere o número anterior, desde que o tribunal considere provável o reconhecimento.

¹⁰ Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez Campos, in Lições de Direito de Família, 3.ª edição, 2017, pág. 227.

¹¹ Diogo Leite Campos, obra citada, pág. 228.

inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal.

E por sua vez,

Artigo 1676.º - dever de contribuir para os encargos da vida familiar: redacção do DL n.º 496/77, de 25.11. e da Lei n.º 61/2008, de 31.10.

1. *O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode se ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos seus filhos.*
2. *Se a contribuição de um dos cônjuges para aos encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, este cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.*
3. *O crédito referido no número anterior só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação.*
4. *Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer um dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.*

Estamos, assim, perante um dever marcadamente económico, compreendendo o dever de prestar alimentos e contribuição para os encargos da vida familiar, incumbindo, a cada um, conforme as suas possibilidades, sem prejuízo de ser cumprido apenas por um, se o outro não estiver em condições de o fazer ou não quiser.

Pode ser cumprido em dinheiro, ou em trabalho, pelo que o cônjuge que ficar em casa, para assumir os encargos da vida doméstica, nomeadamente com os filhos, está a cumprir o dever de assistência nas suas duas vertentes, compreendendo o mesmo, não só o suficiente para que assegurar a alimentação, vestuário e abrigo dos demais membros da família, assim como satisfação as necessidades de educação, sobretudo se existirem criança ou jovens completando a sua formação educativa, mas também abrange o necessário para as actividades culturais, desportivas e lazer, tendo em conta os hábitos correspondentes ao meio social e às efectivas possibilidades económicas do obrigado, para além de uma planificação da vida económica da família, que poderá levar a sacrificar algumas despesas de consumo.

No caso de incumprimento da obrigação, qualquer dos cônjuges, mesmo o devedor, pode pedir a separação de pessoas e bens ou o divórcio neste último caso, por entender que tal determina a rutura definitiva do casamento, o cônjuge lesado pode ainda pedir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.

Voltando à obrigação alimentar,

Artigo 2015.º - Obrigação alimentar relativamente a cônjuges - redacção do DL n.º 496/77, de 25.11.

Na vigência da sociedade conjugal, os cônjuges são reciprocamente obrigados à prestação de alimentos, nos termos do artigo 1675.º.

Isto é, nos termos descritos, na constância do casamento, ainda que haja separação de facto. Neste caso, deixam de existir os encargos normais da vida familiar, ficando assim cada cônjuge obrigado a prestar alimentos ao outro, entendimento não totalmente pacífico¹², contrapondo-se que mesmo havendo separação de facto, pode haver proveito comum, caso de benefícios para cônjuge de comerciante, e decorrentemente, responsabilidade comum, abrangendo assim os encargos da ex-comunidade, e com dispêndio para cada um dos cônjuges.

Mas não só sobre este aspecto encontramos divergências, e alguma perplexidade.

Com efeito, importa aqui abrir um pequeno parêntesis.

Com a vigência da Lei n.º 61/2008, de 31.10, foi alterada um paradigma em termos de fundamento para o divórcio, assumindo-se este como constatação da ruptura da vida conjugal, deixando de relevar a culpa dos cônjuges na ruptura do casamento.

Artigo 1781.º Ruptura do casamento: Lei n.º 61/2008, de 31.10:

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

- a) Separação de facto por um ano consecutivo;*
- b) Alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano, e pela sua gravidade, compromete a possibilidade da vida em comum;*
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;*
- d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento*

Artigo 1782.º - Separação de facto – Lei n.º 61/2008, de 31.10:

- 1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há por parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer;*
- 2. N.º 2, revogado pela Lei.*

Deste modo, e brevemente, constituem fundamentos do divórcio sem consentimento de outro cônjuge, a separação de facto por um ano consecutivo, as alterações das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de um ano e que pela sua gravidade comprometa a possibilidade da vida em comum, a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não

¹² A favor Cristina Araújo Dias, “Do regime de responsabilidade por dívidas dos cônjuges, problemas, críticas e sugestões”, Coimbra Editora, 2009, pág. 948, diversamente, Leite de Campos, obra citada, pág. 320

inferior a um ano e quaisquer outros factos, que independentemente da culpa mostrem a ruptura definitiva do casamento, factos diversos dos anteriormente referidos, consistindo numa situação objectiva, que poderá ser a violação dos deveres conjugais.

Relevantemente, fica afastado o juízo de censura correspondente à culpa, pelo que o autor do divórcio pode ser o cônjuge a quem são imputados os factos que determinam o divórcio.

As causas da separação judicial¹³ de pessoas e bens, são as mesmas que as do divórcio sem consentimento do outro cônjuge por força de remissão legal efectuada¹⁴.

Fechando o parêntesis e voltando ao disposto no artigo 1675.º, que ficou incólume, com a profunda alteração operada pela Lei n.º 61/2008, de 31.10, determina-se no n.º 2, que na separação de facto mantém-se o dever de assistência se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges.

Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal, n.º 3.

Verifica-se, assim, a manutenção do critério da culpa para a determinação e medida da obrigação de alimentos, entendendo-se que tal critério não pode ser aplicado após a vigência da Lei n.º 61/2008, que aboliu a culpa enquanto fundamento no divórcio com reflexo na obrigação alimentar cujo paradigma foi alterado.

De modo diverso, e pugnando pela sua não desconsideração, encontra-se também defensores¹⁵, e assim aplicação no atendimento de um regime específico que se quis salvaguardar.

Em termos jurisprudenciais, na plena aplicabilidade do disposto no 1675.º, *maxime* do seu n.º 3, veja-se acórdão da Relação do Porto (TRP) de 10.04.2014, processo n.º 1764/12.4TBVCD-A.P1, onde se decidiu que, em caso de separação de facto ocorrida já depois da vigência da Lei n.º 61/2008, há que ter por aplicável o regime do n.º 3 do citado artigo 1675.º na sua plenitude; e o Acórdão do TRL de 24.03.2015, processo n.º 6222/14.OT8LRS-A.L1-7, (...) quanto à obrigação alimentar na vigência da sociedade conjugal, a Lei 61/2008 deixou, porém, intocado o regime anterior, nomeadamente os artigos 2015.º e 1675.º (...) o direito a alimentos, antes sujeito a regras idênticas, quer emergisse da separação de facto na vigência do casamento, quer proviesse da relação matrimonial já desfeita, é agora regulado em termos

¹³ Com a ressalva que a referência a “judicial” não será atualmente a mais adequada, na medida que a mesma pode ser obtida por via administrativa, junto da conservatória do registo civil.

¹⁴ Separação judicial de pessoas e bens, Artigo 1794.º remissão: Sem prejuízo dos preceitos desta secção, é aplicável à separação judicial e pessoas e bens, com as necessárias adaptações, o disposto quanto ao divórcio na secção anterior

¹⁵ Tomé d’Almeida Ramião, “O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual”, Quid Juris, 2009, Ana Leal, “Guia Prático da Obrigação de Alimentos”, 2ª edição, Almedina.

diversos, mantendo-se o critério da culpa apenas no caso da separação de facto. (...) mais se salientando esta diversidade de critérios não permite, ao invés do que se fez na sentença recorrida, considerar o artigo 1675.º como “letra morta”, na parte em que enuncia a culpa como elemento determinante da atribuição de alimentos; o sacrifício da norma nessa medida pressuporia que dela se fizesse uma interpretação revogatória ou ab-rogante e esta só é consentida quando, nas palavras de Baptista Machado, “entre as duas disposições legais existe uma contradição insanável”, o que no caso não acontece. (...)

Já antes se mencionara no Acórdão do STJ de 04.11.2010, processo n.º 995/07.3TBCTB.C1.S1, (...) parece socialmente adequado e de inteira justiça que o cônjuge não culpado, ainda que tenha saído da casa por motivos imputáveis ao outro, não possa ser coercivamente compelido à prestação alimentícia a quem deu causa a tal separação.

Tal entendimento, tem consequências na medida dos alimentos a fixar, Acórdão do TRL de 21.04.2016, processo n.º 1390/15.6T8TVD-a.l1-2, a medida dos alimentos conjugais é, nessa situação, diversa da medida dos alimentos gerais, não se circunscrevendo àquilo que seja indispensável ao sustento, habitação e vestuário, antes compreendendo tudo o que esteja de acordo com aquela que era a condição económica e social do agregado familiar, antes da separação. Também no Acórdão do TRL de 18.02.2016, processo n.º 3037/12.3TBCSC.L1-2, na separação de facto, os alimentos a prestar pelo cônjuge obrigado à prestação compreende o necessário para assegurar o mesmo padrão de vida económico e social que o casal mantinha antes da separação, ao invés do que sucede após o divórcio e Acórdão do TRL de 09.06.2015, processo n.º 634/15.9T8VFX.L1-1, a obrigação de alimentos dos cônjuges separados de facto, não se reduz ao indispensável, antes visa manter, tendencialmente, a igualação ao trem de vida económico e social, já alcançado desde a celebração do casamento e que se verificava à data da separação, sem que tal importe a demonstração de uma situação de necessidade de autossubsistência.

Relativamente ao direito a alimentos e seu montante no concerne:

Artigo 2016.º - Divórcio e separação judicial de pessoas e bens – Lei n.º 61/2008, 31.10:

- 1. Cada cônjuge deve prover à sua subsistência depois do divórcio.*
- 2. Qualquer dos cônjuges tem direito a elementos, independentemente do tipo de divórcio.*
- 3. Por razões manifestas de equidade, o direito a alimentos pode ser negado.*
- 4. O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretado a separação judicial de pessoas e bens.*

Artigo 2016.º - A montante dos alimentos:

- 1. Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades do emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus*

rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, toda as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.

2. O tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação do divórcio em favor do ex-cônjuge.

3. O cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do casamento.

4. O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens.

Decretado o divórcio, nos termos do artigo 1788.º, o casamento dissolve-se, cessando assim as relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, artigo 1688.º, como acontece na separação judicial de pessoas e bens¹⁶, sendo que neste último caso, embora não dissolvido o vínculo conjugal, extinguem-se os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos, artigo 1795.ºA.

No entanto o Legislador não deixa de prever a possibilidade da obrigação de alimentos como efeito do divórcio, com notas de controvérsia, no sentido de não existir um consenso no concerne a um fundamento idóneo para obrigar um dos ex-cônjuges a alimentar o outro, em vez de outro elemento da família do alimentando, ou da sociedade, em termos assistenciais¹⁷.

Partilhamos o entendimento, que, o fundamento último, ético e jurídico, da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges encontra-se num princípio de solidariedade pós-conjugal. Não se pode, com efeito, tratar os ex-cônjuges como se nunca houvessem sido casados. É que o divórcio não pode apagar o passado nem obstar ao desenvolvimento actual de determinadas consequências do matrimónio. Trata-se como que de uma eficácia póstuma do vínculo matrimonial, de um efeito ultra-activo do casamento¹⁸.

Voltando à obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, a sua natureza é sobretudo alimentar, não interferindo a culpa, afastando-se, assim, qualquer natureza indemnizatória do direito. A falta de meios é o único pressuposto condicionante do reconhecimento do direito a alimentos, podendo também ser lhe reconhecida natureza compensatória, tendo em conta que na fixação do respectivo montante, importará levar em conta o critério da colaboração prestada pelo credor à economia do casal, que não duplica necessariamente, a tutela prevista já para essa mesma colaboração em sede de obrigação de compensação, nos termos do artigo 1676.º, n.º 2, pois o que releva em sede alimentar é a situação necessidade, a que poderá ter votado o cônjuge que a prestou, independentemente se reunir os requisitos legalmente previstos para fundar o direito à compensação¹⁹.

¹⁶ E na declaração de nulidade ou anulação do casamento

¹⁷ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, Textos de Direito de Família, para Francisco Pereira Coelho, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

¹⁸ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, obra citada, pág. 588.

¹⁹ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, obra citada, pág. 589 e seguintes.

Assim, se em termos de princípio geral, cada ex-cônjuge deve prover à sua subsistência, nesse sentido a obrigação de alimentos assume-se como excepcional e necessariamente transitória, com decorrentes implicações no seu conteúdo, mais restrito, inexistindo o direito a exigir a manutenção de um padrão de vida de que beneficiava na pendência do casamento.

De igual modo o dever de alimentos deve durar durante um curto período transitório, necessário para adaptação do ex-cônjuge mais necessitado, a uma vida economicamente independente, sendo sua, a responsabilidade de prover ao seu sustento, afastando expectativas de perpetuidade.

Releva-se ainda uma cláusula de equidade negativa, *“Por razões manifestas de equidade o direito de alimentos pode ser negado”* – n.º 3 do artigo 2016.º. Trata-se de cláusula geral, conceito indeterminado que cabe ao aplicador definir em função das circunstâncias, podendo questionar-se se para tanto, um conceito igualmente indeterminado de culpa, poderá continuar a consubstanciar um elemento valorativo no âmbito da obrigação de alimentos.

Veja-se o Acórdão do STJ de 03.03.2016, processo n.º 2836/13.3TBCSC.L1.S1, *“embora se tivesse procurado eliminar a apreciação da culpa como factor relevante da atribuição de alimentos, por se querer reduzir a questão ao seu núcleo essencial – a assistência de quem precisa por quem tem possibilidades –, a ideia de culpa não será totalmente alheia à densificação da referida cláusula geral ou conceito indeterminado. Um juízo equitativo, que assenta na procura da solução mais justa para o caso concreto, não pode esquecer o passado comum dos cônjuges, na sua globalidade”*.

Também o Acórdão do TRL de 21.10.2014, processo n.º 2306/09.4TMSNT.L1.1, *“a expressão ‘razões manifestas de equidade’ significa mais do que a mera culpa no divórcio, situação que na anterior redacção do artigo 2016.º excluía o direito a alimentos. O legislador ao abolir a necessidade de averiguar e imputar a culpa no divórcio com as alterações da Lei n.º 61/2008 não quis obviamente “restaurar” essa ideia redenominando a culpa em equidade. As “razões manifestas de equidade” têm, pois, de consistir em circunstâncias de acentuada relevância que tornem imperioso o afastamento daquele dever de solidariedade / dever assistencial. Como situações em que tal deva ocorrer vislumbram-se:*

- a) Os comportamentos do requerente de alimentos que atentem gravemente contra a vida ou integridade física, psíquica ou sexual (v.g. homicídio tentado, maus tratos, coacção, violação) daquele a quem são pedidos alimentos;
- b) Os comportamentos, intencionais ou de grosseira negligência, do requerente de alimentos tendentes a criar a necessidade de alimentos (v.g. dissipação do património, insolvência devido a negócios ruinosos ou actividades criminosas);
- c) Mas também outros padrões comportamentais ligados a circunstâncias marcadamente aptas a produzir efeitos jurídicos, como seja o tempo (que determina importantes figuras jurídicas quanto à aquisição e extinção de direitos, como seja a prescrição, a caducidade, o não uso, a usucapião). Está entre essas situações a situação em que Autor e Ré tendo-se separado, decorridos dois anos de casamento, nessa situação permanecendo durante mais de 48 anos (considerando a data da propositura

da acção – 2009), completamente alheios um ao outro e tendo há muito feito as suas vidas. Os vínculos de solidariedade / assistência decorrentes da vida em comum, já de si ténues dada a exiguidade temporal desta, diluíram-se por completo com o decurso de tão extenso hiato temporal de separação, não se verificando agora qualquer justificação, qualquer razão de ser para a sua imposição”.

Quanto ao montante a fixar, nos termos do 2016.º-A, estabelecem-se os critérios de fixação do montante dos alimentos a prestar, devendo o tribunal tomar em conta, duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades do emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto, assim como uma cláusula geral, isto é, a ponderação de todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades, do cônjuge que recebe alimentos e a possibilidade de quem os presta²⁰, veja-se o Acórdão do STJ, de 28.06.2015, processo 1733/05.0TBCTB.C1.S1, referindo que será sempre de atender situações criadas, “emergentes de uniões matrimoniais, estáveis e duradouras, firmadas há várias décadas, onde foram assumidas obrigações e criadas à luz dos valores então dominantes, fundadas expectativas de perpetuidade do vínculo matrimonial”.

Por sua vez, o Acórdão do STJ de 23.10.2012, processo n.º 320/10.6TBTMR.C1.S1, consigna, “O casamento não cria uma expectativa jurídica de garantia da autossuficiência, durante e após a dissolução do matrimónio, o que consubstanciaria um verdadeiro “seguro de vida”, por não ser concebível a manutenção de um “status económico” atinente a uma relação jurídica já extinta, sendo certo que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio. O direito a alimentos, no actual quadro normativo vigente, é susceptível de ser negado, por razões manifestas de equidade, como acontece quando o carecido, por força do exercício da actividade laboral, por conta de outrem, que antes do divórcio nunca acontecera, pode prover à sua subsistência, por já não ser exigível ao outro ex-cônjuge, que tem de rendimento disponível a quantia de € 315,13, a manutenção de um estatuto económico referente a uma relação jurídica já dissolvida e extinta”; constando do Acórdão do STJ de 23.10.2014, processo n.º 2155/08.7TMLSB-A.L1.S1, “No capítulo das possibilidades do obrigado não conta apenas o rendimento líquido proporcionado pelo exercício da sua profissão ou pelos bens de que é proprietário, devendo ser ponderadas a totalidade do património que constitui a garantia da obrigação”.

Artigo 2019.º - Cessação da obrigação alimentar,

Em todos os casos referidos nos artigos anteriores, cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento, iniciar união de facto ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral.

Uma última nota prende-se com as causas da cessação da obrigação alimentar, apontando-se como exemplos de situações passíveis de preencherem o conceito indeterminado indignidade

²⁰ Diogo Leite de Campos, obra citada, fls. 355,

pelo comportamento moral, a violação do direito à honra, à liberdade ou à integridade física da outra parte, assim como a prática de delitos similares, a instigação nos filhos de sentimentos de desprezo e de rancor pelo alimentante, a utilização de dinheiro em campanha difamatória contra o devedor, a tentativa de homicídio, a denúncia caluniosa, etc. De resto, alguns destes factos seriam já subsumíveis à norma do artigo 2013.º, n.º 1, al. c), (*“Quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado”*). O mesmo sucede quando o credor viola os interesses patrimoniais do devedor, por exemplo, quando macula a imagem do devedor junto da sua entidade patronal e, assim, coloca em perigo o seu posto de trabalho²¹.

3. A prática forense

Para além dos apontamentos jurisprudenciais já efectuados, relativamente a aspectos específicos do enquadramento jurídico realizado, dá-se aqui nota de alguns arestos proferidos nos nossos tribunais superiores, que se debruçaram sobre esta temática, reportando essencialmente as soluções concretamente encontradas, tendo como referência a alteração legislativa operada pela Lei n.º 61/2008, de 30.10, na identificação dos respectivos paradigmas.

3.1. Antes da Lei n.º 61/2008

3.1.1. Atribuição e medida dos alimentos

3.1.1.1. Separação de facto

Acórdão do TRL de 1.07.2003, processo n.º: 3933/2003-7: Numa situação de separação de facto não imputável a qualquer dos cônjuges, considerando que o casamento se mantém, a vida familiar e seus encargos não terminam com a separação de facto, pelo que a “prestação de alimentos” que impende sobre ambos os cônjuges deriva directa e imediatamente do casamento que não se confunde com o “dever de alimentos” genericamente regulado nos artigos 2003º e seguintes que supõe qualquer acordo prévio ou antecedente litigioso. Assim, não fixada a imputabilidade da separação de facto a qualquer dos cônjuges, estes continuam a ter direito a ser mantida a sua posição familiar, ou seja, à contribuição para os encargos da vida familiar.

Já no Acórdão da Relação de Coimbra (TRC), de 20.01.2004, processo n.º: 3261/03:

I - A obrigação de prestar alimentos entre cônjuges separados de facto mantém-se se a separação de facto «não for imputável a qualquer dos cônjuges» (nº 2 do artigo 1675.º do CC), pelo que o cônjuge a quem for imputável a separação, não pode pedir alimentos.

II – O cônjuge necessitado de alimentos tem direito a pedi-los do cônjuge que os possa prestar, mesmo que não tenha sido determinada a culpa, incumbindo ao demandado o ónus de alegar e provar que a culpa é do demandante, se quiser impedir o direito invocado.

²¹ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, obra citada, pág. 616.

III – Os alimentos não têm de ser em montante que necessariamente permitam a manutenção da posição que o credor tinha na anterior relação familiar.

3.1.1.2 Divórcio

Acórdão da TRP, de 20.04.2006, processo n.º: 0631808: Decretado o divórcio com fundamento na separação de facto, sem se ter apurado culpa de qualquer dos cônjuges na dissolução do casamento, porque o quadro factual trazido ao processo não consente qualquer conclusão, apenas se apurando a separação sem mais, deve ser atribuído ao cônjuge não declarado como tal, neste caso por uma razão puramente formal – omissão de qualquer declaração.

3.1.1.3 Meios de prova

Acórdão do STJ de 12.11.2009, processo n.º 10-A/2002.L1.S1: O tribunal pode lançar mão de elementos indiciários (através de prova testemunhal), relativamente ao padrão de vida do obrigado sempre que se mostre difícil o apuramento dos respectivos rendimentos.

Acórdão do TRP de 24.11.2009, processo n.º 235/09.OTMMTS.P1: É nos procedimentos cautelares de alimentos provisórios que mais se impõe ao juiz o uso de presunções judiciais, com ponderação das regras da experiência, para colmatar as dificuldades de apuramento da matéria de facto, a respeito da exatidão dos elementos, devendo assim o juiz interpretar a matéria de facto sumariamente apurada à luz de juízos de verosimilhança, normalidade e de probabilidade – o decretamento de uma providência cautelar é sempre resultado de um assumido juízo provisório.

3.2. Reforma de 2008

3.2.1. Atribuição de alimentos e respectiva medida:

3.2.1.1. Separação de facto

Acórdão do STJ, de 4.05.2010, processo: 111/04.3TBMUR.P1.S1:

A autora vivia em comunhão de vida com o marido e, por isso, estavam os cônjuges reciprocamente vinculados pelo dever de assistência que compreende a obrigação de prestar alimentos e de contribuir para os encargos da vida familiar (artigos 1672.º e 1675.º/1 do Código Civil). O dever de contribuir para os encargos da vida familiar, expressão do dever de alimentos, que encontra assento na imperatividade do regime legal, não pode deixar de ser reconhecido e atribuído se algum dos cônjuges incorrer em incumprimento. Neste caso não se trata sequer de uma obrigação a que o cônjuge se possa eximir com o argumento de que o outro cônjuge deles não carece, apenas podendo ser discutido, a existir diferença de rendimentos ou outras formas de contribuição patrimonial (v.g. prestação de serviços domésticos que não pode deixar de assumir expressão de ordem patrimonial: ver artigo 1676.º/1 do Código Civil), a prestação que deve ser fixada ao cônjuge inadimplente.

Acórdão do STJ de 16.03.2011, processo: 252-A/2002.L1.S1:

O cumprimento judicial do dever de assistência não está condicionado pela alegação e prova, por parte do cônjuge autor, de que se encontra numa situação de necessidade de autossustentação, com base no disposto pelos artigos 1676.º, n.º 3, do CC, e 1416.º, do CPC, ou que está desprovido de recursos económicos, equiparável à situação prevista no artigo 2003.º, n.º 1, do CC, pois que a medida destas prestações, quando pecuniárias, nunca se pode reduzir ao indispensável, sendo antes, quantitativamente, diversa do estabelecido neste normativo legal.

Acórdão do TRP de 20.04.2017, processo n.º 1158/14.7TBPVZ.P1:

Nos alimentos provisórios impera a urgência visando-se, sobretudo, com concisão, garantir ao cônjuge o socorro que o retire da situação de carência em que se encontre, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva.

Com efeito, não se devendo perder de vista a provisoriedade dos alimentos atribuídos, o julgador hoje, como anteriormente, deve usar de um juízo de prudência na averiguação dos pressupostos da atribuição daqueles alimentos e, verificando-se aqueles, fixar com razoabilidade a respectiva prestação.

Porém, enquanto no domínio do anterior Código de Processo Civil a sua prudência estava virada para a medida do estritamente necessário ou indispensável a uma vida condigna, no actual regime, ditado pela eliminação do dispositivo do n.º 2 do artigo 399.º do velho código e a possibilidade de valência da inversão do contencioso, o juízo de prudência deve, em tese geral, reportar-se a um esforço de aproximação do valor da prestação de alimentos provisórios ao critério da definitividade, prevenindo a sua ultrapassagem, em razão da impossibilidade da sua restituição ditada pelo artigo 2007.º, n.º 2, do Código Civil. (...)

Tal como a eventual redução de rendimentos posterior à separação pode tornar inexigível a obrigação de um deles de prover alimentos a favor do outro e determinar, inelutavelmente, uma redução do estatuto económico dos cônjuges na pendência do casamento, uma melhoria apreciável dos rendimentos de um deles, ainda que separados, há-de influenciar, positivamente, pelo menos ao nível da possibilidade de serem prestados, o estatuto do outro enquanto o casamento subsistir, sem que se esqueça, no entanto, que já não fazem vida em comum e que, de facto, a vida separada acarreta acentuada autonomização pessoal e exigências diferentes para cada um deles.

3.2.1.2. Divórcio

Acórdão do TRC, de 22.11.2011, processo n.º: 4503/08.0TBLRA.C:

Não constitui abuso de direito o facto da prestação de alimentos ser requerida por um dos ex-cônjuges contra o outro dezassete anos após a dissolução do casamento por divórcio, se apenas o circunstancialismo o binómio necessidade (de quem requer os alimentos) / possibilidade (de quem os deve prestar), em conformidade com o disposto no artigo 2004.º, atendendo ainda aos parâmetros apontados pelo n.º 3 do artigo 2016.º ocorrer.

Reconhecendo a lei, em caso de divórcio, o direito a alimentos ao ex-cônjuge que se ache nas condições contempladas no artigo 2016.º, não é abusivo o pedido de prestação de alimentos, independentemente do facto do divórcio já haver sido decretado há dezassete anos, pois que se trata do exercício de um direito legalmente previsto, e não fixa a lei qualquer limite temporal para o seu exercício. Saliente-se, ademais, que nesse espaço de tempo poderá ter ocorrido alteração de circunstâncias que justifiquem que o direito legalmente consagrado só agora venha a ser exercido, quer por só actualmente a demandante carecer de alimentos, quer por o obrigado apenas agora ter condições económicas para os prestar.

Acórdão do STJ de 23.10.2012, processo: 320/10.6TBTMR.C1.S1:

O direito a alimentos, no actual quadro normativo vigente, é susceptível de ser negado, por razões manifestas de equidade, como acontece quando o carecido, por força do exercício da actividade laboral, por conta de outrem, que antes do divórcio nunca acontecera, pode prover à sua subsistência, por já não ser exigível ao outro ex-cônjuge, que tem de rendimento disponível a quantia de €359,13, a manutenção de um estatuto económico referente a uma relação jurídica já dissolvida e extinta.

Acórdão do STJ, de 28.06.2012, processo: 1733/05.0TBCTB.C1.S1:

Mostra-se adequado fixar, a título de alimentos, a quantia de € 250,00 mensais ao ex-cônjuge impetrante com o 6.º ano de escolaridade que não trabalha e não aufer rendimentos, sendo que o ex-marido é industrial e aufer para além de outros rendimentos o vencimento declarado de € 1.784,60 numa sociedade de construção civil a qual muito embora possua um passivo elevado conta ainda com 35 trabalhadores.

Acórdão do TRL de 21.01.2014, processo n.º 2489/11.3TBRR.L1-7:

Tendo o ex-cônjuge / credor património imobiliário, deverá atender-se não só aos rendimentos que tais bens lhe proporcionam, mas também à possibilidade da sua alienação com vista a obter proventos que possibilitem a sua subsistência.

Tal possibilidade tem, porém, de ser analisada caso a caso, uma vez que, não é exigível que o credor aliene o seu património imobiliário, se tal implicar, a prazo, ficar o credor exaurido de património e, portanto, do rendimento potencial que o mesmo é capaz de proporcionar, e/ou ficar, até, privado do direito à habitação.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 08.95.2014, processo n.º 2621/12.0TBCL-B.G1:

O facto de os cônjuges terem declarado, em sede de divórcio por mútuo consentimento, prescindir de alimentos, não impede qualquer deles de, alegando a alteração das circunstâncias, exigir a fixação judicial de alimentos.

No caso dos alimentos não pode opor-se a autoridade do caso julgado, podendo a obrigação respectiva ser sempre alterada se as circunstâncias se modificarem supervenientemente.

Acórdão do TRL de 09-07.2015, processo n.º: 7409/12.5TBCSC.L1-7:

Ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge e condenado o R a entregar à A a quantia mensal de € 1.400,00, a título de prestação de alimentos, a ser depositada até dia 8 de cada mês, actualizável, de acordo com os índices de inflação. O apelante e a apelada mantiveram um vínculo, por mais de vinte anos. Durante a permanência desse vínculo, a família por eles formada viveu do trabalho do apelante por conta de outrem e do trabalho da apelada, primeiro por conta de outrem e depois por conta própria, em proporção indeterminada ambos contribuíram para a aquisição de património familiar em proporção indeterminada. O apelante tem cerca de 69 de idade e a apelada cerca de 62, sendo que ambos se encontram doentes. A apelada reside na que foi a casa de morada da família e o apelante em casa arrendada por quantia indeterminada. O apelante é titular de depósitos bancários desconhecendo-se se as quantias depositadas são próprias ou de ambos os ex-cônjuges. O apelante encontra-se reformado auferindo desde 2012 a pensão ilíquida de € 4.840,52. A apelada tem qualificações profissionais para trabalhar e não o faz desde 2011. Neste momento, o apelante por um lado e a apelada por outro, conduzem a sua vida pessoal de um modo muito acima da média nacional sendo que ambos em conjunto são titulares de património imobiliário.

Assim sendo, a prestação de alimentos arbitrada pelo tribunal *a quo*, alicerçando-se num estatuto de vida que seria o do casamento, que a apelada não pode manter por si própria, tendo um valor superior a mais de metade da pensão líquida percebida pelo apelante, não se contém no actual quadro legal, quer quanto ao seu valor mensal, quer quanto à sua actualização (...) Na apreciação do pedido de alimentos entre ex-cônjuges e na fixação da correspondente prestação devem ser arredados quaisquer motivações ou propósitos conexos com a contribuição de cada um dos cônjuges para a extinção do vínculo conjugal e com a preparação de posição de supremacia para a partilha do acervo da sociedade conjugal.

Nestas condições, atento o valor líquido da pensão recebida, afigura-se-nos neste momento como equilibrada, em respeito dos princípios legais supracitados, a importância de € 900,00 mensais, aliás já fixada, a título de alimentos provisórios, no procedimento cautelar respectivo. Atentos esses mesmos princípios e a ausência de fundamento legal para decisão diversa, essa quantia será actualizada na medida em que o venha a ser o valor da pensão de reforma que o apelante recebe.

Acórdão do STJ de 20.02.2014, processo n.º 141/10.6TMSTB.E1.S1:

Relativamente ao réu, apresenta um saldo positivo de exercício bastante inferior ao salário mínimo nacional e tal não consente, razoavelmente, que se condene a prestar alimentos à autora e a contribuir para a sua manutenção. O direito a alimentos, no actual quadro normativo, pode ser negado, por razões manifestas de equidade, como acontece, no caso em análise, devendo a autora, de acordo com a regra geral hoje vigente, prover à sua subsistência, nos termos do estipulado pelo artigo 2016.º, n.ºs 1 e 3, do Código Civil, por não ser exigível ao réu a manutenção de um estatuto económico referente a uma relação jurídica já dissolvida e extinta, sob pena de não lhe ser possível proporcionar a si próprio o que é indispensável ao seu sustento, habitação e vestuário.

Acórdão do TRC de 12.01.2016, processo n.º 1833/13.3TBPBL.C1:

Se ficar provado que o ex-cônjuge trabalha, auferindo o ordenado mínimo nacional que lhe permite acudir ao seu sustento, vestuário e habitação, embora receba por vezes ajuda dos familiares, não deve ser-lhe concedido direito a alimentos apesar de o seu ex-cônjuge auferir cerca de mil euros mensais (embora desconhecendo-se as suas despesas mensais e respectivos valores).

Acórdão do TRG de 09.06.2016, processo n.º 2561/13.5TBVCT-B.G1:

Neste contexto, o direito a alimentos de um ex-cônjuge sobre o outro só pode ser reconhecido em casos excepcionais e de manifesta necessidade. Não é esse o caso quando aquele que peticiona os alimentos tem rendimentos próprios que superam o valor das suas despesas comprovadas.

Acórdão do TRG de 10.11.2016, processo n.º 248/12.5TBCM.N.G1:

No que concerne à capacidade de trabalho do alimentando, caso não se encontre a exercer uma actividade profissional remunerada, deve ter-se em conta a sua formação e qualificação profissional, a idade e o seu estado de saúde, bem assim como a possibilidade real de efectiva ocupação laboral, dada a dificuldade com que se pode deparar em encontrar posto de trabalho em consequência do desemprego e da situação de crise económica com que a nossa sociedade actualmente se confronta.

Acórdão do TRP de 25.01.2016, processo n.º 125973/14.6T8GDM.P1:

I - A prestação do rendimento social de inserção concedida a alimentanda, em circunstâncias de total ausência de rendimentos, não deve ser computada como rendimento da alimentanda para fixação do montante da prestação alimentar, por ser previsível a cessação dessa prestação com o começo do recebimento da prestação alimentar fixada pelo tribunal.

II - Do artigo 2009.º do Código Civil resulta, indirectamente, uma hierarquia, ao menos prática, que faz com que a obrigação alimentar a favor do ex-cônjuge se sobreponha à obrigação alimentar a favor dos ascendentes e dos irmãos.

Acórdão do STJ de 2.04.2017, processo n.º 1412/14.8T8VNG.P1.S1, STJ:

A grande questão que se deve colocar em primeiro lugar é saber se a requerente está impossibilitada ou tem grave dificuldade, total ou parcial, de prover à sua subsistência, seja com os seus bens pessoais seja com o seu trabalho; situação a aferir pelo rendimento produzido pelo património, pelo rendimento de capital e pela sua capacidade de trabalho. Só assim lhe assiste o direito a alimentos a suportar pelo requerido. É ali que reside a origem daquele direito entre divorciados, um requisito essencial e indispensável ao seu reconhecimento, como observámos já. A prova deste requisito é um ónus da requerente por querer beneficiar do direito (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil e artigo 414.º do Código de Processo Civil).

O RSI não é suficiente para a sua subsistência minimamente condigna, mas, só por si, não consente a conclusão de que a requerente não tem condições para, através do desempenho da sua profissão, prover ao seu sustento.

No caso dos autos, acresce um factor da máxima relevância (cfr. artigo 2016.º-A, n.º 1, do CC): Ainda que as partes tenham estado casadas durante cinco anos, apenas coabitaram por um período máximo de dois meses (entre 20 de Maio e Julho de 2011). O reduzidíssimo tempo de convivência no estado de casados permite até que se questione se, no caso dos autos, não estará posto em crise o próprio fundamento da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, a recíproca solidariedade pós-conjugal.

Acórdão do TRG de 9.03.2017, processo: 4992/15.7T8BRG.G1:

A obrigação de alimentos subsiste pelo período de tempo necessário para o alimentado se adaptar às suas novas circunstâncias de vida. Procura-se uma harmonização prática entre as necessidades do alimentado e as vinculações do alimentante, tendo-se também em vista que os efeitos negativos do divórcio se devem repercutir igualmente na esfera de cada um dos cônjuges.

No caso dos autos, volvidos mais de sete anos sobre o divórcio, competia à ré ter diligenciado pela angariação de meios de subsistência, sabido como é, repete-se, que este direito a alimentos tem natureza temporária, deve estar limitado à necessidade determinada por razões de subsistência, não deve perdurar para sempre e, no espírito da nova lei, destina-se apenas a permitir uma reorganização da vida nos primeiros tempos subsequentes ao divórcio, prevalecendo a ideia de que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio.

Acórdão do TRL de 28.09.2017, processo n.º 273/16.2T8AMD.L1-6:

Portanto, a operação a fazer é somar as despesas da Autora, do agregado familiar da Autora, passá-las pelo crivo da necessidade básica, e perceber se este agregado consegue viver no limiar da sobrevivência digna – retribuição mínima mensal garantida. Se conseguir, não demonstrará a Autora a sua necessidade.

O mesmo argumento acerca do limiar da sobrevivência digna importa aqui utilizar, ou seja, há-se presumir que não é possível ao Réu sobreviver com menos do que a RMMG.

Acórdão do TRG de 14.06.2017, processo n.º 1526/16.0T8VCT.G1:

Na verdade, no âmbito do novo regime jurídico do Divórcio, a (única) razão de ser para a manutenção desse dever de assistência, após a dissolução do casamento, é a ideia de que tal contributo poderá em muitas situações ser necessário de modo a permitir que o ex-cônjuge (que tendo investido no projecto matrimonial por exemplo se dedicou à vida familiar e abdicou do trabalho) possa, dentro de um período mais ou menos alargado, mas sempre temporário (até poder angariar meios de subsistência autónomos), reorganizar a sua vida por forma a tornar-se (novamente) independente.

Acórdão do TRC de 24.11.2017, processo n.º 754/12.1TBGRD-G.C1:

Trata-se de assegurar um nível de vida razoável e não apenas o que é indispensável para a sobrevivência, e a obrigação de alimentos subsiste pelo período de tempo suficientemente razoável para o alimentando se adaptar às suas novas circunstâncias de vida (e venha a alcançar a sua autossuficiência, sendo que a permanência numa situação de dependência não deve estar sujeita à inércia voluntária do interessado).

3. Conclusão

Chegados aqui, e até na sequência deste visionamento rápido de algumas das inúmeras decisões proferidas em sede de reconhecimento do direito a alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges, não podemos deixar de salientar o papel relevante que ao Tribunal é atribuído, no apelo constante a juízos de equidade, na tentativa, muitas vezes não conseguida, de sanar conflitos que tem raízes mais profundas do que aquelas que num primeiro olhar se divisam.

No correr dos dias, no silêncio dos gabinetes, continuemos a procura da solução mais justa, equilibrada e que melhor se possa adequar ao caso concreto, na realização da Justiça, que tanto almeja quem a ela recorre, com a humildade e consciência das nossas dificuldades face a situações quase sempre sensíveis e reservadas, de que apenas se vê o reflexo, sem esquecer que muitas vezes, o essencial é invisível para os olhos.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Título:

**II Jornadas de Direito da Família e da Criança –
o Direito e a Prática Forense**

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-35-3

Série: Caderno Especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mi.pt