

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

QUESTÕES DO REGIME GERAL DO PROCESSO TUTELAR CÍVEL

JURISDIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

JULHO 2019

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Banco no edifício do CEJ

Foto

José Garrido - CEJ



Este e-book reproduz a resolução escrita de questões práticas suscitadas por magistrados/as para acções de formação contínua do CEJ, realizadas em Junho de 2017, Maio e Novembro de 2018 no âmbito dos respectivos planos de formação anual.

As respostas foram dadas por um grupo constituído por 7 juízes (Paulo Guerra, Carla Francisco, Fátima Morgado, Helena Lamas, Pedro Raposo Figueiredo, Rogério Feliciano e Susana Santos Silva) e 6 magistrados do Ministério Público (Ana Teresa Leal, Ana Paula Pereira, Fátima Silveira, José António Carvalho, Maria Oliveira Mendes e Pedro Faria).

As respostas correspondem à reflexão pessoal dos seus/as autores/as e permitem que agora a restante comunidade jurídica possa sobre elas incidir o seu olhar crítico.

É mais um e-book da “Coleção Formação Contínua” que continua a cumprir o objectivo do Centro de Estudos Judiciários: disponibilizar em forma de acesso universal conteúdos de excelência.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível

Jurisdição da Família e das Crianças:

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

Chandra Gracias (Juíza de Direito)

Maria Oliveira Mendes (Procuradora da República)

Pedro Raposo Figueiredo (Juiz de Direito)

Coleção:

Formação Contínua

Conceção e organização:

Paulo Guerra (Juiz Desembargador, Diretor Adjunto do CEJ)

Intervenientes: (Colaboração nas respostas)

Ana Teresa Leal

Ana Paula Pereira – Procuradora da República

Carla Francisco – Juíza de Direito

Fátima Morgado – Juíza de Direito

Fátima Silveira – Procuradora da República

Helena Lamas – Juíza de Direito

José António Carvalho – Procurador da República

Maria Oliveira Mendes

Paulo Guerra

Pedro Faria – Procurador da República

Pedro Raposo Figueiredo

Rogério Feliciano – Juiz de Direito

Susana Santos Silva – Juíza de Direito

Revisão final:

Paulo Guerra

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

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

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

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

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

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

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

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

Exemplo:

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

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

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

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –16/07/2019	

Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível

Índice

Capítulo I. Iniciativa Processual	19
1. Tem o Ministério Público legitimidade para,	
(i) em nome próprio, intentar providência tutelar cível com vista à resolução de diferendo relativo a questão de particular importância,	23
(ii) e para, em nome próprio, intentar providência tutelar cível de regulação de convívios entre irmãos e ascendentes?	23
Fátima Silveira	
2. Se for comunicado ao Ministério Público:	24
i) que foi decretada medida de coação ou que foi aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou,	24
ii) que existe situação de grave risco para os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, o Ministério Público tem de requerer sempre, no prazo máximo de 48h, a regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, ou só tem de requerer a regulação ou a alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais se a situação o exigir?	24
Qual deverá ser a atuação se os progenitores continuarem a viver em comunhão de cama, mesa e habitação?	24
Pedro Faria	
3. As entidades mencionadas no artigo 17.º do Regime Geral têm legitimidade processual para todas as providências tutelares cíveis, ou, apenas, quando não exista atribuição específica e expressa dessa legitimidade, como acontece, por exemplo, nos artigos 52.º e 58.º?	27
Atento o disposto no artigo 34.º do Regime Geral, poderá a criança com idade superior a 12 anos ou os seus avós, intentar ação tendente à regulação do exercício das responsabilidades parentais?	27
E se for a pessoa que tem a guarda de facto da criança?	27
Nestas duas últimas situações, a resposta negativa importa necessariamente o recurso obrigatório ao Ministério Público para o efeito? Pode o legislador impô-lo?	30
Pedro Faria José António Carvalho	

4. Guarda de facto - Qual a posição processual, além do direito a recorrer, nos termos do artigo 32.º, n.º 2 do RGPTC, de quem tem a guarda de facto? 30
Susana Santos Silva

5. Há a obrigatoriedade de notificar quem tem a guarda de facto das decisões proferidas quanto à criança? 35
Susana Santos Silva

6. Um/a jovem de 14 anos pode requerer por si próprio/a a alteração do seu regime de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, ao abrigo do disposto no artigo 17.º, n.º 1, do RGPTC, tendo em consideração o disposto no artigo 42.º? 35
Rogério Feliciano

Capítulo II. Competência 37

1. Criança em perigo - Uma criança exposta diretamente a intenso conflito parental, onde se denote exposição a verbalizações e conflitos internos de lealdade, deve ser considerada uma criança em perigo para o seu desenvolvimento e estabilidade psico-emocional, nos termos da al. f) do artigo 3.º da LPCJP, com a consequente instauração de processo de promoção e proteção? 39

No caso afirmativo, o processo deve ser instaurado, desde logo, por apenso ao processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou o expediente deve ser remetido à CPCJ para aí correr termos o respetivo processo? 39
Ana Paula Pereira

2. Na alínea f) do artigo 3.º do RGPTC não faz menção aos processos de suprimento, os quais se incluem ainda no artigo 2.º do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, devemos considerar que, pese embora a ausência de referência, estes processos incluem-se ainda nesta alínea, sendo da competência dos juízos de família e menores? 40
Ana Paula Pereira | Pedro Raposo de Figueiredo

3. Para determinar em sede de processo tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais qual o tribunal territorialmente competente, que critérios devem ser utilizados para definir o conceito de residência habitual? 46
Susana Santos Silva

4. Mãe que mudou de residência no dia 20 de fevereiro e em março instaurou ação no Tribunal da sua nova residência, quando a criança viveu cinco anos noutra localidade mais distante. O espaço de um mês é suficiente para determinar ser neste último local? 48
Susana Santos Silva

- 5.** Que articulação entre o artigo 41.º, n.º 2 do RGPTC e o n.º 5 do artigo 11.º do RGPTC? 48
Susana Santos Silva
- 6.** Em termos de competência territorial, como deve ser interpretada a locução aposta no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Geral: refere-se ao tribunal onde correu termos o processo originário, ou, pelo contrário, ao tribunal da residência da criança no momento da instauração da providência, seja ela nova ou apenas uma decorrência da anterior, como sucede nos casos de incumprimentos ou de alterações da regulação do exercício das responsabilidades parentais? 49
Carla Francisco
- 7.** Competência por Conexão - A apensação de processos por via dos artigos 81.º, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, e 11.º, do Regime Geral, só opera entre processos pendentes ou também, sempre, relativamente a processos findos? 51
Carla Francisco
- 8.** Competência por Conexão - O disposto no artigo 11.º, n.º 1, do Regime Geral regula a apensação de, apenas, uma providência tutelar cível a um processo de promoção e proteção ou a um processo tutelar educativo? E no caso de serem vários processos com a mesma natureza jurídica? 57
Pedro Faria
- 9.** A Competência por conexão prevista no artigo 81.º da LPCJP e no artigo 11.º do RGPTC, opera apenas em relação aos processos pendentes ou também em relação aos processos findos? 59
Como deve ser interpretada a última parte do artigo 11.º, quando refere que havendo conexão é competente o juiz do processo instaurado em primeiro lugar? Que sucede se o processo instaurado em primeiro lugar correu termos em tribunal muito distante da atual residência da criança?
Que orientação deve o Magistrado do MP interlocutor da CPCJ dar quando ali corre termos processo de promoção e proteção e existe no tribunal processo tutelar cível também a correr os seus termos? A sua remessa para efeito de apensação? Que a CPCJ informe o Juiz titular do processo para que este peça o processo? A remessa do processo aos serviços do MP?
José António Carvalho
- 10.** Caso já esteja pendente uma ação de regulação das responsabilidades parentais e entretanto for proposta uma ação de divórcio deverá proceder-se ou não à apensação desta àquela em face do disposto no artigo 11.º, n.º 3 do RGPTC? 60
Rogério Pereira
- 11.** O disposto no artigo 37.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa determina uma conexão processual ou apenas produz efeitos no âmbito do Processo Tutelar Educativo? 62
Carla Francisco

Capítulo III. Audição da criança	63
1. Quando deve ter lugar a audição da criança e em que moldes? Helena Lamas	65
2. A quem devemos recorrer quando é necessário ouvir uma criança ou jovem na presença de psicólogo, se a criança não está a ser acompanhada a esse nível? Deveremos nesse caso recorrer a serviços privados, externos (no âmbito do artigo 22.º do RGPTC)? Rogério Pereira	72
3. Em que termos concretos se recomenda que seja feita a audição da criança/jovem nos processos provenientes da Conservatória do Registo Civil – agora também nos casos que não de divórcio (Lei n.º 5/2017, de 02-03): direta e pessoalmente pelo magistrado do Ministério Público ficando o depoimento lavrado em ata; através de declaração escrita da criança/jovem; por intermédio de técnicos da Segurança Social, ou outro meio? Pedro Faria	72
4. Nos processos que correm termos na Conservatória do Registo Civil a quem compete a audição da criança/jovem? Fátima Silveira	74
5. Nos processos de RERP que correm termos nas CRC é sempre obrigatória a audição da criança? Neste caso, quem deve proceder a tal audição, o Conservador, enquanto titular do processo ou o MP? Sempre que entenda que as crianças, em razão da idade, não devem ser ouvidas, tem o MP no seu parecer e o Conservador, na decisão, de fundamentar as razões da não audição? José António Carvalho	75
6. É obrigatória a audição das crianças e jovens em todas as ações em que seja regulado o exercício das responsabilidades parentais, ainda que se trate de processo judicial em que os respetivos progenitores chegam a acordo aquando da conferência de pais? Fátima Silveira	79
7. A audição de crianças em tribunal - e quando não se ouvem? Paulo Guerra	81
Capítulo IV. Prestação alimentar a filhos maiores	91
1. Um jovem com 18 anos de idade, residente com a respetiva progenitora, apesar de ter ingressado na universidade, constata que o seu progenitor cessou o pagamento da prestação alimentar a que estava vinculado por decisão proferida em ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais: quem é parte legítima para deduzir incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais? Carla Francisco	93

2. Incumprimento de alimentos – Qual o meio processual a utilizar pelo filho maior para cobrar alimentos fixados na menoridade: pode recorrer à ação de incumprimento do artigo 48.º do RGPTC ou deve antes instaurar obrigatoriamente execução especial para cobrança de alimentos? Helena Lamas	95
3. Intervenção do filho maior no caso de ser o progenitor a requerer a fixação do valor da comparticipação do outro progenitor nas despesas: deverá fazer-se intervir o filho maior através do incidente de intervenção principal (caso se considere que sozinho o requerente não tem legitimidade), ou apenas a intervenção acessória do filho, ou nem esta? Helena Lamas	95
4. Qual o meio processual a utilizar pelo progenitor residente para requerer a fixação do valor da comparticipação do outro progenitor nas despesas, não havendo prestação de alimentos fixada na menoridade: na conservatória do registo civil ou um processo judicial, ação especial de alimentos a criança ou uma ação comum? Helena Lamas	96
Capítulo V. Alteração e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais	99
1. No âmbito da ação de alteração das responsabilidades parentais - artigo 42.º RGPTC - deve fazer-se interpretação literal da expressão «incumprimento por ambos», ou bastará o incumprimento culposo de um? Ana Paula Pereira	101
2. Deverá o Incumprimento das Responsabilidades parentais ser tramitado como incidente por apenso ou como ação? Rogério Pereira	103
3. O incumprimento da Regulação das Responsabilidades parentais, se for suscitado oficiosamente, é uma nova ação ou um incidente? Susana Santos Silva	103
4. O incumprimento de alimentos deverá seguir os trâmites do artigo 41.º ou deverá de imediato ser aplicado o disposto no artigo 48.º? Rogério Pereira	108
5. As formas de cobrança previstas no artigo 48.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível só têm aplicação em território nacional? Ou esta norma implica, nos casos em que o obrigado alimentício originário vive e trabalha no estrangeiro, o concomitante recurso por parte do progenitor guardião do menor (ou por parte do Ministério Público) aos vários instrumentos jurídicos convencionais para cobrança de alimentos no estrangeiro? Rogério Pereira	109

- 6.** A iniciativa pode ter lugar por parte do Tribunal (oficiosamente, conforme o artigo 41.º, n.º 1)? Em consequência, pode o Tribunal determinar a intervenção do FGADM; mesmo oficiosamente, apesar do disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Lei 75/98, de 19 de novembro - considerando-se o mesmo derogado?
Rogério Pereira 113
- 7.** Fará sentido aplicar a regra prevista no artigo 41.º, n.º 3 (designação de conferência) quando está em causa tão só um incumprimento da pensão de alimentos? O regime excecional aí mencionado, ou seja, a notificação para exercício do direito de contraditório não será o mais adequado para esses casos?
Rogério Pereira 113
- 8.** O artigo 38.º do RGPTC reza que, na ausência de acordo entre os progenitores na conferência, o juiz suspende a conferência e remete as partes para mediação ou audição técnica especializada. Este procedimento fará sentido quando em causa está o incumprimento da pensão de alimentos?
Rogério Pereira 114
- 9.** Realizada a conferência e dispondo o tribunal de elementos probatórios bastantes para declarar verificado o incumprimento, mas não se alcançando acordo sobre o prazo e os demais termos do pagamento dos alimentos vencidos, deve imediatamente usar-se os meios coercivos do artigo 48.º, para pagamento dos alimentos vencidos e para pontual pagamento das prestações vincendas?
Rogério Pereira 115
- 10.** Optando-se desde logo pelos meios coercivos e procedimento pré-executivo do artigo 48º, no caso de inviabilidade do pagamento pelos referidos meios, de que modo é possível proferir a decisão de incumprimento da obrigação alimentar que permita, verificados os respetivos requisitos legais, a imposição de obrigação substitutiva do FGADM?
Rogério Pereira 115
- 11.** Deve fazer-se cessar a obrigação substitutiva do FGADM logo que seja viável o pagamento das prestações alimentares vincendas à custa do património do devedor e pelos meios coercivos do artigo 48.º, mesmo que não seja possível à custa dele obter-se o pagamento dos alimentos vencidos em prazo razoável? Ou, em tais casos, considerando a ordem legal supletiva da imputação do pagamento das obrigações pecuniárias, é legítima a manutenção da intervenção substitutiva do FGADM, imputando-se os pagamentos provenientes do património do devedor na solvência da dívida vencida?
Rogério Pereira 116

- 12.** Cessando a ação de incumprimento para efetivação da prestação de alimentos (artigo 48.º do RGPTC), por impossibilidade superveniente da lide decorrente da ausência de rendimentos do progenitor/devedor, mas apurando-se posteriormente que o mesmo devedor iniciou nova atividade laboral e tem rendimentos, poderá renovar-se a instância, ou haverá que instaurar novo procedimento?
Helena Lamas 118
- 13.** Num incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais, estando em causa apenas a falta de pagamento da pensão alimentar, como deverá proceder-se: notificar-se o requerido, conforme artigo 41.º, n.º 3, do Regime Geral, com posterior marcação de conferência, lançar-se mão da mediação ou da audiência técnica especializada, ou realizarem-se apenas as diligências instrutórias necessárias à comprovação da invocada omissão de pagamento, podendo/devendo proferir-se, findas as mesmas, decisão?
Carla Francisco 119
- 14.** Nos autos de incidente de incumprimento em que se processa o desconto na retribuição auferida pelo progenitor, funcionário público, para pagamento da pensão de alimentos que se for vencendo, é junta comunicação do Tribunal de Comércio segundo a qual o requerido foi declarado insolvente por sentença transitada em julgado: o magistrado do Ministério Público deve promover que o desconto prossiga nos precisos termos em que estava a ser efetuado, informando-se de tal circunstância o processo de insolvência, ou deve promover a sua imediata cessação, remetendo todos os elementos pertinentes relativos ao crédito de alimentos ao magistrado do Ministério Público junto do Tribunal de Comércio?
Pedro Faria 120
- 15.** Deve sempre fixar-se a obrigação de alimentos ao progenitor não guardião, ainda que não lhe sejam conhecidos rendimentos, direitos patrimoniais ou bens?
Pedro Faria | Pedro Raposo de Figueiredo 121
- 16.** Num processo de regulação das responsabilidades parentais a prestação de alimentos, a cargo do progenitor não guardião, foi regulada nos seguintes termos:
a) O pai pagará, a título de alimentos, a quantia mensal de Euros: 250 (duzentos e cinquenta euros), valor que creditará em conta bancária titulada pela requerente mãe, e de que o mesmo tem já conhecimento, até ao dia 05 do mês a que disser respeito e será atualizado anualmente, no mês de Janeiro, em função do índice de atualização das rendas previsto anualmente para o ano civil seguinte;
b) O pai suportará ainda metade das despesas com o menor, nomeadamente de saúde (médicas e medicamentosas, aparelhos ou materiais médicos, como por exemplo óculos ou de natureza estomatológica), bem como despesas educativas e escolares (nomeadamente, as explicações e livros escolares) mediante apresentação dos respetivos documentos comprovativos.
A mãe instaurou incidente de incumprimento invocando a falta de pagamento 125

da comparticipação relativa às explicações do filho e às despesas com a visita de estudo a Barcelona, realizada pela escola, que mesmo integrou.

O pai contesta a ação, alegando que não lhe foi pedida opinião sobre a frequência das explicações nem sobre a participação na referida visita de estudo e que em momento algum autorizou tais atos, o que se provou.

Quid iuris?

Pedro Raposo de Figueiredo

Capítulo VI. Acordo Tutelar Cível – art.º 112.º-A da L.P.C.J.P.

129

1. Qual a tramitação subsequente do processo de promoção e proteção quando, no âmbito do artigo 112.º-A da Lei de Proteção, se frustra a possibilidade de acordo tutelar cível adequado que lhe ponha termo?

131

Carla Francisco

2. Se no âmbito do referido artigo 112.º-A, o acordo tutelar cível passar por confiar a criança, por exemplo, a uma vizinha, até por existir entre ambas recíproca afeição, uma vez que os seus progenitores, embora conviventes, carecem de competências parentais, mas estes não dão o seu acordo, seguem-se os trâmites dos artigos 38.º a 40.º do Regime Geral, ex vi artigo 112.º-A, ou, eventualmente, os trâmites a que alude o artigo 67.º do Regime Geral?

133

Fátima Silveira

3. O artigo 112.º-A da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo vem prever a permeabilidade entre as áreas da promoção e proteção e tutelar cível. A possibilidade de o acordo alcançado no âmbito da promoção e proteção ter eficácia em sede tutelar cível constitui um avanço notável, que vem permitir a agilização dos processos e uma definição muito mais expedita do projeto de vida das crianças. Mas, também aqui, se colocam dúvidas. Será que pode ser designada data para a conferência em sede de revisão da medida? Da conjugação dos artigos 110.º, n.º 1, al. b), e 112.º-A resulta que a conferência só pode ser designada imediatamente após a fase de instrução e não em sede de revisão da medida aplicada?

134

Rogério Pereira

4. No despacho inicial ou após o encerramento da instrução, considerando-se cessada a situação de perigo que deu origem ao processo, mas mostrando-se necessário regular o exercício das responsabilidades parentais, deve ser proferido despacho de arquivamento do processo de promoção e proteção e instaurada, autonomamente, a competente ação tutelar cível, ou deve ser designada data para conferência, ao abrigo do disposto no artigo 112.º-A da LPCJP?

135

Ana Teresa Leal

Capítulo VII. Recursos

137

1. Qual o prazo de interposição de recurso no caso de ser proferida sentença de incumprimento das responsabilidades parentais atenta a redação do artigo

139

Capítulo VIII. Limitação do exercício das responsabilidades parentais

141

1. O artigo 58.º do RGPTC dispõe: «O Ministério Público, qualquer familiar da criança ou pessoa a cuja guarda esteja confiada, ainda que de facto, podem requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo 1920.º do Código Civil, ou outras que se mostrem necessárias, quando a má administração de qualquer dos pais ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais.»

143

Este normativo só se aplica a situações de má administração?

Nos outros casos em que a limitação incide também sobre os aspetos pessoais? Trata-se de uma ação tutelar comum, (artigo 67.º do RGPTC)? Ou aplica-se analogicamente esta norma?

Existirá fundamento legal de aplicabilidade dos artigos 1913.º e 1918.º do Código Civil, em face da previsão legislativa especial existente na Lei n.º 147/99, de 01 de setembro (LEI DE PROTECÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO), ou seja, tendo sido criado um regime especial de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo, ainda existirá necessidade de recorrer aos supramencionados artigos do Código Civil?

Ana Paula Pereira

Capítulo IX. Confiança de criança a terceira pessoa

147

1. Estando o regime substantivo da confiança de menor a terceiro previsto no Código Civil no Livro IV, Capítulo II, Secção II, subsecção V (Inibição e limitações ao exercício das responsabilidades parentais), e prevendo o Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, nos artigos 52.º e seguintes (secção V) um processo especial de Inibição e limitação ao exercício das responsabilidades parentais, que fundamentos poderão subsistir para se recorrer à ação tutelar comum, como é prática judiciária, para tramitar processo em que se visa a confiança da criança a terceiro nos termos do artigo 1918.º do Código Civil?

149

José António Carvalho

Capítulo X. Deslocação da criança/ rapto internacional

151

1. Um progenitor obtém no Brasil uma decisão liminar em providência cautelar, concedendo autorização de viagem com a criança para Portugal e permanência no nosso país pelo período de 2 anos, se não regressar após o decurso de tal prazo, inviabilizando a convivência familiar, e tendo a decisão em causa sido reconhecida em Portugal, é o tribunal português internacionalmente competente para conhecer da ação referente à alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais, fixado no Brasil? Pode entender-se que a decisão proferida no Brasil e reconhecida em Portugal perde a sua validade ao fim de dois anos? Decorrido este prazo sem que o outro progenitor aceite a permanência do filho em Portugal passamos a estar perante uma situação de deslocação ilícita para efeitos de aplicação da Convenção de Haia de 1980?

153

Helena Lamas

2. Pode um progenitor a quem foram atribuídos, em exclusivo, a guarda e o exercício do poder paternal, no âmbito da redação anterior à Lei n.º 61/2008, levar consigo o filho menor para a Holanda e aí fixar residência, sem o conhecimento e consentimento do outro progenitor que tinha o direito de visita? Concretizada a deslocação da criança e propondo esta última ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais deve a mesma correr termos nos tribunais portugueses ou nos tribunais da Holanda? Maria Oliveira Mendes	155
3. O processo especial de entrega judicial de criança, previsto no artigo 49.º do RGPTC, é o processo adequado ao pedido de regresso em caso de rapto internacional, previsto no artigo 11.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de novembro de 2003? José António Carvalho	158
Capítulo XI. Exames médicos e psicológicos	159
1. É possível impor-se aos pais a sua realização de exames médicos ou psicológicos, se forem eles o objeto dos mesmos? E se tais exames tiverem por objeto a criança, os pais têm que dar autorização? José António Carvalho	161
Capítulo XII. Vícios do Acordo	163
1. Poderá o acordo dado no processo tutelar cível estar sujeito a vícios de vontade, nomeadamente erro e coação? Helena Lamas	165
Capítulo XIII. Residência Alternada	167
1. É de decretar a residência alternada em situações em que entre os progenitores exista algum conflito? Pode haver fixação de residência alternada contra a vontade de um dos progenitores? Pedro Faria	169
Capítulo XIV. Caráter reservado do processo	171
1. Como se compagina o carácter reservado dos autos, enunciado no artigo 33.º, n.º 2, do RGPTC com o exercício do princípio do contraditório, previsto no artigo 25.º, quanto a informações, relatórios, pareceres, e outros elementos instrutórios documentados nos autos? Devem notificar-se os intervenientes processuais para, querendo, consultarem os autos, como é prática assente no âmbito dos processos de promoção e proteção, ou, devem ser-lhes remetidas	173

cópia de tais peças, com a menção expressa que ficam vinculados ao dever de reserva?

Pedro Faria

Capítulo XV. Nomeação de Defensor

175

1. Nas situações previstas no artigo 36.º do RGPTC, sob a epígrafe “ausência dos pais”, sempre que um dos pais esteja ausente em parte incerta deve nomear-se Advogado ao ausente, por aplicação do artigo 21.º do CPC, assegurando assim a defesa dos seus direitos e o princípio do contraditório?

177

Susana Santos Silva

Capítulo XVI. Ausência dos pais na Conferência e natureza urgente do processo

181

1. O artigo 37.º, n.º 3, do RGPTC, dispõe: «Se faltarem um ou ambos os pais e não se fizerem representar, o juiz ouve as pessoas que estejam presentes, fazendo exarar em auto as suas declarações, e manda proceder às diligências de instrução necessárias, nos termos previstos no artigo 21.º e decide».

183

Neste preceito, ao contrário do que acontece no n.º 6 do artigo 39.º, não está prevista a audição do Ministério Público. Foi mero esquecimento do legislador?

Ana Paula Pereira

2. A natureza urgente do processo, nos termos do artigo 13.º RGPTC tem de ser fixada, nos termos do artigo 13.º do RGPTC pelo juiz, por despacho?

184

Tem de acontecer no início do processo ou pode acontecer em momento posterior?

O despacho que fixa a urgência tem de ser fundamentado?

Susana Santos Silva

Capítulo XVII. Acompanhamento pós sentencial

187

1. Depois de proferida, e transitada em julgado, sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais, com o estabelecimento de contactos condicionados, supervisionados na sua execução, ou, até, com a própria suspensão do regime convival, tudo nos termos do artigo 40.º do Regime Geral, deve proceder-se:

189

- Como se a sentença funcionasse apenas uma regulação provisória, continuando o processo a ser periodicamente movimentado (com vista e conclusão), mesmo sem iniciativa processual do requerente/requerido, por forma a que o Tribunal avalie da sua execução, introduzindo os ajustamentos relevantes, ou,

- Tendo a sentença transitado em julgado, uma eventual modificação do quadro convival deve efetuar-se nos termos gerais, com eventual propositura de ação de alteração do exercício das responsabilidades parentais?

Fátima Silveira

2. Quando na regulação do exercício das responsabilidades parentais se clausular os convívios supervisionados ou as trocas à luz do artigo 40.º, n.º 6,

190

do RGPTC impõe-se sempre a obrigação de fixar um prazo concreto de acompanhamento dos convívios, ou antes poderá este acompanhamento perdurar sem prazo determinado concretamente (por exemplo enquanto se mantiver o processo de reaproximação do filho ao progenitor não residente ou o conflito entre os progenitores)?

Susana Santos Silva

Capítulo XVIII. Mediação Familiar

195

1. Que eficácia pode ter o recurso à Mediação Familiar?

197

Fará sentido o recurso obrigatório à Mediação Familiar aquando da propositura da ação?

Susana Santos Silva

2. Pode o juiz optar por remeter as partes para a Audição Técnica Especializada, quando estejam reunidas as condições para haver lugar a Mediação?

199

Ana Teresa Leal

3. Que custo comporta para as partes o recurso à mediação?

202

Ana Teresa Leal

4. Como se processa o pedido de intervenção dos serviços de mediação pública por parte do tribunal?

203

Ana Teresa Leal

Capítulo XIX. Averiguação oficiosa de paternidade

205

1. Este processo continua a ser um processo judicial, perante o teor do artigo 123.º, al. I), da Lei Orgânica do Sistema Judiciário, ou é, atualmente, um processo da competência exclusiva do Ministério Público?

207

Nesta última hipótese, poderão ser aplicados os mecanismos sancionatórios decorrentes da falta de comparência de um dos intervenientes previstos no Código de Processo Civil?

Pedro Faria

2. Finda a instrução e concluindo pela viabilidade da ação de investigação de maternidade ou paternidade ou de impugnação desta, o Ministério Público tem que proferir despacho de viabilidade ou pode/deve propor, desde logo, a ação sem necessidade de proferir tal despacho?

209

Maria Oliveira Mendes

Capítulo I.

INICIATIVA PROCESSUAL

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. INICIATIVA PROCESSUAL

Tem o Ministério Público legitimidade para,

(i) Em nome próprio, intentar providência tutelar cível com vista à resolução de diferendo relativo a questão de particular importância,

(ii) E para, em nome próprio, intentar providência tutelar cível de regulação de convívios entre irmãos e ascendentes?

Enquadramento

A resposta às duas questões não pode ser dada sem o breve enquadramento legal da competência do Ministério Público no que a esta matéria diz respeito.

O Ministério Público integra a função jurisdicional do Estado. E compete-lhe “representar o Estado e defender os interesses que a Lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da Lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”, conforme estabelece o artigo 219.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Por definição legal representa o Estado e defende os interesses que a Lei determinar – artigo 1.º, da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro (Estatuto do Ministério Público).

Tem, pois, a seu cargo a representação do Estado e dos incapazes, onde se incluem naturalmente as crianças, (bem como exerce as demais funções que lhe são atribuídas por Lei) – artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e p), do EMP.

E nestes casos tem intervenção principal nos processos – artigo 5.º, n.º 1, a), c) e g), do EMP.

Deve fazer-se a distinção se o MP age em nome próprio ou em representação de outrem e se atua com mero patrocínio.

É que neste caso a sua representação cessa com a constituição de advogado. Ou mesmo cessa a sua intervenção principal se os representantes legais a ela se opuserem por requerimento no processo, no caso da representação de incapazes, leia-se agora crianças, como prevê o artigo 5.º, n.º 3, do EMP.

Mas será isto aplicável à competência e à intervenção do Ministério Público na jurisdição de família e menores.

Creemos que não.

Na verdade, a competência da intervenção do Ministério Público nesta jurisdição decorre desde logo da representação do Estado como Comunidade. Tem a seu cargo a defesa do superior interesse da criança.

Facilmente se percebe que as responsabilidades parentais revelam interesse público, características de ordem pública.

Por isso, não cessa a competência ou a intervenção do Ministério Público, nem é afastado se os representantes legais se opuserem ou se foi atribuída a representação de uma concreta criança a um advogado, como agora prevê o artigo 18.º, n.º 2, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

Tradicionalmente o Ministério Público propõe as ações tutelares cíveis em representação de uma concreta criança, na esteira do previsto na Organização Tutelar de Menores (OTM).

Mas um novo paradigma já fora implementado com a intervenção do Ministério Público nos âmbitos da promoção e proteção e tutelar educativa, reforçada agora no âmbito tutelar cível, intensificando-se, em meu entender, as competências do Ministério Público.

Estabelece o artigo 17.º, n.º 1, do RGPTC que a **iniciativa processual** compete ao **Ministério Público**, à criança com idade superior a 12 anos, aos ascendentes, aos irmãos e ao representante legal da criança.

Daqui decorre que o Ministério Público pode, por si ou em representação da criança, propor providências tutelares cíveis.

Pois, compete-lhe também especialmente representar as crianças em juízo, intentando ações em seu nome, requerendo ações de regulação e a defesa dos seus direitos e usando de quaisquer meios judiciais necessários à defesa dos seus direitos e superior interesse.

Tal como compete de um modo especial ao Ministério Público representar as crianças e jovens em perigo, propondo ações, requerendo providências tutelares cíveis e usando de quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e à sua proteção, nos termos do artigo.72.º, n.º 3, da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP).

Em suma, numa primeira leitura poderíamos concluir que o Ministério Público tinha apenas a iniciativa processual, propondo as ações em representação das crianças, como era tradicionalmente entendido à luz da OTM.

Mas face à previsão do artigo 17.º, do RGPTC, defendo que não continua a ser assim.

I. **A)** Respondendo agora diretamente à questão formulada **se o Ministério Público tem legitimidade para, em nome próprio, intentar providência tutelar cível com vista à resolução de diferendo relativo a questão de particular importância**, entendo que sim.

A ação por falta de acordo dos pais, quanto a questões de particular importância está prevista nos artigos 3.º, al. c) e 44.º, do RGPTC.

Reporta-se à decisão sobre alguma das questões de particular importância para a vida do filho, cujo exercício é atribuído a ambos os progenitores, a decisão é conjunta, ou seja em comum, mas em que estes não conseguem alcançar o acordo – artigo 1906.º, n.º 1, do Código Civil.

Numa primeira abordagem pode parecer que a legitimidade ativa apenas competia aos pais, a quem compete decidir tais questões.

Contudo, a legitimidade ativa do Ministério Público decorre agora do artigo 17.º, n.º 1, do RGPTC que lhe atribui a iniciativa processual. Este artigo faz uma clara distinção entre a iniciativa processual do Ministério Público e a iniciativa processual da criança com mais de 12 anos, dos ascendentes, irmãos e representantes legais.

É verdade que compete especialmente ao Ministério Público representar as crianças em juízo, intentar ações em seu nome, requerendo ações de regulação e a defesa dos seus direitos e usando de quaisquer meios judiciais necessários à defesa dos seus direitos e superior interesse, como estabelece o n.º 2 daquele artigo.

Mas a circunstância de poder intentar ações em nome da criança, como é prática comum, não afasta a possibilidade de o poder fazer em nome próprio de acordo com o referido no seu n.º 1.

O que é, desde logo, justificável no que respeita à questão concretamente formulada por se tratar de questões de particular importância, questões do núcleo de decisões essenciais para a vida da criança. O que tem subjacente sempre o interesse público. Na verdade, as responsabilidades parentais são também questões de ordem pública e não versam apenas sobre a vida privada dos pais, embora em primeira linha a esta respeitem.

I. **B)** Respondendo à questão **se o Ministério Público tem legitimidade para, em nome próprio, intentar providência tutelar cível de regulação de convívios entre irmãos e ascendentes?**

Trata-se de uma Ação Tutelar Comum, prevista nos artigos 3.º, n.º 1, al. l), e 67.º, do RGPTC.

É o meio processual de concretização do direito ao convívio com os irmãos e avós, previsto no artigo 1887.º-A, do Código Civil.

Reporta-se ao direito da criança manter contactos com estes membros família alargada, com quem tenha uma relação de afeto ou, acrescento eu, possa vir a desenvolver relações de afeto.

Tem o Ministério Público legitimidade ativa para em nome próprio propor esta ação. A resposta pela mesma ordem de razões acima apontada deve ser positiva.

No entanto, só o deve fazer se tal convívio for ao encontro do superior interesse daquela criança concreta.

O Ministério Público não representa os avós, nem os irmãos, se maiores, nem lhe compete defender os interesses destes, e muito menos se não coincidentes com os interesses da criança.

E neste sentido será mais avisado que o faça em representação da criança.

Fátima Silveira

Se for comunicado ao Ministério Público:

i) Que foi decretada medida de coação ou que foi aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou,

ii) Que existe situação de grave risco para os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, o Ministério Público tem de requerer sempre, no prazo máximo de 48h, a regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, ou só tem de requerer a regulação ou a alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais se a situação o exigir?

Qual deverá ser a atuação se os progenitores continuarem a viver em comunhão de cama, mesa e habitação?

Na resposta a esta questão há que distinguir as duas hipóteses previstas no artigo 44.º-A, do RGPTC.

Assim, sendo aplicada medida de coação que preveja a proibição de contactos entre os progenitores, existe uma situação de efetiva separação que resulta da aplicação de tal medida e que, por isso, se impõe de forma absoluta à vontade dos progenitores.

Nesta particular situação há, pelo menos, uma interrupção da vida em comum que se traduz numa alteração profunda da dinâmica familiar que equivale, sem qualquer reserva, a uma separação de facto.

Assim, o contexto de vida da criança ou do jovem enquadra-se na estatuição do artigo 1906.º Código Civil, não havendo margem para avaliar da necessidade ou da adequação de uma regulação do exercício das responsabilidades parentais. A regulação impõe-se.

Note-se, aliás, que a redação dada pela Lei n.º 24/2017 ao artigo 31.º da Lei n.º 112/2009, que estabelece o regime jurídico de prevenção à violência doméstica e de apoio às suas vítimas, inculca precisamente este desígnio do legislador, impondo a comunicação ao Ministério Público da jurisdição de família e menores da aplicação da medida de coação, com expressa finalidade de ser promovida a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

A arquitetura legal, sustentada num conjunto de normas de sentido uniforme, visa responder aos efeitos que a aplicação da medida de coação tem sobre o contexto de vida dos filhos, procurando evitar que as consequências da violência não afetem ainda mais gravemente o seu desenvolvimento e o seu bem-estar.

A separação dos progenitores num cenário de violência tem também como consequência a determinação muito célere da residência dos filhos, da forma como serão tomadas as decisões que lhes dizem respeito, de como serão estruturados os seus tempos, os convívios e contactos com o progenitor não residente e que este participe de forma relevante na realização das suas necessidades materiais.

Quanto à segunda hipótese normativa, num cenário de violência que pode até não constituir objeto de inquérito e em que a vítima não consegue ainda organizar-se para compreender a gravidade da situação familiar e o seu impacto nos filhos, entende-se que a teleologia do artigo 44.º-A, n.º 1, do RGPTC, não permite concluir pela imediata instauração da providência tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais.

Assim, note-se:

- O segundo segmento do artigo 41.º RGPTC apela a conceitos indeterminados que impõem uma avaliação casuística (grave risco para os direitos e para a segurança das vítimas de violência doméstica);
- Não se restringe a uma situação de violência doméstica mas refere-se também a situações de maus tratos de que sejam vítimas os filhos ou outros elementos do agregado familiar;
- A aquisição da notícia sobre estas realidades pode ser feita por qualquer forma (atendimento, comunicação da C.P.C.J. ou da escola, por exemplo) e não prescinde de um processo de indagação sumária, de natureza urgente, recolhendo elementos que permitam um juízo de verosimilhança sobre o conteúdo de tal notícia;
- Importa também aferir se o exercício das responsabilidades parentais é a resposta mais eficaz para salvaguarda dos filhos ou se se impõe uma intervenção urgente de promoção e proteção, desde logo se nenhum dos progenitores está, no momento, capacitado para garantir a segurança dos filhos.

Pense-se, por exemplo, numa situação de violência doméstica em que a vítima, pela sua especial vulnerabilidade, não tem capacidade para tomar a iniciativa de pôr termo à relação; ou pense-se numa situação de encobrimento de abusos sexuais por parte de um dos progenitores: em situações desta natureza, a regulação urgente com fixação de residência junto de outro familiar poderá ser uma resposta eficaz, mas não ser de todo possível, situação em que não fará sentido avançar com a providência tutelar cível.

Assim, nas situações previstas no segundo segmento do artigo 44.º-A, n.º 1, do RGPTC a regulação das responsabilidades parentais ou a sua alteração, está dependente de um juízo prévio por parte do Ministério Público, que tem que avaliar a verificação dos pressupostos e também a adequação da providência para oferecer uma resposta imediata que salvguarde o interesse dos filhos.

A regulação ou a alteração das responsabilidades parentais tem que ponderar o contexto de vida dos filhos mas não constitui uma ferramenta para resolver problemas que são próprios dos progenitores.

Persistindo a comunhão de vida e o contexto de violência, mesmo após a aplicação da medida de coação, e estando até já fixado regime provisório, ao Ministério Público caberá uma de duas ações: a alteração da residência dos filhos para junto de outros familiares ou terceira pessoa de referência para a criança ou jovem (o que poderá ser feito por alteração do regime provisório no processo pendente), ou a instauração de processo de promoção e proteção por apenso ao processo tutelar cível nos termos do artigo 27.º, n.º 3, do RGPTC, uma vez que estejam verificados os pressupostos do artigo 3.º da L.P.C.J.P.

De um ponto de vista mais prático, estando ainda em execução medida de coação de proibição de contactos, deverá ser dado conhecimento ao inquérito ou ao processo a fim de ser ponderada a alteração da medida de coação.

Pedro Faria

As entidades mencionadas no artigo 17.º do Regime Geral têm legitimidade processual para todas as providências tutelares cíveis, ou, apenas, quando não exista atribuição específica e expressa dessa legitimidade, como acontece, por exemplo, nos artigos 52.º e 58.º?

Atento o disposto no artigo 34.º do Regime Geral, poderá a criança com idade superior a 12 anos ou os seus avós, intentar ação tendente à regulação do exercício das responsabilidades parentais?

E se for a pessoa que tem a guarda de facto da criança?

Nestas duas últimas situações, a resposta negativa importa necessariamente o recurso obrigatório ao Ministério Público para o efeito? Pode o legislador impô-lo?

I – O artigo 17.º do RGPTC atribui legitimidade para requerer as providências tutelares cíveis previstas no Regime Geral ao Ministério Público, à criança com idade superior a 12 anos, aos ascendentes, aos irmãos e ao representante legal da criança.

Esta primeira enunciação dos titulares de iniciativa processual é como que uma declaração de princípio, uma vez que ao longo do regime geral observam-se variações sobre a atribuição de legitimidade.

Tomem-se como exemplo os artigos 52.º e 58.º do RGPTC: as providências de inibição e de limitação ao exercício das responsabilidades parentais podem ser requeridas pelo Ministério Público, por qualquer familiar da criança ou pelo guardião de facto.

As normas em causa alargam a legitimidade a todos os familiares e ao guardião de facto, o que se compreende considerando a realidade que subjaz à providência e a necessidade de garantir que situações com particular impacto na vida dos filhos possam ser levadas a juízo a fim de garantir a sua salvaguarda.

A concreta formulação da norma exclui, desde logo, das pessoas legitimadas para a intervenção, a criança com idade superior a 12 anos. Esta exclusão é claramente intencional e significativa, considerando o substrato material que funda as providências e o impacto do respetivo escopo.

Mas há outras situações em que a Lei reconforma a legitimidade: a regulação urgente apenas poderá ser requerida pelo Ministério Público (artigo 44.º-A, do RGPTC); a fixação de alimentos ou a sua alteração pode ser requerida pelo representante legal, pelo Ministério Público, pela pessoa à guarda de quem aquela se encontra ou pelo diretor da instituição de acolhimento a quem tenha sido confiada (pressupondo que não é o seu legal representante como consequência de regulação das responsabilidades parentais) (artigo 45.º, n.º 1, do RGPTC); o progenitor que é confrontado com incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais (artigo 41º, n.º 1, do RGPTC); o Ministério Público, os progenitores ou o representante legal por força de regulação a terceira pessoa, no caso de alteração do

regime (artigo 42.º do RGPTC); os progenitores quando não estejam de acordo em questões de particular importância (ver artigo 44.º do RGPTC).

Noutras situações, a Lei nada diz, deixando em aberto a iniciativa processual, que poderá ser do Ministério Público ou de qualquer uma das pessoas que se encontram identificadas no artigo 17.º do RGPTC a entrega judicial de criança prevista no artigo 49º do RGPTC ou a ação tutelar comum prevista no artigo 67.º do RGPTC.

Ora, aqui chegados impõe-se perguntar: se o legislador, que, de acordo com o artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil se presume ter consagrado as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, estabelece uma norma de legitimidade abrangente no artigo 17.º RGPTC, por que motivo faz novos recortes de legitimidade para requerer determinadas providências?

Não pode deixar de se considerar que esta técnica legislativa traduz uma intencionalidade, que não se trata, afinal, de uma redundância.

Para quê repetir o óbvio, por exemplo, referindo especificamente o Ministério Público nas normas relativas a determinadas providências?

A verdade é que o legislador atendeu às especificidades e finalidades das providências para afinar o leque de legitimados a requerê-las, ponderando a delicadeza das relações familiares e a preservação das relações jurídicas que se estabelecem entre os seus elementos.

Não fará sentido que a avó da progenitora residente suscite o incumprimento do regime na vertente de alimentos ou de visitas por parte do progenitor, quando não lhe cabe qualquer papel juridicamente atendível no exercício das responsabilidades parentais.

Nessas situações, a avó comunicará ao Ministério Público que indagará e avaliará a situação da criança e, representando o seu interesse, interporá ou não a competente providência.

Esta é também uma forma de resguardar os filhos de eventuais conflitos, discordâncias ou mesmo ingerências que sejam desestabilizadoras.

A avó ou o irmão já terão legitimidade para suscitar uma providência tutelar comum para fixar os convívios que estão previstos no artigo 1887-A do Código Civil ou outras questões que não cabendo nos processos especiais, sejam relevantes para a criança e obriguem a intervenção judiciária, a requerer nos termos do artigo 67.º do RGPTC.

O mesmo se diga quanto ao jovem com idade superior a 12 anos, que poderá, por exemplo, requerer ao tribunal, em providência tutelar comum, a resolução de questões em que manifeste a sua discordância com os progenitores e se constituam estruturantes da sua vida: por exemplo, a recusa em adotar práticas religiosas ou a discordância sobre a confissão religiosa que quer professar, ou a frequência de determinado estabelecimento de ensino, com cujo modelo educativo não concorda.

Conclui-se, portanto, que as entidades/pessoas nomeadas no artigo 17.º do RGPTC não têm legitimidade para todas as providências mas apenas quando não existe atribuição expressa.

Caberá portanto ao Ministério Público suprir a inatividade ou até a impossibilidade de os pais impulsionarem a intervenção judicial para regulação do exercício das responsabilidades parentais, considerando a sua particular posição na arquitetura do direito das crianças e jovens.

A intervenção obrigatória do Ministério Público tem subjacente uma premissa que é da maior importância: será sempre pautada pela realização do interesse da criança, ponderando uma diversidade de fatores que transcendem posições ou perspetivas individuais.

A introdução em juízo de uma parcela fundamental da vida de uma criança ou de um jovem, ou seja, a sua relação com os pais, deve ser pesada, medida e preparada.

Exige-se uma grande cautela e uma visão objetiva quando se inicia um processo que visa definir relações tão relevantes, complexas e estruturantes como são as relações entre os pais e os filhos.

A necessidade de cautela e a objetividade é ainda maior quando é um elemento estranho a esta relação que aciona um mecanismo que é, no caso, necessariamente conflitual. A ação é, afinal, proposta contra os pais.

A simples introdução em juízo de um processo que visa regular as responsabilidades parentais tem reflexo imediato nas relações familiares, abrindo um foco de conflito.

A intervenção do Ministério Público funciona como um filtro, cuja rede é o interesse da criança e cuja finalidade é a construção de um modelo das relações parentais que efetivamente seja estruturante.

O papel do Ministério Público constitui um mecanismo de garantia da posição da criança, afinal, um meio de lhe dar a proteção legal especial que a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada em 20-11-59, pela Assembleia das Nações Unidas, reconhece na sua Base II.

Pedro Faria

II – Entendo que as entidades mencionadas no artigo 17.º do RGPTC têm legitimidade processual para intentar providências tutelares cíveis mas não todas; quando exista atribuição específica e expressa dessa legitimidade, como acontece, por exemplo, nos artigos 52.º e 58.º do RGPTC a questão está resolvida; nos outros casos tem de analisar quais os interesses específicos que estão em causa e quais os objetivos prosseguidos por determinado preceito. Seria, por exemplo, absurdo que o irmão mais velho de uma criança viesse instaurar uma ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais dessa criança pedindo uma redução, ou um aumento da pensão de alimentos a cargo do progenitor não residente; ou que qualquer das outras pessoas mencionadas no artigo 17.º, n.º 1, que não os pais da criança, pudesse instaurar a providência prevista no artigo 44.º do RGPTC (falta de acordo dos pais em questões de particular importância).

Do mesmo modo entendo que nem a criança com mais de 14 anos, nem os avós, nem os titulares da guarda de facto têm legitimidade para instaurar, por si, ação de regulação das responsabilidades parentais, mas podem recorrer ao Ministério Público para o efeito, se os pressupostos dessa instauração se verificarem. A possibilidade do legislador o impor decorre necessariamente das obrigações e funções estatutárias do Ministério Público (cf. designadamente, o disposto no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Ministério Público, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 114/1017, de 29/12/2017), e do disposto no artigo 17.º do RGPTC.

José António Carvalho

Guarda de facto – Qual a posição processual, além do direito a recorrer, nos termos do artigo 32.º, n.º 2 do RGPTC, de quem tem a guarda de facto?

1) Em caso de acordo, a Lei confere a iniciativa processual aos pais.

O artigo 34.º do RGPTC estabelece que a homologação do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento a que se refere o artigo 1905.º do Código Civil, é pedida por qualquer dos pais, nos 10 dias subsequentes ao trânsito em julgado da sentença proferida na respetiva causa.

2) Em caso de desacordo:

O artigo 35.º do RGPTC nada refere sobre quem tem legitimidade/iniciativa processual para iniciar o processo de regulação das responsabilidades parentais (o artigo 34.º reporta-se aos casos de acordo).

Deste modo, não havendo acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, a aferição de quem tem a iniciativa processual há de aferir-se pelo artigo 17º, n.º 1, do CPC.

Artigo 17.º

Salvo disposição expressa e sem prejuízo do disposto nos artigos 52.º e 58.º, a iniciativa processual cabe ao Ministério Público, à criança com idade superior a 12 anos, aos ascendentes, aos irmãos e ao representante legal da criança.

- Ministério Público
- A criança com idade superior a 12 anos
- Ascendentes
- Irmãos
- Representante legal da criança – em princípio os pais (artigo 1878º do Cód. Civil).

3) A propósito de outras questões o legislador reconheceu expressamente a intervenção processual de quem tem a guarda de facto:

a) Intervenção na conferência de regulação das responsabilidades parentais – artigo 35.º, n.º 2 – avós ou outros familiares e pessoas de especial referência para as crianças;

b) A instauração de providências necessárias a acautelar a situação de perigo do património dos menores – 58º, n.º 1) “qualquer familiar ou pessoa a cuja guarda esteja confiada”;

c) No artigo 43.º sob a epígrafe “Outros casos de regulação”.

1. O disposto nos artigos anteriores é aplicável à regulação do exercício das responsabilidades parentais de filhos de cônjuges separados de facto, de filhos de progenitores não unidos pelo matrimónio e ainda de crianças apadrinhadas civilmente quando os padrinhos cessem a vida em comum.

2. Qualquer das pessoas a quem incumba o exercício das responsabilidades parentais pode requerer a homologação do acordo extrajudicial sobre aquele exercício.

A legitimidade nestes casos é conferida a “qualquer das pessoas a quem incumba o exercício das responsabilidades parentais”.

Sobre esta questão encontramos na jurisprudência o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6/12/2016, proferido no processo n.º 2775/16.6T8VFX.L1

Este acórdão faz a seguinte distinção:

Relativamente às responsabilidades parentais de filhos de pais divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou em que tenha ocorrido declaração de nulidade ou anulação de casamento, mas em que não haja acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, a legitimidade para requererem a regulação do exercício das responsabilidades parentais, por via do que dispõe, assiste às pessoas elencadas no artigo 17.º, n.º 1.

O artigo 43.º determina ser o processado nos artigos 34.º a 42.º aplicável a outro tipo de situações, que poderiam não caber no artigo 33.º e seguintes.

É assim aplicável à situação:

- De filhos de cônjuges separado de facto,
- De progenitores não unidos pelo matrimónio e ainda
- De crianças apadrinhadas civilmente quando os padrinhos cessem a vida em comum.

Entende-se que, nestes casos, no n.º 3 do artigo 43.º, do RGPTC, quando refere «requeridas por qualquer das pessoas a quem caiba o exercício das responsabilidades parentais» há de entender-se como reportada aos guardiões de facto e assim àqueles que exerçam efetivamente as responsabilidades parentais.

Reconhecendo, nestas situações, legitimidade para requerer a RERP a quem tenha a guarda de facto.

Fundamentos:

O artigo 43.º determina ser o processado nos artigos 34.º a 42.º aplicável a outro tipo de situações, que poderiam não caber no artigo 33.º e seguintes, como seja a situação de filhos de cônjuges separado de facto, de progenitores não unidos pelo matrimónio e ainda de crianças apadrinhadas civilmente quando os padrinhos cessem a vida em comum.

O n.º 3 do artigo 43.º reproduz o que já contava do artigo 183.º da OTM, nos termos do qual «A regulação prevista neste artigo, bem como as diligências executórias da decisão judicial ou do acordo homologado, podem ser requeridas por qualquer das pessoas a quem caiba o poder paternal ou pelo curador; a necessidade da intervenção judicial pode ser comunicada ao curador por qualquer pessoa.»

O legislador não harmonizou o antigo com o novo regime, deixando que subsistissem normas que poderiam fazer sentido à luz do anterior regime mas no atual regime são destituídas de fundamento.

A regulação do exercício das responsabilidades parentais assume interesse público.

O n.º 1 do artigo 4.º do RGPTC estabelece que os processos tutelares cíveis regulados nessa Lei se regem pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Assim, o n.º 3 do artigo 43.º há de ter que interpretar-se por forma a compatibilizar-se com tais princípios da LPCJP, carecendo de interpretação adequada.

As pessoas de especial referência afetiva da criança – avós, padrastos, madrastas, padrinhos e outras pessoas com quem a criança se encontre especialmente ligada em termos afetivos – são chamadas ao processo de promoção e proteção (artigo 4.º, al. g), e 35.º, alíneas b) e c), da

LPCJP) e na vida prática real, a exercer as responsabilidades parentais – exercem de facto as responsabilidades parentais (cf. artigo 5.º, al. b), da LPCJP).

Por maioria de razão lhes deverá ser garantida a possibilidade de agirem para regular as responsabilidades parentais que exercem de facto.

Tais pessoas podem também ser chamadas ao processo (ou recorrer – cf. artigo 123.º da LPCJP) no caso de não ser possível obter o acordo de promoção e proteção ou tutelar cível adequado, caso em que o juiz notifica o Ministério Público, os pais, o representante legal, quem detiver a guarda de facto e a criança ou jovem com mais de 12 anos para alegarem, por escrito, querendo, e apresentarem prova no prazo de 10 dias (cf. artigo 114.º, n.º 1, da LPCJP).

Na LPCJP, o legislador expressamente reconheceu que não pode deixar de fora os guardiões de facto.

Tal como o legislador da OTM e agora do RGPTC o entendeu relativamente à participação na primeira conferência (artigo 175.º da OTM e 35.º do RGPTC), intervindo nesta conferência os guardiões de facto.

Nos termos do artigo 58.º do RGPTC, «(...) qualquer familiar da criança ou pessoa a cuja guarda esteja confiada, ainda que de facto, podem requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo 1920.º do Código Civil, ou outras que se mostrem necessárias, quando a má administração de qualquer dos pais ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais.»

Nos termos do RGPTC, confere-se a iniciativa processual aos detentores da guarda de facto, reconhecendo-lhes legitimidade para intervir relativamente às questões patrimoniais, pelo que, por maioria de razão, aos mesmos há de assistir o direito de iniciativa processual para requererem a regulação das suas responsabilidades parentais.

Na tarefa de interpretação da Lei, há-que ter presentes as regras previstas no artigo 9.º do Código Civil e, assim, a interpretação não deve cingir-se à letra da Lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a Lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Tomando como ponto de partida a letra da Lei (que nunca poderá ser totalmente ultrapassada) e ponderando os elementos histórico, sistemático e teleológico, haverá que procurar alcançar o pensamento legislativo, presumindo sempre que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Conclui assim que,

– No n.º 3 do artigo 43.º do RGPTC, quando refere «requeridas por qualquer das pessoas a quem caiba o exercício das responsabilidades parentais», há de entender-se como reportada

aos guardiões de facto e àqueles que exerçam de facto as responsabilidades parentais, aos quais o mesmo regime, a propósito de outras questões (intervenção na conferência de regulação das responsabilidades parentais – artigo 35.º, n.º 2 – e instauração de providências necessárias a acautelar a situação de perigo do património dos menores – 58.º, n.º 1) reconhece expressamente tal intervenção processual.

– Os «guardiões de facto» não constam enunciados no artigo 17.º, conferindo-se um sentido útil, contemplando os mesmos na previsão do artigo 43.º, n.º 3.

«A legitimidade pertence ao M.P., aos progenitores, à criança maior de 12 anos, aos avós, aos irmãos e representante legal da criança (artigo 17.º do RGPTC) ou a qualquer pessoa a quem caibam as responsabilidades parentais (artigo 43.º, n.º 3, do RGPTC)»

Este acórdão mereceu um voto de vencido com a seguinte argumentação:

– Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1901.º *ex vi* do artigo 1911.º, n.º 2, do Código Civil, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais porquanto os mesmos não vivem em condições análogas às dos cônjuges.

– A norma do artigo 43.º, n.º 3, constitui regra especial face ao artigo 17.º, n.º 1, do mesmo RGPTC;

– Esta atribui uma iniciativa processual em termos mais abrangentes, incluindo aos ascendentes da criança. Porém, logo no seu início ressalva normas em sentido diverso (“Salvo disposição expressa [em contrário]”).

– Tratando-se de norma especial, a mesma afasta a aplicação da norma geral do artigo 17.º, n.º 1.

– A não se entender assim, então o artigo 43.º, n.º 3, constituiria uma norma inútil e tautológica porquanto a iniciativa processual do Ministério Público e dos progenitores (representantes legais) já está consagrada no artigo 17.º, n.º 1.

– Nessa medida, o sentido útil do artigo 43.º, n.º 3, só pode ser o de constituir uma restrição ao âmbito do artigo 17.º, n.º 1.

– Em termos de direito a constituir, concorda-se com a solução adotada no Acórdão.

Considerando-se, porém, que o legislador intencionalmente não a subscreveu, sendo certo e sabido que o legislador nem sempre dispõe de forma proficiente e exaustiva.

Por via desta interpretação, não será reconhecida a legitimidade aos guardiões de facto para requerer a RERP, para além da prevista no artigo 17.º do RGPTC e apenas nesses casos.

Dúvidas não existem, no entanto, de que:

- Têm o direito a participar na conferência de pais – artigo 35.º, n.º 2
- Têm legitimidade para recorrer – artigo 32.º, n.º 2

Susana Santos Silva

Há a obrigatoriedade de notificar quem tem a guarda de facto das decisões proferidas quanto à criança?

A notificação serve para chamar alguém a juízo ou dar conhecimento de um facto (artigo 219.º, n.º 2 do CPC).

A Lei confere expressamente legitimidade para recorrer àquele que tem a guarda de facto.

Em princípio, é conhecido no processo, pois que será com ele que a criança vive.

Susana Santos Silva

Um/a jovem de 14 anos pode requerer por si próprio/a a alteração do seu regime de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, ao abrigo do disposto no artigo 17.º, n.º 1, do RGPTC, tendo em consideração o disposto no artigo 42.º?

Dispõe o artigo 17.º, n.º 1, do RGPTC que “1 – Salvo disposição expressa e sem prejuízo do disposto nos artigos 52.º e 58.º, a iniciativa processual cabe ao Ministério Público, à criança com idade superior a 12 anos, aos ascendentes, aos irmãos e ao representante legal da criança”.

Este é um preceito inovador que não existia no âmbito do regime da anterior OTM, correspondendo com alterações substanciais ao artigo 16.º da Proposta de Lei n.º 338/XII.

O legislador consagrou a possibilidade de a criança, com idade superior a 12 anos, tomar a iniciativa processual instaurando, ela própria, a providência tutelar cível adequada à situação concreta, o que constitui novidade legal e exceção à regra da incapacidade para o exercício de direitos (artigo 123.º do Código Civil).

O artigo 52.º do RGPTC respeita à inibição das responsabilidades parentais e o artigo 58.º a outras medidas limitativas do exercício das responsabilidades parentais.

Quanto a disposições expressas em contrário, prevê-se expressamente no artigo 42.º, n.º 1, do RGPTC que quando o acordo ou a decisão final não sejam cumpridos por ambos os pais, ou por terceira pessoa a quem a criança tenha sido confiada (...), qualquer um daqueles (leia-se pais ou terceira pessoa) ou o Ministério Público podem requerer expressamente ao tribunal que no momento for territorialmente competente, nova regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Assim, esta disposição é expressa em afastar a iniciativa processual (legitimidade) da criança com mais de 12 anos em poder instaurar uma ação de alteração de regulação das responsabilidades parentais, ou seja, há uma limitação à regra geral do artigo 17.º do RGPTC.

Rogério Feliciano

Capítulo II.

COMPETÊNCIA

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. COMPETÊNCIA

Criança em perigo – Uma criança exposta diretamente a intenso conflito parental, onde se denote exposição a verbalizações e conflitos internos de lealdade, deve ser considerada uma criança em perigo para o seu desenvolvimento e estabilidade psico-emocional, nos termos da al. f) do artigo 3.º da LPCJP, com a conseqüente instauração de processo de promoção e proteção?

No caso afirmativo, o processo deve ser instaurado, desde logo, por apenso ao processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou o expediente deve ser remetido à CPCJ para aí correr termos o respetivo processo?

Nos termos do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, al. f), da LPCJP,

1 – A intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

2 – Considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações:

(...)

f) Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional.

Para nós, nos termos do apontado normativo, uma criança exposta diretamente a intenso conflito parental, onde se denote exposição a verbalizações, e conflitos internos de lealdade, deve ser considerada uma criança em perigo para o seu desenvolvimento e estabilidade psico-emocional.

Assim, a resposta à primeira parte da questão é, quanto a nós, sem dúvida, afirmativa.

Corolário de tal situação são os casos de violência doméstica, divórcio ou de separação de progenitores em que estes se digladiam com palavras ou com atos, na presença dos filhos e incutem nas crianças sentimentos de rejeição contra o outro, crenças irrazoáveis e exageradas, tais como rejeição, medo, insegurança e evitamento, significativamente desproporcionais à experiência efetiva e real do filho relativamente ao outro progenitor. Situações há em que o litígio intenso e reiterado, subsequente à separação, o afastamento físico da criança em relação ao outro progenitor e a atitude reiterada do progenitor residente em promover o afastamento e denegrir junto da criança a imagem do outro. Estes comportamentos, promovidos por um progenitor contra o outro, geram nas crianças conflitos de lealdade relativamente a um dos progenitores ou, muitas vezes, relativamente a ambos (neste caso quando, à data em que viviam juntos, a relação entre os pais e os filhos era saudável relativamente a ambos os progenitores e após a separação as crianças não querem magoar

nenhum deles), causando profundo sofrimento e elevado risco psicossocial, gerador de profunda instabilidade emocional. Estas situações integram o perigo previsto no artigo 3.º, al. f), da LPCJP, sem qualquer dúvida.

Assim, respondendo à segunda parte da questão, é nosso entendimento que se estiver a correr termos processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, no âmbito do qual se detete aquela situação de perigo, o processo de promoção e proteção deve ser instaurado, desde logo, por apenso àquele, *ex vi* artigo 11.º, n.º 1, do RGPTC e 81.º da LPCJP.

No Juízo onde exerço funções, tivemos um caso exemplar desta situação, no âmbito do qual, em sede de providência tutelar cível de incumprimento das visitas, inviabilizadas pela progenitora, o sofrimento da criança era tão grande que se revelava de forma biológica, com gritos descontrolados da criança, vômitos e enurese, sempre que ocorriam visitas com o pai, motivado pelo intenso conflito de lealdade que aquela tinha relativamente à mãe. Não restou alternativa à instauração de PPP, por apenso ao incumprimento, no âmbito do qual tivemos que aplicar medida cautelar de promoção e proteção de apoio junto do outro progenitor, retirando a criança à mãe. No caso, houve recurso dessa decisão, que foi improcedente, mantendo-se a medida (por acórdão de fevereiro de 2018) que, entretanto, foi novamente aplicada em debate judicial, ali se fixando o direito de visitas à mãe. A criança está muito bem com o pai, a quem, até então, rejeitava de forma muito violenta, com sério compromisso da sua saúde física e psíquica.

A instauração do PPP justifica-se nestes casos, em que já corre termos providência tutelar cível, porque as partes, ou uma delas, não cumpre o regime fixado, provisório ou definitivo, e esse incumprimento, motivado pelo intenso conflito parental, provoca danos, por vezes, irreparáveis no equilíbrio emocional das crianças e mesmo na sua saúde, como acontecia no caso que acima referi.

Esta situação é, manifestamente, de perigo para as crianças e impõe a aplicação de medidas de promoção e proteção, as quais têm manifestamente um caráter de excecionalidade, de urgência, de intervenção e de provisoriedade, destinando-se a promover uma alteração no meio e modo de vida do menor.

Ana Paula Pereira

Na alínea f) do artigo 3.º do RGPTC não faz menção aos processos de suprimento, os quais se incluem ainda no artigo 2.º do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, devemos considerar que, pese embora a ausência de referência, estes processos incluem-se ainda nesta alínea, sendo da competência dos juízos de família e menores?

I – A nossa resposta é negativa.

Só a reapreciação do despacho do Ministério Público, que apreciou a pretensão, é que é submetida a tribunal, nos termos do n.º 6 do artigo 3.º do DL 272/2001.

A norma contida no artigo 3.º, al. f), do RGPTC tem de ser conjugada com o preceituado no artigo 2.º, n.º 1, als. b) e d), e n.º 2, al. b), e artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13/10, diploma que transferiu algumas dessas competências para o Ministério Público.

Nos termos do artigo 2.º do DL 272/2001, de 13 de outubro, “São da competência exclusiva do Ministério Público as decisões relativas a pedidos de: a) Suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa.

Das providências previstas na alínea f) apenas os casos excepcionais no n.º 2 al. b) do artigo 2.º do Decreto-lei 272/2001 é que continuam a pertencer ao Juízo de Família e Menores.

Ana Paula Pereira

II – Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, al. a), do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, são da competência exclusiva do Ministério Público as decisões relativas a pedidos de suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a menoridade, o acompanhamento ou a ausência da pessoa.

Os processos de suprimento tiveram sempre por finalidade o suprimento de consentimento no caso de recusa, que será ou não suprido em vista das provas que se produzirem e dos esclarecimentos do recusante (cf. artigo 1000.º, do Código de Processo Civil).

A par de tal suprimento fundado na recusa de quem deveria prestar tal consentimento, o artigo 1001.º do Código de Processo Civil, regula a tramitação do processo de suprimento fundado na incapacidade, a ausência ou o acompanhamento da pessoa que deveria prestar o consentimento.

Em termos muito simplistas, tal processo de suprimento justificar-se-á, nestes casos, quando a pessoa que deveria prestar o consentimento seja incapaz, ausente ou alvo de uma medida de acompanhamento, ainda que sem representação.

Por seu turno, como resulta da norma acima citada, a competência exclusiva do Ministério Público restringe-se aos processos de suprimento fundados na menoridade, no acompanhamento ou na ausência da pessoa que deveria prestar o consentimento.

Assim, dentre o universo de hipóteses abrangidas pela “incapacidade” a que alude o artigo 1001.º do Código de Processo Civil, apenas os casos em que tal incapacidade se funde na menoridade (cf. artigo 123.º, do Código Civil) serão da competência do Ministério Público.

Nestes casos, o Ministério Público resolverá a falta de consentimento, observando a tramitação prevista no artigo 1000.º, do Código de Processo Civil (cf. artigo 1001.º, n.º 2, parte final, do mesmo diploma legal).

Finalmente, no prazo de 10 dias contados da notificação da correspondente decisão, pode o requerente ou qualquer interessado que tenha apresentado oposição requerer a reapreciação

da pretensão através da propositura da correspondente ação no tribunal referido no n.º 1 do artigo 3.º, do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, ou seja:

- a) O Tribunal em que correu o processo de nomeação do representante, quando este tiver sido nomeado judicialmente;
- b) O Tribunal em que correu o processo de curadoria nas situações previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo anterior; ou
- c) O Tribunal de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição da residência do representante nos restantes casos (cf. artigo 3.º, n.º 6, do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro).

A questão que seguidamente se coloca, tendo em vista a resposta ao problema acima enunciado, prende-se, pois, face à manifesta inaplicabilidade à situação em apreço da previsão das alíneas a) e b), do citado artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, com a determinação do tribunal materialmente competente para a reapreciação da pretensão.

Ora, sendo fundamento do suprimento a menoridade, a resposta a tal questão haverá de ser encontrada no artigo 123.º, da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), reproduzido, em parte, pelo artigos 6.º e 7.º, do RGPTC, o qual, sob a epígrafe “competência relativa a menores e filhos maiores” elenca quais as matérias atribuídas, neste âmbito, à competência especializada dos Juízos de Família e Menores.

Assim, nos termos do artigo 123.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, compete igualmente aos Juízos de Família e Menores:

- a) Instaurar a tutela e a administração de bens;
- b) Nomear pessoa que haja de celebrar negócios em nome do menor e, bem assim, nomear curador-geral que represente extrajudicialmente o menor sujeito a responsabilidades parentais;
- c) Constituir o vínculo da adoção;
- d) Regular o exercício das responsabilidades parentais e conhecer das questões a este respeitantes;
- e) Fixar os alimentos devidos a menores e aos filhos maiores ou emancipados a que se refere o artigo 1880.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966, e preparar e julgar as execuções por alimentos;
- f) Ordenar a confiança judicial de menores;
- g) Decretar a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção;

- h)** Constituir a relação de apadrinhamento civil e decretar a sua revogação;
- i)** Autorizar o representante legal dos menores a praticar certos atos, confirmar os que tenham sido praticados sem autorização e providenciar acerca da aceitação de liberalidades;
- j)** Decidir acerca da caução que os pais devam prestar a favor dos filhos menores;
- k)** Decretar a inibição, total ou parcial, e estabelecer limitações ao exercício de responsabilidades parentais, previstas no artigo 1920.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966;
- l)** Proceder à averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade e preparar e julgar as ações de impugnação e de investigação da maternidade e da paternidade;
- m)** Decidir, em caso de desacordo dos pais, sobre o nome e apelidos do menor.

O n.º 2 da disposição legal citada estabelece que Juízos de Família e Menores serão, neste âmbito, ainda competentes para:

- a)** Havendo tutela ou administração de bens, determinar a remuneração do tutor ou do administrador, conhecer da escusa, da exoneração ou da remoção do tutor, do administrador ou do vogal do conselho de família, exigir e julgar as contas, autorizar a substituição da hipoteca legal e determinar o reforço e a substituição da caução prestada e nomear curador especial que represente o menor extrajudicialmente;
- b)** Nomear curador especial que represente o menor em qualquer processo tutelar;
- c)** Converter, revogar e rever a adoção, exigir e julgar as contas do adotante e fixar o montante dos rendimentos destinados a alimentos do adotado;
- d)** Decidir acerca do reforço e da substituição da caução prestada a favor dos filhos menores;
- e)** Exigir e julgar as contas que os pais devam prestar;
- f)** Conhecer de quaisquer outros incidentes nos processos referidos no número anterior.

Finalmente, para que o que à situação em apreço interessa, o número 3 da disposição legal citada estatui que nos casos em que a lei reserve a competência referida nos números anteriores a outras entidades, a competência dos Juízos de Família e Menores respeita à reapreciação das decisões dessas entidades.

Assim, analisando a norma citada, poder-se-ia equacionar a incompetência, em razão da matéria, dos Juízos de Família e Menores para a resolução de processos de suprimento de consentimento envolvendo menores, mesmo no campo da reapreciação das decisões que nesse âmbito tenham sido tomadas pelo Ministério Público, no quadro das competências que lhe são atribuídas pelo referido Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, face à constatação

de que não se encontra no elenco das matérias ali incluídas qualquer referência aos processos de suprimimento.

Estando em causa, porém, processos relativos a menores, trata-se de uma conclusão que imediata e instintivamente se refuta.

E com tal afirmação não se pode deixar de analisar o citado artigo 2.º, n.º 1, al. a), do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, na parte em que atribui competência exclusiva do Ministério Público para as decisões relativas a pedidos de suprimimento do consentimento cuja causa de pedir seja a menoridade.

Ao definir o campo de aplicação do artigo 1001.º, do Código de Processo Civil, atribuindo ao Ministério Público competência para os casos em que a necessidade de suprimimento de consentimento decorra da menoridade, o legislador colocou em prática o propósito anunciado na exposição de motivos do referido diploma legal, transferindo a “competência decisória em processos cujo principal ratio é a tutela dos interesses dos incapazes ou ausentes, do tribunal para o Ministério Público, estatutariamente vocacionado para a tutela deste tipo de interesses, sendo este o caso das ações de suprimimento do consentimento dos representantes, de autorização para a prática de atos, bem como a confirmação de atos em caso de inexistência de autorização”.

Na norma em análise cairão, desde logo, os casos em que os institutos de suprimimento da incapacidade dos menores (a saber, as responsabilidades parentais e a tutela – vd., respetivamente, artigos 124.º e 1921.º, do Código Civil) não possam funcionar em toda a sua plenitude, aí se integrando, por exemplo, as situações em que os pais pretendem vender um bem a um dos filhos, já maior de idade, necessitando para o efeito do consentimento do filho menor, de quem são representantes legais (cf. artigo 877.º, do Código Civil). Em tais hipótese, o consentimento do menor precisará de ser suprido, por não poder ser prestado pelo seu representante legal, sendo o Ministério Público a entidade com competência para o efeito.

Mas, referindo-se o legislador na aludida exposição de motivos do diploma sob apreciação a ações “de suprimimento do consentimento dos representantes”, ter-se-á que concluir que o artigo 2.º, n.º 1, al. a), do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, se aplicará também aos pedidos de suprimimento do consentimento cuja causa de pedir integre, para além da menoridade, a recusa na prestação desse consentimento por parte do representante legal do menor.

Em abono de tal conclusão, poder-se-á invocar o disposto no artigo 2.º, n.º 2, al. a), do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, quando exclui da competência do Ministério Público, por referência às situações previstas na alínea a) do n.º 1 de tal norma, os casos em que o conservador de registo civil detém a competência prevista na alínea a) do artigo 1604.º do Código Civil.

Com efeito, como resulta do artigo 1604º, alínea a), do Código Civil, os casos em que a competência para o suprimimento do consentimento pertence ao conservador consistem justamente nas hipóteses de falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do

nubente menor, ou seja, em que a causa de pedir do suprimento não radicará apenas na menoridade do nubente, mas também na recusa de consentimento por parte dos pais ou do tutor do menor para a celebração do casamento.

Assim, tendo por referência o núcleo de situações que se poderão integrar na alínea em análise, ter-se-á que concluir que tal situação não apresenta diferenças substanciais daquelas em que o representante legal precisa de obter autorização para a prática de determinado ato em representação do filho menor: numa e noutra das situações referidas, estará em causa a apreciação da atuação do representante legal do menor, da regularidade do exercício dos seus poderes de representação e da sua conformação com o superior interesse do representado.

Donde, ter-se-á que concluir que, por identidade de razões, o suprimento de consentimento deverá ser considerado uma providência tutelar cível, a par das expressamente previstas no artigo 3.º, al. f), do RGPTC.

Tratando-se de matéria da competência exclusiva do Ministério Público, nos termos do citado artigo 2.º, n.º 1, al. a), do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, concluir-se-á, outrossim, que, integrando-se tal situação no artigo 123.º, n.º 1, al. i), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (procedendo aqui a identidade de razões que justificou a caracterização do suprimento de consentimento como uma providência tutelar cível), serão os juízos de família e menores os materialmente competentes para reapreciar as decisões tomadas por aquela entidade, no âmbito da ação que venha a ser instaurada com esse fim (cf. artigo 123.º, n.º 3, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, e artigo 3.º, n.º 6, do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro).

Trata-se, do meu ponto de vista, da única solução que atende verdadeiramente às especificidades dos processos de suprimento que envolvem menores, sob pena de se devolver à jurisdição comum a competência para apreciar ações que, claramente, contendem com o estatuto do menor e com a densificação do seu superior interesse.

Aqui chegados, duas notas se impõe, ainda, acrescentar:

– Fundando-se o suprimento do consentimento na recusa da sua prestação, por parte do representante legal do menor (e não na menoridade propriamente dita), a norma aplicável será a do artigo 1000.º, do Código de Processo Civil, pelo que o processo de suprimento apenas será admissível nos casos em que a Lei expressamente o admite (como sucede com o caso de falta de autorização para o casamento do nubente menor, conquanto se trate de matéria da competência do conservador do registo civil, nos sobreditos termos).

– Quando a representação do menor estiver confiada a mais do que uma pessoa, o que acontecerá no caso de exercício conjunto das respetivas responsabilidades parentais pelos seus pais, o recurso ao processo de suprimento apenas poderá ser equacionado nas situações em que, sendo o suprimento admitido pela Lei, a recusa da prestação do consentimento seja partilhada pelos dois detentores das responsabilidades parentais. Se apenas um deles se recusar a prestar o consentimento, estar-se-á já perante uma situação de falta de acordo, sendo tal diferendo resolvido no âmbito da providência prevista no artigo 44.º do RGPTC.

Pedro Raposo de Figueiredo

Para determinar em sede de processo tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais qual o tribunal territorialmente competente, que critérios devem ser utilizados para definir o conceito de residência habitual?

Artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC

“Para decretar as providências tutelares cíveis é competente o tribunal da residência da criança no momento em que o processo foi instaurado.”

O conceito de residência, à exceção do referido no artigo 85.º do Código Civil que define o domicílio legal do menor, não encontra definição na Lei.

Artigo 85.º (Domicílio legal dos menores e interditos)

1. O menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver.
2. O domicílio do menor que em virtude de decisão judicial foi confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência é o do progenitor que exerce o poder paternal.
3. O domicílio do menor sujeito a tutela e o do interdito é o do respetivo tutor.
4. Quando tenha sido instituído o regime de administração de bens, o domicílio do menor ou do interdito é o do administrador, nas relações a que essa administração se refere.
5. Não são aplicáveis as regras dos números anteriores se delas resultar que o menor ou interdito não tem domicílio em território nacional.

O legislador comunitário no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 estabeleceu como critério definidor da competência:

– O interesse da criança e, em particular, o critério da proximidade (v. considerando 12)

O conceito de residência na legislação nacional não se encontra consagrado nem no RGPTC, nem na LPCJP.

Tem, por isso, competido à doutrina e à jurisprudência a definição do conceito:

1) Relevando o critério da proximidade

– Acórdão do STJ, de 19/09/1991, proferido no processo relatado pelo Conselheiro Pereira da Silva:

“A residência da criança a que se refere o artigo 155.º, n.º 1, da OTM, como critério definidor da competência territorial do tribunal, é a residência habitual, isto é, a residência no local onde o menor tiver a sua maior permanência, tendo em conta a razão de ser do preceito legal no sentido de facilitar a reunião dos elementos necessários à defesa dos seus interesses”.

2) Relevando o critério da estabilidade

– Acórdão do STJ, de 21/05/2002, relatado pelo Conselheiro Lopes Pinto:

“Local da residência do menor é aquele onde o mesmo se encontra em maior permanência e continuidade, que não o lugar em que no concreto momento ocasionalmente se encontre”.

– Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 8 de março de 2016, proferido no processo n.º 2966/15.7T8VIS-B.C1:

“A residência do menor, para o efeito de atribuição da competência territorial, é o local, o sítio, onde ele se encontra, certo é que com o cariz de alguma estabilidade, mas sem que seja necessário atingir o jaez de «habitualidade», máxime, no entendimento mais exigente para que esta emirja”.

– Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14/01/2014, proferido no processo n.º 194/11.0T6AVR-E.C1, relatado por Francisco Caetano:

“A residência da menor pressupoem estabilidade, como tal não pode ser considerada a permanência durante cerca de 4 meses em casa dos avós maternos, para onde a mãe e esta se deslocaram, aí dormindo e aí tomando refeições e aí a criança brincando, com vista a confortar a mãe da progenitora e os tios-avós pela detenção de seu pai”.

Este critério definido pela jurisprudência assenta no facto de ser o tribunal da área onde o menor se encontra com maior frequência e estabilidade, aquele que dispõe de melhores condições para conhecer da realidade familiar e social em que se encontra inserido e tomar todas as providência adequadas. Designadamente é o que, em princípio, oferece melhores condições para proceder à regulação do exercício das responsabilidades parentais, designadamente para a realização de inquéritos e obtenção de informações.

O critério:

– Entender o conceito de residência como o lugar onde a criança está radicada e onde tem organizada e desenvolve habitualmente a sua vida, com maior permanência e estabilidade.

A este critério preside um outro:

– Que o que tem como como pressuposto que é nesse local que se encontra o progenitor de referência para a criança.

Porquê?

– O critério da “pessoa de referência e da continuidade da relação afetiva com a pessoa de referência foi eleito pelo legislador no artigo 4º, al. a), da LPCJP como concretizador do Princípio do Superior Interesse da Criança, impondo que a intervenção deverá atender prioritariamente à continuidade de relações de afeto de qualidade significativa.

Aplicado aos processos tutelares por força do artigo 4.º, n.º 1, do RGPTC, concluímos que podem ser eleitos os seguintes critérios para interpretação do artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC:

- O superior interesse da criança e, em particular;
- O critério de proximidade, visando-se garantir à criança a continuidade da relação afetiva com a pessoa de referência (objetivo das normas de RERP como assinala Clara Sottomayor *in* Exercício do Poder Paternal, pág. 167).

Conclusão:

Não tendo o menor domicílio habitual autónomo, deverá, então, atender-se ao domicílio do progenitor com quem a criança mantenha uma especial referência afetiva, ou seja, a figura primária de referência.

Susana Santos Silva

Mãe que mudou de residência no dia 20 de fevereiro e em março instaurou ação no Tribunal da sua nova residência, quando a criança viveu cinco anos noutra localidade mais distante. O espaço de um mês é suficiente para determinar ser neste último local?

Não conhecendo em concreto os contornos da situação, se a mãe era a figura primária de referência da criança, o espaço de um mês pode ser suficiente para considerar a competência do Tribunal na nova área de residência.

Se é certo que não se pode afirmar que, à data da instauração da ação, a criança e a sua mãe tivessem sediado na nova localidade o centro das suas relações sociais e familiares, a verdade é que elas deixaram de subsistir na localidade anterior.

A fixação da competência nestes casos poderá depender da produção de prova, ainda que indiciária, com vista a apurar quem é para a criança a figura primária de referência.

Susana Santos Silva

Que articulação entre o artigo 41.º, n.º 2 do RGPTC e o n.º 5 do artigo 11.º do RGPTC?

O legislador erigiu como princípio geral de competência a residência da criança no momento em que é instaurado o processo (artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC e 79.º, n.º 1, da LPP).

A intenção de agregar todos os processos respeitantes à mesma criança e atribuir tal competência ao juiz do processo instaurado em primeiro lugar (artigo 11.º, n.ºs 1 e 5, do RGPTC e 81.º, n.º 1, da LPP) vem levantar muitas dúvidas quanto à prossecução daquele objetivo.

Mas a solução do legislador parece ter sido essa, ou seja, privilegiar a conexão em desfavor do território quando determina que será competente para conhecer dos processos posteriores o juiz do processo instaurado em primeiro lugar.

Independentemente de se concordar ou não com a solução da Lei, considerando, nomeadamente, as dificuldades que esta solução acarreta (v.g. tramitar dos autos em tribunais distantes da residência da criança implica deslocções difíceis e onerosas das crianças e pais, muitas vezes sem recursos financeiros, não tendo a videoconferência as mesmas vantagens do contacto presencial na percepção da realidade, ficando os intervenientes “amarrados” à residência do primeiro processo – dificuldades de aplicação da mediação e audição técnica especializada).

Considerando a redação do artigo 11.º, n.º 5, do RGPTC que afirma que a incompetência territorial não impede a observância da competência por conexão, parece-nos que o legislador expressou bem a sua intenção.

Para atenuar a prevalência do critério da conexão sobre o território, o legislador deixou ao tribunal as “válvulas de escape” dos artigos 41.º, n.º 1, e 42.º, n.º 1, do RGPTC, no que respeita ao incumprimento e alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, bem como o artigo 79.º, n.º 4, da LPP, quando a criança muda de residência por período superior a três meses após a aplicação de medida não cautelar.

Nestas situações, não distinguindo a lei quanto a processos apensos, deverá ser intentada a nova ação/incumprimento ou remetido o processo para a atual residência da criança, com os apensos, em nome da vontade do legislador em agregar todo o historial da criança, quanto aos findos, e para evitar decisões contraditórias e alcançar estratégias comuns, quanto aos pendentes.

Susana Santos Silva

Em termos de competência territorial, como deve ser interpretada a locução aposta no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Geral: refere-se ao tribunal onde correu termos o processo originário, ou, pelo contrário, ao tribunal da residência da criança no momento da instauração da providência, seja ela nova ou apenas uma decorrência da anterior, como sucede nos casos de incumprimentos ou de alterações da regulação do exercício das responsabilidades parentais?

Dispõe o artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC (Regime Geral do Processo Tutelar Cível) que para decretar as providências tutelares cíveis é competente o tribunal da residência da criança no momento em que o processo foi instaurado.

Consagra este dispositivo legal uma regra geral em matéria de competência territorial, cujo objetivo é o de que o juiz que vai julgar o processo seja o que se encontra mais próximo da residência da criança, para melhor conhecer a sua situação vivencial.

Para efeitos do disposto no artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC, considera-se que o conceito de residência deve ser entendido como o lugar onde a criança ou o jovem está radicado e onde tem organizada e desenvolve habitualmente a sua vida, em termos de permanência e estabilidade, estando-lhe associado um carácter voluntário e relativamente duradouro (cf., entre outros, Acórdãos do STJ, de 21/05/02, de 11/06/02 e de 22/02/05 e da RL, de 21/04/05, de 15/11/06, de 22/02/07 e de 27/03/07).

Este critério geral de atribuição de competência está em consonância com os princípios gerais orientadores da intervenção judicial em sede tutelar cível, previstos nos artigo 4.º, n.º 1, do RGPTC e artigo 4.º, da LPCJP (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), principalmente os princípios da oralidade, consensualização e audição e participação da criança, pois os pais e, por vezes, também os filhos, têm que se deslocar ao Tribunal para serem ouvidos e é muitas vezes necessário solicitar o auxílio das equipas técnicas multidisciplinares de apoio ao Tribunal, sendo que só as que operam na área de residência da criança ou do jovem podem melhor conhecer a situação vivencial daquela criança ou jovem em concreto, a cada momento.

No entanto, o disposto no artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC tem que ser conjugado com o previsto nos artigos 41.º, n.ºs 1 e 2, e 42.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), do mesmo diploma.

Prevê-se no artigo 41.º, n.º 1, do RGPTC que: “Se relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos.” (sublinhados nossos)

E no seu n.º 2: “Se o acordo tiver sido homologado pelo tribunal ou este tiver proferido a decisão, o requerimento é autuado por apenso ao processo onde se realizou o acordo ou foi proferida decisão, para o que será requisitado ao respetivo tribunal, se, segundo as regras da competência, for outro o tribunal competente para conhecer do incumprimento.” (sublinhados nossos)

Prevê-se também no artigo 42.º, n.º 1, do RGPTC que: “ Quando o acordo ou a decisão final não sejam cumpridos por ambos os pais, ou por terceira pessoa a quem a criança haja sido confiada, ou quando circunstâncias supervenientes tornem necessário alterar o que estiver estabelecido, qualquer um daqueles ou o Ministério Público podem requerer ao tribunal, que no momento for territorialmente competente, nova regulação do exercício das responsabilidades parentais. (sublinhados nossos)

Por sua vez o n.º 2, alínea b), deste preceito dispõe que: “ Se o regime tiver sido fixado pelo tribunal, o requerimento é autuado por apenso ao processo onde se realizou o acordo ou foi proferida decisão final, para o que será requisitado ao respetivo tribunal, se, segundo as regras da competência, for outro o tribunal competente para conhecer da nova ação.” (sublinhados nossos)

Da articulação de todas estas normas decorre que o artigo 9.º, n.º 1, do RGPTC consagra uma regra geral em matéria de competência territorial e que os artigos 41.º, n.ºs 1 e 2, e 42.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), do mesmo diploma, consagram regras especiais na mesma matéria, as quais, a verificarem-se, prevalecem sobre aquela.

Assim sendo, impõe-se concluir que para a tramitação de um incumprimento ou de uma alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais de uma criança ou jovem é competente o tribunal da área de residência da criança ou jovem na data em que essa nova ação é intentada.

Caso o novo processo de incumprimento ou de alteração dê entrada no tribunal da área da nova residência da criança ou jovem e tenha havido alteração de residência desde a data da regulação do exercício das responsabilidades parentais, este tribunal deve pedir ao anterior tribunal o envio dos autos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, ou até de divórcio, para apensação.

Caso o novo processo de incumprimento ou alteração dê entrada no anterior tribunal da área de residência da criança ou jovem e tenha havido alteração de residência desde a data da regulação do exercício das responsabilidades parentais, este tribunal deve declarar-se incompetente em razão do território (nos termos previstos nos artigos 104.º, n.º 1, alínea c), e n.º 3, 105.º, n.º 3, 576.º, n.º 2, 577.º, alínea a), e 578.º, do Código Processo Civil, aplicáveis por remissão do artigo 33.º, n.º 1, do RGPTC) e enviar o novo processo e os autos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, ou até de divórcio, em apenso para o tribunal da nova área de residência da criança ou jovem.

Em nosso entendimento, é esta a interpretação das normas constantes dos artigos 9.º, n.º 1, 41.º, n.ºs 1 e 2, e 42.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), do RGPTC que melhor favorece os interesses da criança ou do jovem, que mormente devem nortear todas as decisões judiciais a tomar nesta jurisdição, conforme o previsto no artigo 4.º, n.º 1, do RGPTC e artigo 4.º, alínea a), da LPCJP, e que corresponde também à necessária interpretação sistemática das normas, em obediência ao disposto no artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, pois está em consonância com o disposto no artigo 79.º, n.º 4, da LPCJP.

Carla Francisco

Competência por Conexão – A apensação de processos por via dos artigos 81.º, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, e 11.º, do Regime Geral, só opera entre processos pendentes ou também, sempre, relativamente a processos findos?

A este respeito importa desde logo ter em conta os seguintes preceitos legais:

Artigo 81.º, n.º 1, da LPCJP: “Quando, relativamente à mesma criança ou jovem, forem instaurados, sucessivamente ou em separado, processos de promoção e proteção, inclusive na comissão de proteção, tutelar educativo ou relativos a providências tutelares cíveis, devem os

mesmos correr por apenso, independentemente do respetivo estado, sendo competente para deles conhecer o juiz do processo instaurado em primeiro lugar.” (sublinhados nossos)

Artigo 81.º, n.º 4, da LPCJP: “A apensação a que se reporta o n.º 1 tem lugar independentemente do estado dos processos.” (sublinhados nossos)

Artigo 11.º, n.º 1, do RGPTC: “Se, relativamente à mesma criança, forem instaurados, separadamente, processo tutelar cível e processo de promoção e proteção, incluindo os processos perante a comissão de proteção de crianças e jovens, ou processo tutelar educativo, devem os mesmos correr por apenso, independentemente do respetivo estado, sendo competente para deles conhecer o juiz do processo instaurado em primeiro lugar.” (sublinhados nossos)

Apesar de estar legalmente consagrado como princípio geral de competência a residência da criança no momento em que é instaurado o processo (artigos 9.º, n.º 1, do RGPTC, e 79.º, n.º 1, da LPCJP), a verdade é que a intenção de agregar todos os processos respeitantes à mesma criança e atribuir tal competência ao juiz do processo instaurado em primeiro lugar suscita sérios problemas.

Estas regras de competência por conexão vêm concretizar o princípio autonomamente consagrado no artigo 27.º, n.º 1 do RGPTC de necessidade de harmonização das decisões que apliquem à mesma criança ou jovem medidas tutelares cíveis e de promoção e proteção, ainda que provisórias, pois só assim se conseguirá uma melhor proteção dos seus superiores interesses, sendo que, a nosso ver, falta neste dispositivo uma referência expressa aos processos tutelares educativos que do mesmo deveria constar.

Com a entrada em vigor do RGPTC e a alteração à redação do artigo 81.º, n.º 1, da LPCJP em 2015, passaram a surgir dúvidas sobre se a apensação dos referidos processos ocorre apenas entre processos que se encontrem pendentes, ou seja, ainda não decididos, ou também relativamente aos que se encontrem findos, porquanto no artigo 154.º, n.º 1, da OTM (Organização Tutelar de Menores), assim como no artigo 81.º, n.º 1, da LPCJP (na anterior redação) inexistente qualquer referência à apensação, ao processo instaurado em primeiro lugar, de outros processos, como os tutelares cíveis, os de promoção e proteção e os tutelares educativos relativos à mesma criança ou jovem, independentemente do respetivo estado.

Face a esta alteração legislativa surgiram duas posições:

– A que defende que deverá haver apensação de todos os processos ainda que algum deles se encontre findo; e

– Aque defende que a regra de apensação só opera entre processos que ainda não estão decididos, ou seja, entre processos pendentes de decisão, sendo que a expressão “estado” deve corresponder a “fase” em que o processo se encontre.

A tese que defende que deve haver apensação de todos os processos relativos à mesma criança ou jovem ao primeiro deles instaurados, ainda que se encontre findo, e até mesmo já

arquivado, é defendida por Lucília Gago (*in* Cadernos do CEJ – “O acompanhamento técnico do “novo” Regime Geral do Processo Tutelar Cível” – Direito da Família – Vária”).

Em abono desta tese, invoca-se:

– “O elemento literal dos mencionados preceitos;

– A constatação de ser esse o único entendimento que confere ao decisor uma visão global do histórico de determinada criança ou jovem, proporcionando um conhecimento completo e abrangente da situação atual e passada e dos resultados alcançados mediante as intervenções anteriores havidas, em função das decisões proferidas e das medidas executadas;

– Apenas uma tal consideração é verdadeiramente propiciadora de um diagnóstico fino, global e panorâmico, criando as condições aptas a uma tomada de decisão mais compaginável com as suas necessidades e o seu superior interesse, com economia de meios (no que avulta o conhecimento já adquirido e consolidado em anteriores relatórios), não fazendo depender a recolha de tais elementos (por vezes, preciosos mas não imediatamente acessíveis) do critério do decisor e da sua idiosincrasia, mais ou menos recoletora, e reduzindo, como é desejável, à mínima expressão a dimensão dos conflitos de competência e dos recursos focados neste tema;

– A hipotética verificação de resultados pouco desejáveis na aplicação da regra de apensação de processos, naqueles casos em que haja sido proferida uma decisão em momento temporal muito recuado relativamente ao momento da instauração do segundo processo (aquele, por exemplo, uma providência de regulação do exercício das responsabilidades parentais há muito arquivada, vivendo atualmente a criança em localidade afastada centenas de quilómetros do tribunal onde tal decisão foi proferida), não parece constituir fundamento invocável para afastar as regras de interpretação da lei;

– Não ser lícito, no caso, fazer apelo às regras próprias da apensação em processo civil – é que esta está concebida como o mecanismo apto a propiciar a harmonização das decisões, num quadro em que as ações pendentes, ainda que separadamente propostas, podiam ser reunidas num único processo, com aquela se visando uma decisão unitária.”

A favor da apensação (também) de processos findos, está desde logo, subjacente a ideia de possibilitar ao decisor uma visão global do histórico ou “percurso processual” da criança, de todas as intervenções, medidas e providências de que já beneficiou ou a que foi sujeita, evitando-se assim intervenções e medidas com pouca ou nenhuma possibilidade de sucesso ou mesmo contraproducentes.

No entanto, e salvo o devido respeito, não nos parece ser esta a interpretação mais correta dos citados preceitos legais.

A regra constante dos artigo 81.º, n.º 1, da LPCJP e artigo 11.º, n.º 1, do RGPTC de que devem correr por apenso os processos de promoção e proteção, tutelares educativos ou relativos a providências tutelares cíveis, relativos à mesma criança ou jovem, instaurados

separadamente e independentemente do respetivo estado, refere-se apenas a processos não findos, ou seja, relativamente aos quais ainda não foi proferida decisão final.

Desde logo porque o elemento literal de interpretação nos diz que só “corre” o que ainda não está findo.

Por outro lado, segundo o elemento sistemático, a interpretação de tais preceitos legais tem que ser harmonizada com o previsto no artigo 11.º, n.º 3, do RGPTC (onde se refere que estando “pendente” ação de divórcio ou de separação judicial, os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, de prestação de alimentos ou de inibição do exercício das responsabilidades parentais “correm” por apenso àquela ação) e com o previsto no artigo 267.º, n.º 1, do Código do Processo Civil (onde se prevê que se forem propostas separadamente ações que, por se verificarem os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, é ordenada a junção delas ainda que “pendam” em tribunais diferentes, a não ser que o “estado do processo” ou outra razão especial torne inconveniente a apensação).

As regras de competência por conexão constantes dos artigos 81.º, n.º 1, da LPCJP e artigo 11.º, n.º 1, do RGPTC constituem uma exceção às regras gerais da competência do tribunal da residência da criança, constantes dos artigos 9.º, n.º 1, do RGPTC, 79.º, n.º 1, da LPCJP e 31.º, n.º 1, da LTE (Lei Tutelar Educativa), porquanto, tendo em consideração determinadas circunstâncias, o legislador entende que, em certos casos, deve operar-se um desvio à regra geral da fixação de competência, atribuindo-se a um juiz competência para tramitar e julgar um processo, não por ser o originalmente competente para o efeito, mas por conexão, com referência a outro processo de que é titular, previamente instaurado.

O objetivo das regras de atribuição de competência por conexão é efetivamente o de permitir que seja um só juiz a ponderar a situação global da criança ou jovem, no caso o juiz do processo instaurado em primeiro lugar.

A situação de vida da criança, em todas as suas valências, deve ser apreciada e decidida por um só tribunal que considere, na sua globalidade, todos os elementos reunidos nos diversos processos, de modo a que toda e qualquer decisão que a cada momento seja proferida, se apresente globalmente coerente e lógica à luz do percurso de vida da criança ou jovem, conforme, aliás, é exigência do artigo 27.º, n.º 1, do RGPTC.

No entanto, levar este objetivo às últimas consequências e atribuir a um só juiz a competência para decidir todos os processos pendentes relativamente à mesma criança ou jovem, mesmo que esse magistrado seja o do Tribunal onde em primeiro lugar correu termos um processo já findo e arquivado, sedado numa área territorial que já não é a da sua residência, não parece, salvo o devido respeito, fazer sentido.

Não se nos afigura sequer que possa ter sido esse o objetivo do legislador, considerando que o fim último de tais processos é, em qualquer circunstância, o superior interesse da criança ou do jovem.

Não parece que a intenção do legislador tenha sido a criação de um “juiz da criança” ou de um “tribunal da criança”.

Em suma, é nosso entendimento que os processos pendentes respeitantes à mesma criança ou jovem devem ser apensados ao processo instaurado em primeiro lugar, desde que este se encontre ainda, também ele, pendente no momento da apensação, portanto, sem decisão final, mas sempre à luz do critério da competência territorial, tal como o deixámos expresso, ou seja, em função da residência “atual” da criança ou jovem.

O entendimento que aqui sufragamos sai, a nosso ver, reforçado, se pensarmos nos processos de promoção e proteção, nos quais é mais premente a intervenção multidisciplinar.

Neste tipo de processos o tribunal trabalha com equipas técnicas especializadas de apoio.

Ora, tornar-se-ia muito mais difícil e morosa, para não dizer inoportável, a intervenção do Tribunal, em tempo útil, correndo o processo termos a quilómetros de distância da residência da criança ou jovem.

E o mesmo se diga relativamente aos processos tutelares cíveis, nos quais se impõe a audição dos pais e, nalguns casos, das próprias crianças ou jovens, sendo, por isso necessária a sua deslocação ao Tribunal.

Importa ter em atenção que a imediação, tão necessária à prossecução dos princípios da oralidade, da consensualização, da privacidade e da intervenção mínima, sai prejudicada com a imposição às pessoas do esforço de deslocações difíceis e onerosas a Tribunais que se encontrem a quilómetros de distância ou mediante o recurso à audição por videoconferência, com as desvantagens inerentes à sua utilização.

Por outro lado, também mudam os juízes titulares dos Tribunais onde se proferiu a primeira de todas as decisões relativamente a uma criança ou jovem, pelo que não há garantia de que seja sempre o mesmo juiz a tramitar todos os processos em causa.

Acresce que em qualquer dos processos em conexão, o juiz poderá ter de se socorrer de equipas técnicas de apoio ao Tribunal, sendo que as mais habilitadas serão sempre as do local da residência da criança a cada momento, as quais terão que ouvir pais e filhos, deslocar-se a escolas e centros de saúde, fazer visitas domiciliárias, falar com vizinhos e outros familiares, etc..

A nosso ver, o que se pretende com a regra da apensação de processos pendentes, e apenas destes, é, essencialmente:

- Evitar que se profiram decisões e medidas contraditórias ou incompatíveis entre si;
- Favorecer a concentração da assessoria técnica prestada ao Tribunal a cada criança e respetiva família num único técnico – o gestor do processo a que se refere o artigo 20.º, n.º 5,

do RGPTC ou o artigo 82.º-A da LPCJP, o que não deixa de ser um forte elemento sistemático a favor desta tese.

Atente-se ainda no disposto no artigo 11.º, n.º 5, do RGPTC, onde se refere que a incompetência territorial não impede a observância da competência por conexão; ou seja, deve haver apensação de todos os processos relativos à mesma criança ou jovem que se encontrem pendentes àquele que primeiro tiver sido instaurado, mas quem deve deles conhecer é o juiz da atual residência da criança.

Como é que isto se consegue? Através das chamadas “válvulas de escape” do sistema previstas nos artigos 41.º, n.º 1, e 42.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), do RGPTC e 79º, n.º 4, da LPCJP.

Em tais situações, não distinguindo a lei quanto a processos apensados, parece que importará intentar ou remeter o processo para o Tribunal da atual residência da criança, mesmo que com outros apensos pendentes ou findos, pois, reitera-se, a nosso ver, foi vontade do legislador em agregar todo o historial da criança quanto aos processos findos para evitar decisões contraditórias e alcançar estratégias comuns quanto aos pendentes.

Uma vez operada a conexão de processos, ela não se desfaz com a transição de um dos processos para outro Tribunal.

Correndo todos os processos termos no mesmo Tribunal e sendo este o da atual residência da criança ou jovem, nada impede que os juízes deem um provimento no sentido de os novos processos serem apensados ao mais antigo, ainda que este se encontre findo e arquivado, pois, em tal caso, não saem beliscadas as regras quer da competência territorial, quer da competência por conexão.

Parece-nos, no entanto, que deveria haver uma clarificação de objetivos por parte do legislador, o que passaria pela alteração de redação dos preceitos em apreço, a fim de se evitar a existência de conflitos de competência entre os tribunais da anterior e da atual residência da criança, causadores, necessariamente, de uma maior morosidade na resolução da questão subjacente aos autos instaurados em segundo lugar.

Neste sentido parece ser o entendimento do Presidente da Comissão Revisora, Maia Neto, expresso numa reunião de Magistrados da Área de Família e Crianças da PGD do Porto, realizada em 12.02.2016, quando afirmou que foi intenção daquela Comissão restringir a aplicação da regra excecional da competência por conexão aos casos em que os processos se encontram pendentes e que o aditamento “independentemente do respetivo estado” se refere apenas à dinâmica processual, podendo os autos encontrar-se na fase conciliatória ou contenciosa, nada obstando, então, em qualquer uma das fases processuais, que seja observada a regra excecional da competência por conexão.

A expressão “estado do processo” deve, assim, ser entendida no sentido de “fase do processo”, (fase conciliatória, de julgamento, de instrução, de debate judicial, de execução de medida, etc...).

Foi também esta a interpretação feita quer pelo Conselho Superior da Magistratura, quer pelo Conselho Superior do Ministério Público nos pareceres que emitiram relativamente às propostas de lei, quando para o efeito foram solicitados pela competente comissão da Assembleia da República, no âmbito do respetivo processo legislativo.

Carla Francisco

Competência por Conexão – O disposto no artigo 11.º, n.º 1, do Regime Geral regula a apensação de, apenas, uma providência tutelar cível a um processo de promoção e proteção ou a um processo tutelar educativo? E no caso de serem vários processos com a mesma natureza jurídica?

A) Uma ação preliminar de suspensão do exercício das responsabilidades parentais deve, desde logo, ser apensada a outra ação tutelar cível relativa à mesma criança, e que se encontra pendente, ou dever-se-á aguardar a instauração da ação de inibição?

O artigo 11.º do R.G.P.T.C. estabelece uma regra de competência por conexão, que tem natureza excecional: consideradas determinadas circunstâncias, o legislador entende que, em certos casos, deve operar-se um desvio à regra geral da fixação de competência, atribuindo-a a quem já a tem para conhecer outro processo.

Nessa norma estabelece-se:

- Correm por apenso os processos tutelares cíveis e os processos de promoção e proteção, sejam estes judiciais ou não (n.º 1);
- Correm por apenso os processos tutelares cíveis e os processos tutelares educativos (n.º 1);
- As ações de averiguação da maternidade e da paternidade não correm por apenso a qualquer processo, nem as que sejam da competência das conservatórias do registo civil (n.º 2);
- Os processos de regulação das responsabilidades parentais, de prestação de alimentos e de inibição do exercício das responsabilidades parentais correm por apenso aos processos pendentes de divórcio e de separação judicial.

Por seu lado, os artigos 41.º, n.º 2, e 42.º, n.º 2, al. b), do R.G.P.T.C. impõem a conexão das providências por incumprimento ou para alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais ao processo onde se decidiu esse regime, mas ressalvam que, sendo outro o tribunal competente, o processo onde se fixou o regime de exercício das responsabilidades parentais será requisitado ao tribunal onde correu os seus termos.

A atribuição de competência feita no artigo 41.º, n.º 2, e no artigo 42.º, n.º 2, al. b), do R.G.P.T.C. não é, desta forma, absoluta, fazendo prevalecer as regras que fixam a competência territorial.

A solução do legislador compreende-se pela vontade de aproximar o tribunal da decisão do efetivo centro de vida da criança (artigo 9.º, n.º 1, do R.G.P.T.C.).

Por outro lado, se o legislador sentiu necessidade de expressamente consagrar a apensação do incumprimento e da alteração nos termos em que o fez, será de concluir que entendeu que a norma do artigo 11.º não contemplava tal apensação.

No que respeita às restantes providências tutelares cíveis, constata-se que as normas que as preveem não contêm qualquer norma de idêntica natureza, chegando, até a fixar procedimentos que pressupõem a não apensação.

Assim, o artigo 49.º, n.º 4, do R.G.P.T.C. prevê que os citados para a entrega judicial da criança podem mostrar, ou seja, provar, que existe decisão que é capaz de obstar à diligência ou que foi requerida a entrega da criança como preliminar ou incidente de inibição das responsabilidades parentais.

Ora, sendo certo que a inibição deve ser processada por apenso ao processo onde se decidiu o exercício das responsabilidades parentais, se a entrega também o tivesse que ser, esta norma redundaria numa inutilidade.

No artigo 44.º, n.º 2, do R.G.P.T.C. dispõe-se que o requerimento que inicia a providência para dirimir a falta de acordo dos pais quanto à decisão de questão de particular importância é autuado, seguindo-se os termos dos artigos 35.º a 40.º, afigurando-se que a omissão da expressão “por apenso” é intencional.

Entende-se que a lei não fixa uma regra geral que determine a apensação de todos os processos tutelares cíveis, devendo cingir-se às situações expressamente previstas.

Independentemente de se concordar com o mérito e adequação desta solução, a verdade é que não se encontra no texto da lei uma ressonância mínima que permita discernir uma vontade legislativa de criar o “processo global da criança ou do jovem”, atribuindo a um único juiz a competência para conhecer todas as providências tutelares cíveis que digam respeito a uma criança ou jovem.

A criação de um único processo teria, aliás, a necessária decorrência de exigir que fosse fixada uma cláusula geral de salvaguarda da competência territorial, como se faz em relação ao incumprimento à alteração, sob pena de se cristalizar a competência territorial numa área que deixou de ter qualquer ligação à criança.

No que respeita à segunda questão, a configuração da providência preliminar de suspensão do exercício das responsabilidades parentais é claramente coincidente com a de uma providência cautelar e, por essa razão, seguindo as regras previstas no artigo 364.º C.P.C., o destino da providência de suspensão seria a apensação à inibição que vier a ser proposta.

Assim, observando com rigor o formalismo processual civil, a providência preliminar deveria aguardar a propositura da ação e não ser apensada a outro processo pendente, uma vez que o seu destino é ser junta à ação principal.

Sabe-se, contudo, que a ação de inibição deverá ser apensada ao processo pendente de divórcio ou de separação judicial, ou seja, nessa situação, a competência para apreciar as duas deve coincidir.

Nessa medida, as razões que determinam a opção legal de conexão da ação de inibição ao processo de divórcio ou de separação judicial mantêm-se no que respeita à conexão da providência preliminar.

Será, assim, um argumento de identidade de razão que deverá levar à apensação da providência preliminar de suspensão do exercício das responsabilidades parentais.

Pedro Faria

A Competência por conexão prevista no artigo 81.º da LPCJP e no artigo 11.º do RGPTC, opera apenas em relação aos processos pendentes ou também em relação aos processos findos?

Como deve ser interpretada a última parte do artigo 11.º, quando refere que havendo conexão é competente o juiz do processo instaurado em primeiro lugar? Que sucede se o processo instaurado em primeiro lugar correu termos em tribunal muito distante da atual residência da criança?

Que orientação deve o Magistrado do MP interlocutor da CPCJ dar quando ali corre termos processo de promoção e proteção e existe no tribunal processo tutelar cível também a correr os seus termos? A sua remessa para efeito de apensação? Que a CPCJ informe o Juiz titular do processo para que este peça o processo? A remessa do processo aos serviços do MP?

Em Recomendação da Procuradora-Geral Distrital do Porto, vinculativa para os Magistrados do Ministério Público colocados no Distrito Judicial do Porto e formulada na sequência do III Encontro de Magistrados do Ministério Público da Jurisdição de Família e Menores da área dos Tribunais da Relação do Porto e de Guimarães, realizado a 3/6/2016 em Anadia, foi estatuído que:

- a) A mais relevante das alterações em matéria de apensação de processo introduzida com a reforma de 2015 relaciona-se com os processos que correm termos nas Comissões de Proteção, os quais, por regra, devem agora ser apensados ao processo judicial relativo à mesma criança, independentemente da sua natureza (tutelar cível, tutelar educativa, de promoção e proteção), como decorre da nova redação do artigo 81.º da LPCJP;
- b) No mesmo sentido, tal como anteriormente decorria do disposto no artigo 154.º da OTM, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível estabelece a obrigatoriedade de apensação de processos, incluindo agora os processos pendentes na CPCJ - cf. seu artigo 11.º;

c) Quer a regra do processo único, quer a da apensação de todos os processos que respeitem à mesma criança ou jovem, visam concentrar num só processo a apreciação conjunta e global de todas as situações que justificaram a sua instauração, e permitir uma decisão harmonizada e adequada ao momento e às necessidades atuais da criança;

d) Daqui resulta que quando um processo estiver findo, a apensação não deve ocorrer, ainda que eventualmente deva ser consultado, porquanto, constituindo a competência por conexão um desvio à regra da competência territorial (cf. o disposto no artigo 11.º, n.º 5, do RGPTC), poderia frequentemente suceder que um tribunal, que não o da atual área de residência da criança fosse chamado a conhecer a sua situação, solução que o legislador quis afastar, como decorre do atual regime para os incidentes de incumprimento (artigo 41.º do RGPTC, oposto ao que decorria do artigo 181.º da OTM).

Se o processo instaurado em primeiro lugar, ainda pendente, correr termos em tribunal muito distante da atual residência da criança, das duas uma: ou é possível a sua transferência para esse novo tribunal se o processo mais antigo – definidor da competência – for de promoção e proteção, nos termos permitidos pelo disposto no artigo 79.º, n.º 4, da LPCJP; ou não é possível se o processo mais antigo for tutelar educativo ou tutelar cível, por força do disposto nos artigos 31.º, n.º 1, e 32.º, n.ºs 1 e 2, da Lei Tutelar Educativa, e 9.º, n.ºs 1 e 9, do RGPTC.

Na Recomendação da Procuradora-Geral Distrital do Porto atrás invocada foi ainda estatuído que:

a) Nos termos do disposto no artigo 11.º, n.º 3, da LPCJP, quando o processo de promoção e proteção que corre termos na CPCJ dever ser apensado a processo judicial, a CPCJ remete o processo ao Ministério Público, solução que se adequa à arquitetura do sistema de proteção, em que a iniciativa processual cabe ao Ministério Público (cf. o artigo 105.º da LPCJP), pelo que está vedada à CPCJ a iniciativa de remeter diretamente processo ao tribunal;

b) Quando no âmbito de processo judicial se constatar que pende na CPCJ processo relativo à mesma criança ou jovem, porque o Juiz teve a iniciativa prevista no artigo 81.º, n.º 3, da LPCJP, ou porque a CPCJ informou o tribunal ou o magistrado do MP interlocutor, o processo deve ser enviado ao MP.

José António Carvalho

Caso já esteja pendente uma ação de regulação das responsabilidades parentais e entretanto for proposta uma ação de divórcio deverá proceder-se ou não à apensação desta àquela em face do disposto no artigo 11.º, n.º 3 do RGPTC?

Dispõe o artigo 11.º, n.º 3, do RGPTC que “estando pendente ação de divórcio ou de separação judicial, os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, da prestação de alimentos e de inibição do exercício das responsabilidades parentais correm por apenso àquela ação”.

Este artigo prevê que já esteja pendente a ação de divórcio e não a situação oposta, bem como a apensação é sempre feita ao processo de divórcio.

Entende-se que o Tribunal que se encontra em melhores condições para apreciar a situação e melhor acautelar os interesses dos menores é o tribunal onde corre o processo de divórcio. O Julgador, aí, tem ou pode tomar melhor conhecimento do ambiente familiar em que o menor foi criado e se desenvolveu, do drama vivenciado pelo casal, dos seus conflitos existentes e latentes. Aí, e logo na tentativa de conciliação, poderá resolver-se as questões relativas à regulamentação das responsabilidades parentais.

Por outro lado, estando pendente uma ação de divórcio ou separação litigiosa aquando da propositura dessas providências tutelares cíveis, estas correm por apenso àquela, não havendo lugar à distribuição nos termos do artigo 206.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, do CPC, competindo ao tribunal onde corre essa ação de divórcio ou separação litigiosa o seu julgamento, mesmo que de acordo com o critério da competência territorial referido no artigo 9.º essa competência pertencesse a outro tribunal.

Interpretação diversa, ou seja, a ação de regulação quando a ação de divórcio é proposta e ser aquela remetida para apensação a esta, tal implicaria que em tribunais diferentes quando estivesse a correr o processo de regulação (eventualmente numa fase muito avançada já com marcação de julgamento) e vir a conhecimento a existência de um processo de divórcio instaurado noutra tribunal seria o processo remetido para o outro tribunal, arrastando-se o processo e com prejuízo para a criança.

Há uma diferença na redação do n.º 1 deste artigo 11.º onde refere que “se forem instaurados separadamente... é competente para conhecer de todos eles o juiz do processo que tiver sido instaurado no primeiro lugar” e que esses processos correm por apenso, enquanto no n.º 3 determina apenas que “estando pendente ação de divórcio... as providências tutelares cíveis... correm por apenso”.

Também o disposto no artigo 11.º, n.º 5, do RGPTC refere que a incompetência territorial não impede a observância do n.º 3, assim, estando pendente ação de divórcio num tribunal será este o competente.

Do mesmo modo, é proibido o desaforamento dos processos (artigo 39.º da LOSJ – que estipula que nenhuma causa pode ser deslocada do Tribunal ou júízo competente para outro, a não ser nos casos especialmente previstos na lei).

De todo modo admito que no mesmo tribunal com o mesmo juiz ainda assim se possa proceder à apensação por a situação de desaforamento de processos não se verificar.

Rogério Pereira

O disposto no artigo 37.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa determina uma conexão processual ou apenas produz efeitos no âmbito do Processo Tutelar Educativo?

Dispõe o artigo 37.º, n.º 1, da LTE que: “Se houver vários processos procede-se à apensação ao processo instaurado em primeiro lugar, se os menores forem irmãos, ou sujeitos à guarda de facto da mesma pessoa.”

Em nosso entendimento, a regra de apensação de processos contida neste preceito legal, quer pela sua inserção sistemática na LTE, quer pela ausência de referência a outras espécies processuais, ao contrário do que sucede nos artigos 11.º, n.º 1, do RGPTC e 81.º, n.º 1, da LPCJP, é uma regra apenas válida no âmbito dos processos tutelares educativos.

Carla Francisco

Capítulo III.

AUDIÇÃO DA CRIANÇA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. AUDIÇÃO DA CRIANÇA

Quando deve ter lugar a audição da criança e em que moldes?

De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, al. c), do RGPTC «a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito...».

O princípio da audição da criança, aqui consagrado, concretiza o direito da criança em participar ativamente nos processos que lhe digam respeito, assim se afirmando aquela como sujeito de direitos.

Este mesmo direito está consagrado em vários diplomas internacionais, destacando:

– A Convenção sobre os Direitos da Criança, acolhida na nossa ordem jurídica pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8/6/90, que, no seu artigo 12.º, estipula: «Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. Para este fim é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente seja através de representante ou organismo adequado ...»;

– A Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança, adotada em Estrasburgo em 25/1/96, acolhida na nossa ordem jurídica pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13/12/2013, que determina «À criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: b) ser consultada e exprimir a sua opinião; Nos processos que digam respeito a uma Criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá: c) ter devidamente em conta as opiniões expressas da Criança»;

– O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27/11/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental: conjugando os artigos 11.º, n.º 2, 23.º, al. b) e 41.º, n.º 2, al. c), conclui-se que o princípio da audição da Criança é um dos seus alicerces jurídicos;

– O artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7/12/2000, prevê que as crianças podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhe digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

Também no nosso ordenamento jurídico a audição da criança é uma exigência:

– O artigo 84.º da LPCJP dispõe que «As crianças e os jovens são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção»;

– A Lei Tutelar Educativa, no seu artigo 47.º, estabelece que «A audição do menor é sempre realizada pela autoridade judiciária...».

– O artigo 3.º, al. c), do Regime Jurídico do Processo de Adoção (Lei n.º 143/2015, de 8/10) consagra o princípio da audição da criança.

Por último, importa trazer à colação as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotada em 17/11/2010:

– Ponto D, 47: «Uma criança não deve ser impedida de ser ouvida apenas em razão da idade. Sempre que uma criança tome a iniciativa de depor num caso que lhe diga respeito, o juiz não deve, a não ser no interesse superior da criança, recusar-se a ouvi-la, devendo ouvir os seus pontos de vista e a sua opinião sobre as matérias que lhe digam respeito»;

– Ponto 35 da exposição de motivos: «Nos litígios de natureza familiar, as crianças devem ser incluídas nas discussões que antecedem qualquer decisão que afete o seu bem-estar presente e/ou futuro. Todas as medidas necessárias para garantir que as crianças participem no processo judicial devem ser da responsabilidade do juiz, que deve verificar se as crianças participam efetivamente no processo e só estão ausentes quando elas próprias se recusam a participar ou quando a sua maturidade ou nível de compreensão não lhes permite participar».

O artigo 5.º do RGPTC consagra duas formas distintas de audição da criança?

a) Uma para que o tribunal possa formar a sua convicção, numa fase inicial do processo, relativamente a factos participados por algum dos progenitores, procedendo para o efeito à audição do menor, sem observância das formalidades prescritas no n.º 7 do citado artigo e, por força dessa audição, vir a aplicar inicialmente uma decisão provisória?

b) Outra, uma audição com as formalidades prescritas no n.º 7 com o objetivo específico de que o depoimento do menor possa ser utilizado em sede de audiência de julgamento?

Entendo que o artigo 5.º do RGPTC consagra duas formas diferentes de audição da criança, mas não no sentido questionado.

A diferença de regime não depende da fase em que a audição da criança ocorre, se na fase inicial, se na fase de julgamento, mas antes do objetivo visado com tal audição.

Assim, as formalidades serão diferentes, consoante se procura auscultar a opinião da criança, ou se se visa que as declarações da criança sejam utilizadas como meio probatório, nomeadamente em sede de julgamento.

Esta diferença resulta, quer da letra, quer do espírito do artigo 5.º.

Na verdade, o n.º 1 do artigo 5.º refere-se à audição da criança, «sendo a sua opinião tida em consideração ... na determinação do seu superior interesse», enquanto o n.º 6 do preceito

reporta-se ao depoimento da criança para que «possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento».

Esta distinção constava da Proposta de Lei que deu origem à Lei n.º 141/2015, de 8/9, aí se fazendo já menção ao aproveitamento das declarações para memória futura prestadas no processo penal.

Em suma, as formalidades previstas no n.º 7 do preceito são obrigatórias quando as declarações da criança são tomadas como meio de prova, enquanto que quando se ausculta a opinião da criança apenas tem de ser respeitado o prescrito no n.º 4 do artigo 5.º.

Ou seja, na fase inicial do processo, para aplicar um regime provisório tal como prevê o artigo 38.º do RGPTC, por exemplo, se as declarações da criança foram valoradas como meio de prova, tem de ser cumprido o formalismo do n.º 7 do preceito.

Equacionar a audição da criança logo no despacho que designa data para a conferência do artigo 35.º do RGPTC?

Olhando apenas para a letra da lei – o n.º 3 do artigo em causa –, parece que é obrigatória a presença da criança (com mais de 12 anos ou com idade inferior, mas com capacidade para compreender os assuntos em discussão) na primeira conferência de pais, dado que o preceito afirma que a criança «é ouvida».

Contudo, não me parece que tal expressão aponte para a obrigatoriedade de convocar a criança no primeiro despacho, até porque, lendo apenas o requerimento inicial, como pode o juiz avaliar se a criança com idade inferior a 12 anos tem maturidade para ser ouvida?

Tenho optado por não convocar a criança no primeiro despacho.

Se na conferência os pais chegarem a acordo, convoco a criança para outra data, para auscultar a sua posição e só nessa altura homologo o acordo.

De notar que opto por ouvir, por regra, apenas as crianças com 12 anos ou mais (não com mais de 12 anos como prescreve o artigo 35.º, n.º 3), fazendo um paralelismo com a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – cf. os artigos 5.º, al. f), 10.º, n.º 1, 105.º, n.º 2, 114.º, n.º 1, entre outros.

Há quem defenda que a audição das crianças deve ocorrer sempre que as mesmas tenham atingido os 8 anos de idade, com base no prescrito pelo artigo 488.º, n.º 2 do C.C., que presume a falta de imputabilidade aos menores de sete anos de idade.

Contudo, entendo que não deve ser seguido este critério, pois uma coisa é a presumível inimputabilidade em termos de responsabilidade civil, outra é a (presumível) imaturidade dos menores de 7 anos para serem ouvidos em Tribunal neste tipo de matérias.

Se na conferência os pais não chegarem a acordo, fixo um regime provisório, para o qual nem sempre necessito de auscultar a criança, atento o seu carácter temporário e a remessa dos pais para Audição Técnica Especializada (ATE), no decurso da qual pode tal regime provisório ser alterado.

Ou seja, no meu entender, convocar desde logo a criança para a conferência prevista no artigo 35.º do RGPTC pode ser penalizante para a mesma, na medida em que não a poupamos nada ao conflito entre os progenitores, em especial num espaço formal como sempre é um tribunal!

Mais, ao marcar uma sessão apenas destinada a ouvir a criança, audição esta que decorre sem a presença dos advogados dos pais e destes, atenuo um pouco o confronto da criança com a «disputa» de que pode estar a ser alvo.

Audição da criança mesmo em caso de acordo dos pais?

Perante o RGPTC é difícil defender a não audição das crianças, ao menos das que têm mais de 12 anos de idade.

Aliás, tal audição é imposta por alguns diplomas, como condição de executoriedade das nossas decisões, como sucede com o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27/11, nos seus artigos 41.º, n.º 2, al. c), e 42.º, n.º 2, al. a).

Porém, há questões em relação às quais não ouço as crianças, mesmo que tenham mais de 12 anos, em nome do seu superior interesse – cf. a parte final do n.º 3 do artigo 35.º do RGPTC.

Assim, se estiver em causa apenas a redução/aumento da pensão de alimentos não procedo à audição da criança. Apenas o farei se necessitar de perceber, por exemplo, se a catividade extracurricular cuja frequência está na base do pedido de aumento da pensão de alimentos corresponde ou não à vontade e interesse da criança em questão.

Equacionar se o depoimento da criança pode vir a ser meio de prova e nomear técnico especialmente habilitado para o acompanhar?

No caso de não existir acordo dos pais na conferência prevista no artigo 35.º do RGPTC e caso não necessite de ouvir a criança para efeitos de fixar o regime provisório, tenho optado por ouvi-la na fase de julgamento, mas numa sessão especialmente destinada a esse fim, cumprindo então o formalismo do n.º 7 do artigo 5.º.

Ou seja, se ouvir a sua opinião numa fase inicial do processo, até para efeitos de fixação do regime provisório, não costumo ponderar utilizar as suas declarações como meio de prova, na medida em que entendo que – sem prejuízo daquelas situações em que somente as declarações da criança podem esclarecer determinados pontos de facto –, o seu superior interesse não passa por «depor» a favor de um ou de outro dos seus progenitores. Considero ser preferível não pôr nos ombros da criança o peso de passar por ela a prova dos factos alegados por um dos seus pais.

Seja como for, dependendo das situações concretas, mesmo na auscultação da criança para apurar a sua opinião tenho por vezes nomeado um técnico para o acompanhar, nomeadamente quando ouço crianças mais pequenas, com menos de 12 anos de idade.

A escolha do técnico passa muitas vezes pelo psicólogo que acompanha a criança, ou na escola, ou no Hospital Pediátrico de Coimbra, ou em consulta privada. Também já sucedeu nomear como tal a professora primária que me foi indicada como sendo uma referência para a criança ou o psicólogo da Casa Residencial onde se encontra acolhida.

A EMAT de Coimbra tem dois psicólogos na sua equipa que estão disponíveis para esta função, mas também já chamei para acompanhar a criança na diligência o psicólogo da equipa que me está afeta para a realização da ATE, que tem a vantagem de conhecer ambos os progenitores e as causas do conflito.

Cabe aqui abrir um parêntesis para explicar de que forma é realizada a Audição Técnica Especializada (ATE) no juízo de família e menores de Coimbra:

Desde janeiro de 2017, por acordo celebrado com a EMAT, o início das ATE ocorre em dia fixo da semana, consoante o juiz titular do processo, no edifício do Tribunal. Para o efeito, a EMAT afetou dois técnicos, tendo o cuidado de afetar um homem e uma mulher a cada juiz, com valências distintas, um psicólogo e um assistente social.

Deste modo, no final da conferência, designo logo data para se iniciar a ATE, notificando os pais para comparecerem no Tribunal. Uma das vantagens sentidas desde logo foi a celeridade da marcação, em confronto com o sistema anterior, em que se oficiava à Segurança Social solicitando que procedessem à ATE. Por outro lado, é reconfortante para os pais saírem da conferência, com um regime provisório, é certo, e ainda com o agendamento de uma data para um ato processual.

No dia apurado, apresento os pais e os técnicos, convidando-os a reunirem numa sala destinada para o efeito no edifício do tribunal, sendo que apenas designo um caso para cada parte do dia, um de manhã e outro à tarde.

Caso logre obter acordo entre os progenitores em sede de ATE, o mesmo fica a constar da ata, a fim de ser homologado.

Caso tal acordo não seja alcançado naquele dia, a ATE prosseguirá noutros data e local e nos moldes definidos pelos técnicos.

Em consequência da implementação deste método de trabalho reduziu-se grandemente o número de processos que prosseguem para julgamento e, mesmo nas situações em que não se alcança qualquer acordo (ainda que parcial) em sede de ATE, constato que se verifica uma melhoria do relacionamento e da comunicação entre os progenitores.

Consequências da audição da criança para efeitos probatórios sem a presença do técnico especializado:

Como marco uma sessão diferente para ouvir a criança, depois da produção da demais prova, «combinado» com os advogados a forma como a mesma vai ter lugar, nomeadamente, se for o caso, a prestação de depoimento sem a presença do técnico.

A não ser feito deste modo, parece-me que o legislador pretendeu que a criança seja ouvida, para estes efeitos, por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, pelo que não sendo cumprida tal formalidade, estaremos perante uma nulidade sujeita ao regime dos artigos 195.º, 197.º, n.º 2 e 199.º, n.º 1 do C.P.C. (*ex vi* o artigo 33.º, n.º 1 do RGPTC), pois pode influir na decisão da causa.

Porém, a parte que concordou com a audição sem acompanhamento técnico não a pode arguir depois, deve argui-la no decurso do depoimento, sob pena de tal nulidade ficar sanada – cf. o artigo 199.º, n.ºs 1 e 2, do C.P.C. .

Audição na presença dos advogados?

No juízo de família e menores de Coimbra existe uma sala de audição das crianças, convenientemente mobilada e apetrechada com brinquedos. A mesma dispõe de um vidro unidirecional, de forma que se pode visionar o que se lá passa sem se ser visto, a partir de uma pequena sala anexa. Contudo, quem se encontrar na dita sala anexa não consegue ouvir o que é dito pelas crianças ou por quem as questiona.

De forma a dar cumprimento ao disposto no artigo 5.º, n.º 7, als. b) e c), do RGPTC, os Advogados ficam na sala de audiências a assistir à tomada de declarações através do sistema de videoconferência. Simultaneamente a diligência fica gravada no Citius.

Em determinada altura, próxima do final da diligência, a funcionária, a um gesto meu, dirige-se à sala de audiências, de forma a tomar nota das perguntas adicionais que os Advogados queiram colocar, que serão por mim dirigidas à criança, se for caso disso.

Trata-se de uma forma de dar cumprimento a todas as imposições legais e, ao mesmo tempo, garantir que o ambiente em que a tomada de declarações às crianças decorre, é efetivamente reservado e propiciador da espontaneidade e sinceridade das respostas, na medida em que a criança não está perante demasiadas pessoas e, em especial, não estão presentes as pessoas que ela identificará como representando cada um dos seus progenitores em litígio.

Ora, este formalismo garante o exercício do contraditório no decurso do próprio ato, sendo que, por exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 1/6/2017 (processo n.º 653/14.2tbptm-J.L1), entendeu que o contraditório foi observado, ainda que sem o imediatismo resultante da presença física dos advogados, dado que lhes foi facultada a gravação da diligência e puderam formular perguntas adicionais.

Audição sem a presença do Ministério Público?

Além de o artigo 17.º, n.º 3, do RGPTC estipular que o Ministério Público está presente em todas as diligências e atos processuais presididos pelo juiz, não me parece defensável a sua ausência na audição da pessoa cuja defesa lhe incumbe: o artigo 5.º, n.º 1, al. c), do Estatuto do Ministério Público refere que este tem intervenção principal nos processos quando representa incapazes.

Confidencialidade das declarações da criança?

Mais uma vez, há que distinguir consoante estamos perante o auscultar da opinião da criança, ou se estamos em face de um depoimento para efeitos probatórios.

No primeiro caso é possível manter a confidencialidade das declarações da criança, não consignando em ata o que ela disser, determinando que a ata não pode ser consultada (só ficando acessível aos magistrados e funcionários) ou, no caso de se proceder à gravação áudio das declarações, negando o acesso à mesma pelas partes.

Na segunda hipótese já não me parece possível, sob pena de as declarações não poderem ser consideradas meio de prova. Por outro lado, estando as mesmas a ser visionadas pelos advogados, em tempo real, não vejo como se poderia efetivar tal confidencialidade, de modo a salvaguardar o segredo pretendido pela criança em pleno (pelo menos os pais saberiam que o filho confidenciou algo ao juiz!).

Advogados e Ministério Público podem colocar diretamente questões à criança?

Pensando no processo tutelar cível como um processo de jurisdição voluntária – cf. os artigos 12.º do RGPTC e 986.º, n.º 2 do C.P.C. –, entendo que tal é possível.

Procedendo às audições como eu as realizo, apenas o Ministério Público pode questionar diretamente a criança, mas esta diferença encontra fundamento no artigo 5.º do Estatuto do Ministério Público, atrás mencionado.

Nunca fui confrontada com a necessidade de nomear advogado à criança nos termos do artigo 18º, nº 2 do RGPTC, mas defendo que, quando tal ocorra, o seu advogado tem de estar presente na audição, fazendo perguntas diretamente ou através do juiz, dependendo das circunstâncias concretas do caso.

Audição da criança nos divórcios convolados para divórcios por mútuo consentimento?

Sim, nos mesmos termos em que a opinião da criança é tida em conta nos processos de regulação das responsabilidades parentais: marco data para ouvir a criança e decreto o divórcio nessa altura.

Helena Lamas

A quem devemos recorrer quando é necessário ouvir uma criança ou jovem na presença de psicólogo, se a criança não está a ser acompanhada a esse nível? Deveremos nesse caso recorrer a serviços privados, externos (no âmbito do artigo 22.º do RGPTC)?

No caso da questão colocada, trata-se desde logo à partida da necessidade da criança ter de ser acompanhada por um psicólogo no ato processual que irá ter lugar.

Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, al. c), do RGPTC em caso de audição e participação da criança é dada preferência ao apoio da assessoria técnica ao Tribunal.

Do mesmo modo, prevê-se no artigo 20.º, n.º 2, do RGPTC que “compete às equipas multidisciplinares apoiar as crianças que intervenham nos processos (...)”.

Também resulta da alínea d) do artigo 21º que o juiz pode solicitar informações a duas equipas: as multidisciplinares de assessoria técnica e as entidades externas. Porém, também aqui ponderado o princípio da economia processual e aproveitamento de atos, o legislador deu preferência a que fossem solicitadas às equipas multidisciplinares de assessoria técnica ou, quando necessário e útil, a entidades externas, com as finalidades previstas no RGPTC.

A assessoria técnica aos tribunais enquadrada em termos legislativos pelo Decreto-Lei 83/2012, de 30 de março, que aprova a orgânica do Instituto da Segurança Social, I.P., referindo na alínea p) do artigo 3.º, “Assegurar, nos termos da lei, assessoria técnica aos tribunais em matéria de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e tutelar cível”. Também a Portaria n.º 135/2012, de 8 de maio, que aprova os Estatutos do Instituto da Segurança Social, I.P., menciona na alínea u) do artigo 7.º “Apoiar, qualificar tecnicamente e monitorizar a assessoria técnica aos tribunais, em matéria de promoção e proteção e tutelar cível”.

Ora, ponderada a preferência legalmente referida, tenderia a primeiro solicitar à Equipa de Assessoria Técnica do ISS se dispunha de psicólogo para poder acompanhar a criança na diligência, caso isso não fosse viável, então sim seria de recorrer a psicólogo de uma entidade externa ao abrigo do disposto no artigo 22.º do RGPTC.

Rogério Pereira

Em que termos concretos se recomenda que seja feita a audição da criança/jovem nos processos provenientes da Conservatória do Registo Civil – agora também nos casos que não de divórcio (Lei n.º 5/2017, de 02-03): direta e pessoalmente pelo magistrado do Ministério Público ficando o depoimento lavrado em ata; através de declaração escrita da criança/jovem; por intermédio de técnicos da Segurança Social, ou outro meio?

A audição quanto às questões que afetam a estrutura da sua vida, como é claramente o caso das decisões relativas ao exercício das responsabilidades parentais, constitui o exercício de um direito fundamental da própria criança.

Uma decisão justa, que verdadeiramente pondere a dimensão complexa daquilo a que chamamos o “interesse superior da criança”, tem que considerar a perspetiva do seu centro de decisão.

Esta aspiração de atingir uma decisão que realize o mais plenamente possível os direitos da criança passa necessariamente pela consideração da sua opinião, de acordo com a sua idade e maturidade, como se refere no artigo 12.º, n.º 1, da Convenção dos Direitos da Criança.

É uma obrigação dos sistemas jurídicos encontrar meios para que essa opinião seja levada a quem decide.

Dever-se-á ter em consideração, desde logo, que o artigo 274.º-B, n.º 4, do Código do Registo Civil dispõe que o Ministério Público promove a «audição do menor» (sic) para a recolha dos elementos que assegurem a salvaguarda do «superior interesse da criança» (sic) aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral.

Note-se que a remissão não é apenas para o procedimento de audição mas também para o próprio artigo 4.º do Regime Geral, que afirma claramente a audição da criança como um princípio estruturante do processo decisório em matéria de fixação do regime de exercício das responsabilidades parentais.

Note-se, também, nos termos dessa mesma norma, que a responsabilidade de ouvir a criança é expressamente atribuída ao Ministério Público, não estando previsto que o Conservador a possa ouvir, como decorre da leitura do artigo 274.º-A do Código do Registo Civil.

Na verdade, não parece ser de forma alguma indiferente que o n.º 3 do artigo 274.º-A preveja que o Conservador possa praticar atos e produzir prova para fazer um juízo de conformidade dos termos do acordo com os interesses dos filhos e que o artigo 274.º-B, n.º 4, atribua especificamente ao Ministério Público a responsabilidade de ouvir a criança para salvaguarda do seu superior interesse.

A redação das normas, a meu ver, encerra uma clara intencionalidade e apela a conceitos próximos mas diversos:

– Por um lado, a legalidade objetiva do acordo, à luz das normas do Código Civil que definem o conteúdo das responsabilidades parentais (respeito pelo disposto nos artigos 1877.º e seguintes do Código Civil) e regem as consequências que decorrem da separação dos pais (respeito pelo artigo 1906.º do Código Civil);

– Por outro lado, o interesse superior da criança, conceito altamente indeterminado que apela à ponderação de critérios mais amplos, como por exemplo, a relevância da ligação da criança a um determinado espaço geográfico ou a um contexto social onde se integram figuras de referência afetiva que são estruturantes.

Ao Ministério Público caberá fazer um controlo material do acordo, procurando determinar se os termos em que é proposto o exercício das responsabilidades parentais respeita

formalmente a lei, mas se também realiza o interesse daquela particular criança ou daquele particular jovem, considerando as suas características, a sua integração no meio em que reside, a sua rede afetiva de referência, ou seja, todo o seu contexto de vida.

O que importa é conhecer a criança, aquele concreto indivíduo a que se refere o acordo, escutá-lo, compreende-lo, dar-lhe um espaço em que possa exprimir-se em liberdade e, finalmente, atender a tudo quanto transmitiu.

Nessa medida, apenas a audiência presencial pelo magistrado do Ministério Público poderá permitir a realização da finalidade material de afirmar um determinado regime de exercício das responsabilidades parentais como bom para uma criança.

Esta audiência, considerando o procedimento em que se enquadra e a sua finalidade deve ser informal, prescindindo da presença de técnicos e reduzida a escrito por súmula em que se alinhem os aspetos mais relevantes a atender no parecer do Ministério Público.

Pedro Faria

Nos processos que correm termos na Conservatória do Registo Civil a quem compete a audiência da criança/jovem?

Reportam-se estes processos aos:

– **Acordos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Processos de Separação de Pessoas e Bens ou Divórcio por Mútuo Consentimento** – DL n.º 272/2001, de 13 de outubro; e

– **Acordos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais por Mútuo Acordo junto das Conservatórias do Registo Civil** – Lei n.º 5/2017, de 2 de maio.

Resposta: Ao Ministério Público.

Em ambos os processos compete ao Magistrado do Ministério Público a emissão de Parecer sobre o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais subscrito pelos pais. Para o efeito, a Conservatória do Registo Civil remete (atualmente via eletrónica) o processo (na prática peças processuais do processo) à Procuradoria da República competente.

A audiência da criança deve ser prévia e com vista à emissão do parecer pelo Magistrado do Ministério Público.

O artigo 274.º-B, n.º 4, do Código do Registo Civil (CRC), aditado pelo artigo 3.º, da Lei 5/2017, de 2 março, diz claramente “O Ministério Público promove a audiência do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 4.º e 5.º, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível”.

Quando aí se diz “promove” é no sentido corrente da palavra.

Tal como o é na redação dada ao artigo 5.º, n.º 2, do RGPTC, que também refere que o juiz *promove* a audição da criança, a qual pode ter lugar em audiência judicial para este efeito agendada.

A palavra “promove” não é aqui utilizada no sentido usual da prática judiciária em que o Magistrado do Ministério Público promove nos processos judiciais e o Magistrado Judicial decide.

De resto, o artigo 5.º, n.º 1, do RGPTC, para o qual remete, como vimos o artigo 274.º-B, n.º 4, do CRC, determina que a criança tem direito a ser ouvida pelas autoridades judiciárias. E estas autoridades são exclusivamente os Magistrados Judiciais e os Magistrados do Ministério Público.

E segue as regras do Regime Geral, concretamente dos arts. 4.º, n.ºs 1, al. c), e 2, e 5.º?

A resposta a esta questão é obviamente breve.

A audição da criança, nos processos referidos que correm termos na CRC, segue naturalmente as regras dos artigos 4.º e 5.º, do RGPTC, com as devidas adaptações conforme prevê o citado artigo 274.º-B, n.º 4, do CRC.

Nestes processos existe acordo entre os progenitores. A matéria das responsabilidades parentais nos seus diversos segmentos não é controvertida, ou se o foi, o litígio mostra-se ultrapassado com a celebração do acordo.

Daí que a matéria da audição da criança não visa a produção de prova, a que se reportam os n.ºs 6 e 7, do artigo 5.º. Não se aplicam os n.ºs 6 e 7, porque próprios das declarações para produção de prova.

Em minha opinião é, pois, apenas aplicável o disposto no artigo 4.º, n.º 2, al. c), e 5.º, n.ºs 1 a 5, do RGPTC.

Fátima Silveira

Nos processos de RERP que correm termos nas CRC é sempre obrigatória a audição da criança? Neste caso, quem deve proceder a tal audição, o Conservador, enquanto titular do processo ou o MP?

Sempre que entenda que as crianças, em razão da idade, não devem ser ouvidas, tem o MP no seu parecer e o Conservador, na decisão, de fundamentar as razões da não audição?

No domínio temporal de vigência da legislação anterior à entrada em vigor do novo Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, a audição das crianças e jovens pelo tribunal assentava essencialmente:

– No disposto no artigo 1901.º, do Código Civil, onde se dispõe da seguinte forma:

- 1) Na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais;
- 2) Os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal que tentará a conciliação;
- 3) Se a conciliação referida no número anterior não for possível, o tribunal ouvirá o filho antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselharem.

– No disposto no artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores (“São aplicáveis aos processos tutelares cíveis os princípios orientadores da intervenção previstos na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, com as devidas adaptações”) que remetia designadamente para o disposto nos artigos:

– 4.º, alínea i), da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo, que dispunha o seguinte “Audição obrigatória e participação – a criança e o jovem em separado, ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representantes legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção”; e

– 10.º do mesmo diploma legal, que dispunha o seguinte:

“1. A intervenção das entidades referidas nos artigos 7.º e 8.º depende da não oposição da criança ou o jovem com idade igual ou superior a 12 anos;

2. A oposição da criança com idade inferior a 12 anos é considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção”; e

– 84.º do mesmo diploma legal, que dispunha o seguinte:

“1 – As crianças e os jovens com mais de doze anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidas pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à situação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção;

2 – A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso, ou por pessoa da sua confiança”.

Fazendo apelo à minha experiência pessoal posso referir que, antes da entrada em vigor do novo Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, no Juízo onde tenho trabalhado nos últimos quinze anos, a regra era, nos processos tutelares cíveis e contrariamente ao que sucedia nos processos de promoção e proteção, a não audição da criança ou jovem, exceto se requerida por algum dos progenitores ou por quem tivesse a sua guarda ou, algo excepcionalmente, se oficiosamente o tribunal a considerasse imprescindível. Entendia-se que, havendo acordo entre os pais quanto aos termos da regulação das responsabilidades parentais do filho, se este fosse ouvido e discordasse do acordo dos pais poder-se-ia estar perante uma situação

complicada e algo distorcida, pois ou o tribunal ignorava a opinião da criança ou do jovem (o que tornaria inútil a sua audição), ou a acatava e rejeitava o acordo dos pais, podendo assim dar azo à inviabilização de um desfecho consensual do processo, tendo este que seguir para julgamento; a opção poderia ainda gerar conflitos dos pais com o filho, ou ainda fazê-los simular que aceitavam a posição do filho para depois incumprirem e levaram à prática a sua própria posição coincidente (mas diferente da opinião do filho).

Entendia-se também que as crianças e os jovens devem tanto quanto possível ser mantidos à margem dos divórcios e das questões subjacentes à regulação das responsabilidades parentais, sendo a sua opinião, se tiverem idade e maturidade para ser averiguada, apenas sindicável se não houvesse de todo acordo entre os pais em alguma das vertentes da regulação das responsabilidades parentais, designadamente no que concerne à fixação da residência habitual da criança ou do jovem, ou no que respeita ao regime de visitas ao progenitor não residente, sendo a discordância de tal ordem que exigisse, para uma correta apreciação e regulação do caso, obter do jovem esclarecimentos ou opiniões importantes.

Entretanto, em Recomendação da Procuradora-Geral Distrital do Porto, vinculativa para os Magistrados do Ministério Público colocados no Distrito Judicial do Porto e formulada na sequência do III Encontro de Magistrados do Ministério Público da Jurisdição de Família e Menores da área dos Tribunais da Relação do Porto e de Guimarães, realizado a 22/5/2015, em Mezio, Arcos de Valdevez, foi estatuído que:

- a) A audição e participação da criança constitui um dos princípios orientadores da intervenção em sede tutelar cível;
- b) Tal princípio deverá, todavia, ser temperado com os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade, no sentido de que a audição serve o propósito de melhor definir o quadro vivencial que permitirá que a criança cresça e se desenvolva em condições de harmonia e segurança, devendo, por isso, ser observada “se” e “na medida” em que se revele útil e vantajosa para ela;
- c) Em processo judicial é tendencialmente obrigatória a audição das crianças com idade igual ou superior a 12 anos ou, não os tendo, sempre que revelem maturidade e discernimento suficiente para o efeito, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar;
- d) No domínio dos acordos sobre o exercício das responsabilidades parentais previstos no artigo 14.º do DL n.º 272/2001, de 17/10/2001, o Magistrado do Ministério Público deve proceder à audição das crianças sempre que tal seja possível, a sua idade e maturidade o aconselhem e as concretas circunstâncias do caso levantem dúvidas sobre a bondade do acordo, na perspetiva do seu superior interesse;
- e) A decisão de não proceder à audição da criança deve ser fundamentada com as razões de facto e de direito que a justificam e ficar processualmente documentada.

A partir de 8/10/2015, com a entrada em vigor do novo Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, é indubitável que algo mudou no paradigma anterior e que, pelo menos em relação aos

jovens com mais de doze anos, a exceção terá de passar a ser a regra nos processos tutelares cíveis.

De facto, logo no capítulo das disposições gerais, o artigo 4.º, que fixa os princípios orientadores deste diploma legal, dispõe o seguinte, no seu n.º 1, alínea c): “Audição e participação da criança – a criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica do tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse”; e acrescenta o número 2 do mesmo preceito legal: “Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica”.

E o artigo 5.º do referido diploma legal regula pormenorizadamente os moldes de audição das crianças e jovens pelos tribunais. Especialmente importante são as estipulações do seu n.º 1, (que estipula que “a criança tem de ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse”), do seu n.º 2 (que estipula que “para efeitos do disposto no número anterior o Juiz promove a audição da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito”) e do seu n.º 6 (que estipula que “sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos posteriores, incluindo o julgamento”).

Por sua vez, o artigo 35.º, n.º 3, do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, que dispõe sobre a conferência de progenitores no âmbito das ações de regulação das responsabilidades parentais, dispõe que “A criança com idade superior a doze anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal nos termos previstos na alínea c) do artigo 4.º, e no artigo 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar”.

Sublinhe-se ainda o disposto no artigo 20.º, do mesmo diploma legal, que ao definir os termos da assessoria técnica a prestar aos tribunais pelas equipas da Segurança Social, consagra expressamente no seu n.º 2 que “Compete às equipas técnicas multidisciplinares apoiar a instrução dos processos tutelares cíveis e seus incidentes, apoiar as crianças que intervenham nos processos e acompanhar a execução das decisões, nos termos previstos no RGPTC”.

Em 1/4/2017 entrou em vigor a Lei n.º 5/2017, de 2/3/2017, que estabeleceu o regime de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo junto das Conservatórias de Registo Civil. Por força do aditamento, pelo seu artigo 3.º, do artigo 274.º-B ao Código de Registo Civil, cujo n.º 4, estipula que o Ministério Público promove a audição do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 4.º e 5.º do RGPTC (sendo a expressão “promove” entendida com o significado de “leva a cabo”), nesse tipo de processos passou a ser indiscutivelmente obrigatória, pelo Magistrado do Ministério Público e não pelo

Conservador do Registo Civil, a audição das crianças nos termos em que o é pelo tribunal em sede de processos tutelares cíveis, quando a sua idade e maturidade o aconselhem e as concretas circunstâncias do caso levantem dúvidas sobre a bondade do acordo, na perspetiva do seu superior interesse.

Contudo, como o Magistrado do Ministério Público não pode tirar conclusões sobre o grau de maturidade da criança em questão, tem necessariamente de se limitar a analisar a sua idade e recorrer por analogia, ao disposto no artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC, que fixa a idade de 12 anos como o limite etário mínimo para a audição obrigatória das crianças, prática que sigo. E se excecionalmente optar por não ouvir a criança maior de 12 anos, o Magistrado do Ministério Público terá de justificar porque o não fez.

José António Carvalho

É obrigatória a audição das crianças e jovens em todas as ações em que seja regulado o exercício das responsabilidades parentais, ainda que se trate de processo judicial em que os respetivos progenitores chegam a acordo quando da conferência de pais?

A resposta tem de ser positiva. É obrigatória de acordo com a legislação supranacional e nacional atualmente em vigor e aplicável.

Consagra o artigo 4.º, n.º 1, c), do RGPTC, como **princípios orientadores a audição e a participação**, a “criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito”.

A idade para a sua audição situa-se nos 12 anos ou mesmo em idade inferior, relativamente à criança com capacidade para compreender a matéria em debate, tendo em atenção a idade e maturidade – artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC.

Só não deve ser ouvida se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar – artigo 35.º, n.º 3, *in fine*, do RGPTC.

A idade de limite de 14 anos, imposta pelo artigo 1901.º, n.º 2, do Código Civil na redação dada pelo DL 496/77, de 25 de novembro foi eliminada com a alteração introduzida a este artigo pela Lei 61/2008, de 31 de outubro.

Mas nesta data já aos processos tutelares cíveis eram aplicados os princípios orientadores da audição e da participação, previstos no artigo 4.º, i), LPCJP, por força do artigo 147.º-A, introduzido na OTM, pela Lei 133/99, de 23 de agosto.

Toda a evolução legislativa e as disposições legais acima referidas do RGPTC mais não são que a transposição para a lei ordinária em matéria tutelar cível do já consagrado em instrumentos internacionais vinculativos.

A saber, designadamente:

- **A Convenção Sobre os Direitos da Criança**, adotada pelas Nações Unidas a 20 de novembro de 1989, assinada por Portugal a 26 de janeiro de 1990 e entrada em a 21 de outubro de 1990 – artigo 12.º, n.º 1 e n.º 2;
- **A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança**, adotada em Estrasburgo a 25 de janeiro de 1996, ratificada por Portugal apenas em 2014, com entrada em vigor a 1 de julho de 2014 – arts. 3.º, b) e c) e 6.º, a) e b);
- **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, publicada no jornal oficial das Comunidades Europeias de 18 de dezembro de 2000 – artigo 24.º, n.º 1; e o
- **Regulamento (CE) 2201/2003** do Conselho, de 27 de novembro de 2003 (**Regulamento Bruxelas II BIS**) relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de responsabilidade parental.

Importa alertar que a falta da audição da criança (ou a inexistência de despacho que fundamente a não audição) é fundamento do não reconhecimento e da não executoriedade de uma decisão de um tribunal português por um tribunal de outro Estado membro; e necessária para a emissão de certidão relativa ao direito de visita ou ao regresso se a criança tiver sido ouvida, exceto se a audição for inadequada, em função da idade ou grau de maturidade – artigos 23.º, b), 41.º, n.º 2, c) e 42.º, n.º 2, a), do Regulamento Bruxelas II (CE) 2201/2003.

Assim, a circunstância dos pais terem chegado a acordo durante a conferência de pais, ou mesmo, acrescido, de juntarem aos autos um acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, não exclui a obrigatoriedade da audição da criança.

É sabido que nem sempre é esta a prática judiciária.

Tem, pois, de ser intensificado um novo olhar sobre a criança neste tipo de processos. A criança foi transposta para um outro patamar processual. Deixou já de ser como que apenas o “objeto” do processo, mas sim o centro do processo. Tem voz no processo. Não é uma testemunha dos seus progenitores. O seu ponto de vista deve ser levado em conta no processo de tomada de decisão, isto é, participa no processo de formação da decisão que a afeta.

Fátima Silveira

A AUDIÇÃO DE CRIANÇAS EM TRIBUNAL – e quando não se ouvem?

1. Está assente, no nosso subconsciente supranormativo, que, tendencialmente, toda a criança deve ser ouvida nos processos em que se discutem questões relacionadas com a sua existência.

Tal princípio da audição da criança traduz-se, como exemplarmente nos ensina Rui Alves Pereira:

- (1) *Na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade;*
- (2) *No direito à participação activa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração;*
- (3) *Numa cultura da Criança enquanto sujeito de direitos.*

A REGRA é, pois, ouvir a criança, se for considerado conveniente tal audição.

A não audição da criança apenas se justificará em três situações, devendo sempre ser sempre motivada e fundamentada:

- 1.ª Se ela livremente manifestar interesse em não ser ouvida;
- 2.ª Se for considerado inconveniente ouvir a criança face ao assunto em discussão;
- 3.ª Se for reconhecido que ela não dispõe de capacidade de discernimento ou de maturidade para o efeito.

2. Quais as consequências processuais da não audição de uma criança?

2.1. Começaremos por considerar que a falta de audição, quando a audição é devida, ou a falta de justificação para a não audição das crianças **afetam a subsistência da decisão que não a admitiu.**

Mas qual o vício processual a invocar?

2.2. Vários arestos das nossas Relações e do Supremo se têm pronunciado sobre esta matéria, muito embora em termos algo enunciativos, sem desenvolver muito a questão do vício processual atendível¹.

Nos que caracterizam o vício, encontramos quem conceba o direito de audição como um mero direito processual e os que configuram o direito de audição como um princípio geral com relevância substantiva.

Aludo, em primeiro lugar, ao acórdão do STJ, proferido no Pº 17/14.8T8FAR.E1.S2, datado de 5/4/2018, cuja relatora foi a Juíza Conselheira Rosa Ribeiro Coelho, relativamente a um acórdão de 1ª instância – confirmado pela Relação – que aplicou a uma criança a medida da adotabilidade prevista no artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP.

¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04/10/2007 (Pº 5221/2007-8); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02/05/2017 (Pº 897/12.1T2AMD-F.L1-1); Acórdão da Relação de Lisboa, de 11/9/2014 (Pº 1869/11.9TMLS.B.L1-2), Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25/05/2017 (Pº 805/12.0TMFAR-B.E1); Acórdão da Relação de Lisboa, de 05/07/2000 (CJ,2000-IV-79).

Durante a fundamentação, escreve-se o seguinte:

- «*Muito tempo é passado desde o início das intervenções que os factos provados atestam e hoje a criança tem 11 anos, idade em que é natural possuir já, não só um considerável grau de discernimento, mas ainda uma vontade própria que necessariamente terão de ser considerados e sopesados, a par dos demais fatores, na aferição do que será o “seu superior interesse”.*
- *A consideração e tutela deste discernimento e vontade dita que para a adoção se exija o consentimento do adotando, quando este tenha mais de 12 anos de idade – artigo 1981.º, n.º 1, alínea a), do C. Civil.*
- *É certo que AA foi oficiosamente ouvido em sede de debate judicial, mas a este respeito nada se consignou na matéria de facto apurada, apenas constando na fundamentação da decisão proferida sobre os factos, lavrada no acórdão de 1ª instância, o seguinte: “(...) de um forma espontânea e sincera respondeu às questões do Tribunal colocadas pelo Juiz social (psicólogo) corroborando o teor dos relatos trazidos ao processo pela técnica da associação das verdades escondidas, da comissão, da segurança social e da instituição refúgio BB.”*
- *Fica-se, assim, sem saber o que será o “seu querer”, “o seu sentir” em relação à vida no futuro, ao corte de relações com a única família que conheceu e à sua disponibilidade interior para aceitar e se deixar acolher no seio de uma nova família que, não obstante poder vir a dar-lhe as condições de vida, segurança e proteção que naquela outra, por incapacidade dos progenitores, lhe foram negadas, para ele representa o desconhecido, com a insegurança e carga negativa que este encerra, bem mais acentuada quando se tem 11 anos de idade.*
- *E a dúvida avoluma-se perante o que consta no facto n.º 156, segundo o qual, “a criança refere gostar mais de estar no espaço Refugio em comparação com a casa onde habitava com os pais, embora refira pretender regressar para a família (declarações da técnica EE).”*
- *Ou, ainda, em face do descrito sob o n.º 155, onde se diz que “a criança oscila entre a angústia de reviver o passado e de trair a aliança com os pais, embora tenha sido orientado para em Tribunal dizer só a verdade (declarações da técnica EE)”, a revelar uma **ambivalência** que necessariamente lhe traz grande sofrimento e que gera inquietude quanto às repercussões que poderá ter, na sua idade, o corte com a família biológica, na qual se integra a irmã DD, com quem, sabidamente, mantém vínculo afetivo – facto n.º 167 –, tanto mais que, como a experiência dita, essa mesma idade funciona já como fator de acrescida dificuldade no projeto da sua adoção; impõe-se então ponderar também a pior das hipóteses em que a criança verá cortados os únicos laços familiares que conhece, sem que, atingida a idade máxima para a adoção, esse projeto se tenha concretizado.*
- *De tudo isto resulta que, **com vista à indispensável aferição de qual será o “superior interesse” de AA, necessário se torna conhecer a sua vontade quanto ao projeto de vida que implicará a medida de confiança com vista à sua futura adoção e, bem assim, as consequências que para uma criança com o seu passado e já com 11 anos de idade poderão advir da total rotura com os elementos que compõem a sua família biológica.***
- *Factualidade que poderá ser colhida, em termos práticos, através da audição da criança e com a realização de perícia psicológica à sua pessoa».*

Perante isto, ordenou-se a descida dos autos ao tribunal recorrido, a fim de providenciar pela ampliação da matéria de facto nos termos sobreditos e **novu julgamento** em conformidade.

Como se atesta, nunca se fala aqui em nulidade ou outro vício processual – contudo, entendeu-se que deveria ser ampliada a matéria factual após a necessária audição de uma criança.

Outros existem que dispensam a audição da criança.

Veja-se, por exemplo, o Acórdão da Relação de Coimbra datado de 27/4/2017 (Pº 316/12.3 TBFND-B.C1), no qual se decidiu:

«2. Encontrando-se em causa a aplicação da medida de confiança com vista a futura adoção, tendo o menor seis anos de idade e demonstrando um desapego relativamente à família de origem, tal audição afigura-se-nos como dispensável, por se entender que da mesma dificilmente se retiraria algum elemento útil à decisão em apreço».

Tal decide, não obstante, depois de opinar que, declarada aberta a instrução, o juiz designa data para audição obrigatória da criança ou do jovem (cfr. artigo 107.º, n.º 1, al. a), da LPCJP), nos termos do qual a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, é sempre ouvida, também aqui não havendo qualquer limite de idade, sendo o critério a capacidade de compreensão – pata tal aferir, **o juiz deverá fazer alguma diligência prévia, ou recorrer ao apoio da sua assessoria técnica.**

Termina dizendo que quando a criança não é ouvida, **terá sempre de existir um despacho a refletir a necessidade ou não da audição da criança, devidamente fundamentado.**

No caso em análise, a Relação acaba por decidir não ser determinante ouvir a criança sujeito do processo, mas não deixa de colocar o acento tónico na necessidade de a ouvir ou de justificar a razão pela qual não vai aquela concreta criança ser ouvida em juízo.

Também no Acórdão da Relação de Lisboa (Pº 3473/05.1TBSXL-D.L1-8), datado de 17/11/2011, se entendeu que:

«I – O direito de audição traduz uma das manifestações do interesse superior da criança, fator primordial na definição do seu estatuto.

II – Nas ações de alteração de regulação do poder paternal, cujas questões e decisões, afetam substancialmente a vida da criança/menor, este deve ser ouvido.

III – Devem ser tomadas em consideração pelo Tribunal as opiniões da criança/menor, atenta a sua idade e maturidade, nas questões que afetam substancialmente a sua vida».

O veredicto final foi:

«Anula-se a sentença recorrida, determinando-se, sem prejuízo das provas carreadas e já valoradas pelo Tribunal, que se proceda à audição do menor C..., audição essa efetuada pelo Tribunal ou por outra entidade de cariz social que o Tribunal repute de idónea, no que concerne à questão da guarda, após o que se proferirá sentença que deverá tomar em consideração a opinião do mesmo».

Mais uma vez se anula uma sentença sem se aludir ao específico vício processual de que ela padece.

Já o Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 14/9/2010 (Pº 1169/08.1TBCSC-A.L1-1) entendeu que «a opinião dos menores torna-se relevante em diversas matérias que lhes dizem respeito inclusive no que toca à sua recusa em manterem inalterado o regime de visitas ao progenitor que não tem a sua guarda» (mais uma vez, estava em causa o incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais).

No dito caso, estava em apreciação a situação de duas crianças que se recusavam a ver o pai, decidindo a 1.ª instância que não tinha havido incumprimento maternal na alta de convívios dos filhos com o pai pois imperava a vontade destes, devidamente ouvida em juízo.

Foi escrito que:

«Assim, dos factos provados não podemos concluir por tal, não se vislumbrando que a mãe tenha criado intencionalmente qualquer situação para evitar as visitas dos menores ao pai, isto é, não há da parte daquela qualquer incumprimento reiterado e grave, culposo, que permita assacar-lhe um efetivo juízo de censura.

Qual a forma de contornar o supra referido “bloqueio”?
(...)

De qualquer modo, sempre diremos que não se pode colocar como opção a imposição de visitas, naturalmente propiciadora de forte perturbação emocional dos menores, suscetível de graves consequências, para além de inevitavelmente desencadeadora de reatividade contrária ao objetivo prosseguido com as visitas.
(...)

Estabelece a supracitada Convenção Sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 12.º n.º 1, o dever de os Estados Partes garantirem 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”.

Ora, os menores “in casu” já não são propriamente crianças, encontrando-se em fase de pré-adolescência, sendo a sua opinião relevante em diversas matérias que lhes dizem respeito, e no caso concreto, também no que toca ao regime de visitas.

Teve lugar a sua audição e a sua opinião e vontade foi veiculada perante o MP e o Juiz do processo.

Ora, esta situação, apesar de gerada ao arrepio, e em contrário do verdadeiro interesse dos menores, é de momento incontornável e outro caminho não se nos afigura exequível que não seja o da alteração do regime de visitas a fixar em sede processual própria.

Este distanciamento entre filhos e pai é, certamente, suscetível de ser ultrapassado a curto prazo, ainda que sem a imposição imediata de reatar o regime anteriormente acordado».

Lugar paralelo no Acórdão da Relação do Porto de 22/11/2016 (Pº 292/12.2TMMTS-A.P1):

«Assim, da conjugação destas disposições legais, a criança tem o direito de ser ouvida e a participar sobre as decisões que lhe digam respeito, sendo esta audição eventualmente acompanhada por assessoria técnica, não de modo obrigatório – até porque bem sabemos que

na prática essa possibilidade surge, muitas vezes, de muito difícil, senão impossível, materialização.

(...)

No caso concreto, a argumentação do progenitor para justificar a recusa da presença da criança junto da mãe no período de férias de Natal entroncou, em muito, na recusa desta em viajar; essa vontade de não estar com a mãe, alegadamente porque os contactos telefónicos seriam escassos – apenas quinzenais – e por força de uma ansiedade do D... ao quebrar rotinas e hábitos diários, surgindo crises de angústia (citando o Relatório Médico da Dra. E... já referenciado), mais aconselhariam a audição do menor de modo a apurar dessas alegações e ouvir, de viva voz, da expressão da vontade deste.

Sublinhe-se que o menor foi, efetivamente, ouvido na Conferência de 15/05/2015, e foi, por força da sua manifestação de vontade em passar férias com a mãe designadamente em Inglaterra que assim se veio a determinar; donde, como bem refere o Ministério Público, essa circunstância imporia que se procedesse à sua audição na Conferência de 19/02/2016 (cerca de 9 meses depois) para apurar se essa vontade se mantinha ou, em caso contrário, como afirmava o progenitor e o relatório médico indiciava, quais as razões dessa mudança.

A decisão do Tribunal de não proceder a tal audição, sequer em sede de aferição das razões para um alegado incumprimento, explica a não prova dos factos acima relatados; **mas, por assentar na preterição de uma diligência que seria exigível quer à luz do caso concreto quer à luz do que são os ditames mais recentes da lei e da doutrina, teremos que atribuir a essa omissão consequências relevantes em sede de aferição do incumprimento pelo ora recorrente.**

(...)

O Apelante não aceita a imputação de incumprimento do regime provisoriamente fixado relativo às responsabilidades parentais **pois o seu comportamento norteou-se pelo respeito da vontade do menor, que contava já, à data, com 13 anos de idade** agindo de modo a evitar o agravamento do seu quadro clínico, sustentado no relatório médico subscrito pela Dr.ª E... e nas declarações que a mesma prestou na Conferência de Pais de 19.02.2016.

Admitimos, como resulta da fundamentação exposta, que a inexistência de uma diligência tida como relevante – a audição da criança – não permite concluir por uma conduta incumpridora do recorrente relativamente ao que se lhe impunha em termos da regulação das responsabilidades parentais.

Assim sendo, impõe-se decidir nos moldes constantes do que é peticionado no final das alegações do recurso quanto ao pagamento pelo apelante da multa e indemnização arbitradas.

Em síntese conclusiva, decidir-se-á pela revogação da sentença apelada, substituída por outra que julga improcedente o incidente de incumprimento e, por via disso, determina a absolvição do apelante da sua condenação em multa e indemnização a favor da progenitora».

A falta de uma diligência tida por relevante acarretou uma consequência substantiva de peso, como se viu.

Mas mais uma vez sem se etiquetar o vício.

2.3. Mas há quem fala em nulidade processual.

Não sendo uma nulidade tipicamente prevista na lei, resta a nulidades secundária que terá de ser relevante para ser atendível.

Nulidade de processo é a invalidade resultante da omissão de um ato de processo prescrito na lei ou a prática de um ato de processo contrário ao por ela estabelecido ou de uma irregularidade cometida no processo que possa influir no exame ou na decisão da causa (artigo 195.º, n.º 1, do CPC).

Manuel de Andrade (Noções elementares de Processo Civil, 2.ª edição, p. 164) define-a como o desvio do formalismo processual seguido, em relação ao que é prescrito na lei.

Já Antunes Varela (Manuel de Processo Civil, 1.ª edição, p. 373) entende que ela consiste num vício de natureza formal traduzido num de três tipos:

- a) Prática de um ato proibido;
- b) Omissão de um ato prescrito na lei;
- c) Realização de um ato imposto ou permitido por lei, mas sem as formalidades requeridas, consistindo sempre num desvio entre o formalismo prescrito na lei e o formalismo efetivamente seguido nos autos.

Já a nulidade da sentença é um vício intrínseco dela como tal tipificado na lei [artigo 615.º, n.º 1, als. a) a e), do CPC].

O Acórdão da Relação de Lisboa de 14/4/2005 (Pº 1634/2005-6), em processo tutelar cível, entendeu que os dois filhos mais velhos deveriam ter sido ouvidos, o que não aconteceu, razão pela qual opinou que existia a omissão de uma formalidade prevista na lei (audição dos filhos, nos termos do artigo 1901.º, n.º 2, CC).

Porém, e como tal omissão só constituiria nulidade se, em concreto, fosse suscetível de influir no exame e decisão da causa, foi entendido que, *in casu*, tal omissão não influía.

Já aqui se deu conta do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20/11/2014 – Pº 43/13.4TMBRG.G1 – que determinou singelamente que:

«No caso em apreço não se procedeu a essa audição que reveste carácter obrigatório [alínea i) do artigo 4.º da LPCJP ex vi do art. º 147º-A OTM].

*A inobservância desta **formalidade** que tem reflexo na decisão da causa, determina a **nulidade da decisão**, pelo que se impõe a sua anulação para que se proceda à audição da menor e após deve ser proferida nova decisão, onde deverá ser tido em conta o resultado da diligência ora ordenada, ficando prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas».*

Esta decisão entendeu que estávamos perante uma mera formalidade obrigatória que gerava nulidade processual.

O artigo 411.º do CPC, ao instituir o princípio do inquisitório, determina que «incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição dos litígios, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer».

No fundo, entendeu-se que se estava perante uma omissão na violação de uma diligência probatória imposta imperativamente por lei.

Aluda-se ainda ao Acórdão da Relação de Coimbra de 28/10/2018 (Pº 537/08.3TBFND-G.C1) que determinou que não se deve rejeitar a audição de uma criança com mais de 12 anos de idade, mesmo quando se possa antecipadamente intuir, segundo os elementos disponíveis, a sua posição, desde logo porque a sua opinião não é vinculativa.

Tratava-se de uma providência tutelar cível e o tribunal de recurso acabou por anular a sentença recorrida, determinando que se proceda à audição da criança, colando-se ao vício da nulidade processual invocada explicitamente no já mencionado Acórdão da Relação de Guimarães, de 20/11/2014.

Muito recentemente, o aresto da Relação de Coimbra, datado de 8/5/2019, e exarado no Pº 148/19.8T8CNT-A.C1, determinou, em processo tutelar cível, que *«é de anular a decisão tomada (ainda que provisoriamente) pelo tribunal a quo na qual, ao regular do exercício dessas responsabilidades, fixou a residência dos menores, por períodos temporais alternados, em casa de cada um dos seus pais separados, sem que previamente tenha ouvido, a tal propósito, esses menores (com idade da qual transparece disporem capacidade/maturidade mínima suficiente para compreender o alcance dessa medida tutelar), e sem que, ao menos, se revele nessa decisão a ponderação das razões dessa não audição»*.

2.4. Finalmente, nasce no horizonte jurisprudencial o Acórdão do STJ, datado de 14/12/2016, e proferido no Pº 268/12.0TBMGL.C1.S1 (já chamado de «marco para o Direito das Crianças»), que determinou o seguinte:

«I – A audição da criança num processo que lhe diz respeito – no caso, de promoção e proteção – não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta.

II – O exercício do direito de audição, enquanto meio privilegiado de prossecução do superior interesse da criança, está, naturalmente, dependente da maturidade desta.

III – A lei portuguesa atual, seguindo os diversos instrumentos internacionais, alterou a forma de determinar a obrigatoriedade dessa audição, tendo passado a prever – onde antes se estabelecia que era obrigatória a audição de criança com mais de 12 anos “ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe” – que a criança deve ser ouvida quando tiver “capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade” (artigo 4.º, al. c), do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08-09).

IV – A ponderação acerca da maturidade da criança terá de se revelar na decisão, só estando dispensada a justificação para a sua eventual não audição quando for notório que a sua baixa idade não a permite ou aconselha.

V – A falta de audição da criança afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais».

Esta decisão termina assim:

«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».

Ou seja, entende-se que essa falta de «audição» afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva e, por isso mesmo, processual.

De forma exemplarmente análoga, já opinava Salazar Casanova, em “O regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança” (*Scientia Juridica*, Tomo LV, n.º 306 – abril/junho 2016, p. 236).

Refere este reputado magistrado que as razões que permitem a audição de uma criança em juízo, após o ano de 2003, são de “**ordem substantiva**” e que se devem ao superior interesse da criança, e “*assim, onde determinada diligência processual colida com tal interesse, há-de prevalecer este*”, pois “*sujeitar por exemplo, em audiência de julgamento a criança a um confronto, a interrogatórios e contra-interrogatórios, a um desfiar de questões atinentes às mais íntimas questões de convívio familiar, constitui uma prática totalmente desaconselhável e de uma crueldade judicial que não pode ser admitida*”.

Esta não audição da criança, não justificada, configura, assim, uma falta processual mas também a clara violação de regras de direito material, tal como exaustivamente já aqui se deixou escrito, não devendo um tribunal limitar-se a ver esta omissão numa restrita visão processual, reconduzindo, antes, a falta a uma violação inegável da sua intrínseca validade substancial, ao dito «*princípio geral com relevância substantiva, e, por isso mesmo, processual*».

A criança não tem capacidade em regra para exercer os seus direitos em tribunal.

Mas, nesta sede, por gozar do direito de ser ouvido em tribunal, tem de se fazer ouvir, quando tal for considerado conveniente e tiver maturidade para o efeito.

Deixar de ouvir uma criança neste jaez é «matar» um seu direito substancial, colado à sua pele com a própria «essência das coisas».

Em metafísica, a **essência** (do termo latino *essentia*) de uma coisa é constituída pelas propriedades imutáveis da mesma, que caracterizam a sua própria natureza.

O oposto da essência são os acidentes da coisa, isto é, aquelas propriedades mutáveis da coisa.

Ouvir uma criança em tribunal não é um acidente de percurso – é um direito inalienável de toda a criança, para o exercício do qual, nesta sede, não tem de ser representado por terceira pessoa.

Isso faz parte da essência dos seus direitos.

Volto à Magna Carta da Infância.

Quanto ao conteúdo normativo da Convenção da ONU de 1989, pode-se dizer que o mesmo se reconduz a quatro princípios fundamentais:

- *Princípio da não discriminação*, consagrado no artigo 2.º, segundo o qual os Estados Partes se comprometem a respeitar e a garantir os direitos firmados na Convenção «a todas as crianças que se encontrem na sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação»;
- *Princípio do interesse superior da criança*, plasmado no artigo 3.º, o qual deverá constituir a consideração primacial a ter em conta em «todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos»;
- *Princípio de que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento*, estabelecido pelo artigo 6.º, que protege não só o direito à vida, como também à sobrevivência e ao desenvolvimento, devendo estes últimos ser assegurados na «máxima medida possível» (e aqui a noção de «desenvolvimento» deve ser interpretada num sentido amplo e abarcando uma dimensão qualitativa que contemple, para além da saúde física da criança, o seu desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural);
- *Princípio do respeito pelas opiniões da criança*, reconhecido pelo artigo 12.º, o qual se reconduz ao direito de que a criança é titular de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que a ela respeitem e de as suas opiniões serem devidamente tomadas em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade – para tanto, «deve ser assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem».

Atento este último princípio, fácil é de concluir que o regime das nulidades processuais² não é, de facto, o mais adequado à catalogação do vício da falta de audição de uma criança em sede judiciária.

E daí a relevância deste aresto de 2016 que vem lançar novos desafios ao próprio direito processual³ da criança.

Na realidade, e para finalizar, se é verdade que a criança não tem, em regra, capacidade de exercer sozinha os seus legais direitos, também o é que haverá certos direitos ligados à

² Só há nulidade processual quando o vício respeita ao ato como trâmite, não ao ato como expressão de uma decisão do tribunal ou de uma posição da parte, não sendo correto reconduzir qualquer vício relativo ao conteúdo de um ato processual do tribunal ou da parte ao disposto no art.º 195.º, n.º 1, do CPC.

³ A personalidade jurídica é uma qualidade imprescindível para ser sujeito de direito, mas ela não é suficiente para qualificar as posições ocupadas pelas pessoas na vida jurídica. Há que verificar quais os direitos e deveres que a cada pessoa podem caber. Ao contrário da personalidade jurídica, a capacidade jurídica envolve uma noção de tipo quantitativo, sendo a medida de direitos e obrigações de que uma pessoa é suscetível. A capacidade jurídica pode ser considerada segundo duas perspetivas: a de simples imputação de direitos e obrigações e a de atuação jurídica que estes envolvem para que tenham sentido. No primeiro caso, fala-se de capacidade de gozo e no segundo de capacidade de exercício. A capacidade de gozo é então a medida de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular e a que pode estar adstrita. O conceito de capacidade de gozo é igualmente aplicável às pessoas singulares e coletivas. O Código Civil (CC) consagra especialmente a noção de capacidade de gozo, ainda que a ela se refira simplesmente como capacidade jurídica (cfr. artigos 67.º e 160.º do CC, relativos respetivamente às pessoas singulares e às pessoas coletivas). Refira-se, ainda, que a capacidade de gozo não constitui uma modalidade no âmbito da categoria comum da capacidade jurídica. Trata-se de um instituto que se coloca no plano abstrato da titularidade de situações jurídicas, isto é, que direitos e obrigações certa pessoa é suscetível de ter e não de que direitos e obrigações é efetivamente titular (vide <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/115073675/view>).

substância e ao «ser» da criança que só podem gozados por ela própria, de viva voz, sem interferência de terceiros.

E aí basta-lhe a sua capacidade regra de gozo de direitos.

E bastará ao tribunal afirmar essa essência e substância para declarar que a omissão da audição de uma criança com maturidade para o efeito, quando conveniente, **afeta a subsistência da decisão que não a admitiu, não por força da constatação de uma nulidade processual civil de natureza secundária, mas por aplicação direta do princípio básico (de essência) da existência de uma criança – ter direito a ser ouvida por quem vai decidir relevantes aspetos da sua vida.**

2.5. A visão regra da criança como sujeito do processo e de direitos, incapaz do exercício dos mesmos, só excecionalmente capaz para a prática de certos atos (v.g. artigos 123.º e 127.º CC), tenderá a ser substituída por entendimento diverso, em sede tutelar cível e de promoção e proteção.

É verdade que a criança, por ser menor de idade, goza de uma capacidade regra de **gozo** de direitos mas de uma concomitante incapacidade regra de **exercício** desses direitos – contudo, nesta sede, até por inerência do próprio direito comunitário, à criança com discernimento e maturidade deve ser reconhecido o direito de exprimir em juízo as suas opiniões e defender os seus interesses de forma veemente e efetiva – ou seja, de gozar de um direito sem que seja representado por terceiro (**aqui não exerce um direito mas goza-o, afinal de contas!**).

Como diz tão expressivamente Salazar Casanova, no artigo já aqui amplamente citado, *«a ficção jurídica segundo a qual num momento, o do décimo oitavo aniversário, termina o incapaz de ontem e nasce o homem adulto de amanhã é desmentida pela simples observação das coisas da vida».*

Curioso o repto lançado por Mónica Moreira na sua tese de Mestrado apresentada na Escola de Direito do Minho em 2017 e intitulada «O direito de participação das Crianças nas Ações de Regulação das Responsabilidades Parentais»:

«A este propósito, e tendo em mente a inconsistência com que este direito tem sido entendido, julgamos de primacial importância que se lance o repto de, em todas as sentenças e acórdãos, se dedicar um espaço unicamente à identificação da idade da criança e à justificação do porquê de se ter procedido à sua audição ou preterido a mesma, indicando a data em que a mesma ocorreu e a data em que se procedeu à avaliação da sua capacidade de discernimento.

Este aspeto seria, na nossa humilde opinião, muito vantajoso para eventuais estudos e investigações que se pretendessem levar a cabo nesta área, mostrando-se essencial para a cabal compreensão dos motivos que têm conduzido ao não exercício deste direito e à avaliação do dever de fundamentação de todas as decisões judiciais».

Quando eu voltar a ver-te, vou agarrar o tempo todo de uma vez só...

Quando todos nos voltarmos a ver, acreditamos que alguma coisa há de ter mudado.

Paulo Guerra

Capítulo IV.

PRESTAÇÃO ALIMENTAR
A FILHOS MAIORES

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. PRESTAÇÃO ALIMENTAR A FILHOS MAIORES

Um jovem com 18 anos de idade, residente com a respetiva progenitora, apesar de ter ingressado na universidade, constata que o seu progenitor cessou o pagamento da prestação alimentar a que estava vinculado por decisão proferida em ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais: quem é parte legítima para deduzir incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais?

Para responder a esta pergunta importa desde logo saber se o jovem completou 18 anos de idade antes ou depois da entrada em vigor da Lei n.º 122/2015, de 1/09.

A Lei n.º 122/2015, de 1/09, veio dar nova redação ao artigo 1905.º, n.º 2, do Código Civil, o qual passa a prever que, para efeitos do disposto no artigo 1880.º do mesmo diploma, se entende que se mantém até aos 25 anos de idade do filho a pensão de alimentos fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respetivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou se o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.

Esta lei entrou em vigor a 1/10/15, atento o disposto no seu artigo 4.º.

Em nosso entendimento, esta alteração ao artigo 1905.º do Código Civil é aplicável às relações jurídicas já constituídas antes da sua entrada em vigor, na medida em que dispõe diretamente sobre o conteúdo das relações jurídicas constituídas entre pais e filhos, abstraindo dos factos que lhes deram origem, nos termos previstos no artigo 12.º, n.º 2 do mesmo diploma.

No entanto, a alteração ao artigo 1905.º do Código Civil em apreço só se pode aplicar às relações jurídicas constituídas antes da sua entrada em vigor que ainda subsistam.

Na data em que o jovem completa 18 anos de idade cessa quanto ao mesmo o exercício das responsabilidades parentais, atento o disposto nos artigos 122.º, 1877.º e 1905.º do Código Civil.

Com a extinção das responsabilidades parentais, por efeito da maioridade, extinguiu-se também a obrigação alimentar com fonte na menoridade e nas responsabilidades parentais, a qual ocorre por mero efeito da lei e não carece de nenhuma declaração judicial nesse sentido (cf., neste sentido, Ac. STJ de 24/10/00, in CJ STJ, t. III, pág. 90).

Pode-se, assim, concluir, que a nova redação do 1905.º do Código Civil se aplica às relações jurídicas constituídas entre filhos e pais antes da sua entrada em vigor, mas em que os filhos só atinjam a maioridade depois da entrada em vigor da nova redação do artigo, pois não se podem reconstituir relações jurídicas já extintas.

Assim sendo, tendo o jovem completado 18 anos de idade antes da entrada em vigor da nova redação do citado preceito legal, não são devidos ao mesmo pelo seu pai quaisquer alimentos com fundamento em incumprimento das responsabilidades parentais, o que não quer dizer que o filho não possa vir a pedir alimentos ao seu pai em ação intentada especialmente para o

efeito, caso o pai não lhos preste voluntariamente e se mantenham os pressupostos da necessidade dos alimentos e da possibilidade de o pai lhos prestar.

Caso diferente é o de o jovem ter completado 18 anos de idade após a entrada em vigor da nova redação do artigo 1905.º do Cód. Civil.

Neste caso, nos termos conjugados do disposto nos artigos 1905.º, n.º 2 e 1880.º do Código Civil, 3.º, n.º 1, alínea d), do RGPTC e 989.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, verifica-se que quer o filho, quer a mãe têm legitimidade para intentar incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais.

Importa atentar no disposto no artigo 989.º do Código de Processo Civil, quanto à prestação de alimentos a filhos maiores ou emancipados:

“1 – Quando surja a necessidade de se providenciar sobre alimentos a filhos maiores ou emancipados, nos termos dos artigos 1880.º e 1905.º do Código Civil, segue-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto para os menores. (...)

3 – O progenitor que assume a título principal o encargo de pagar as despesas dos filhos maiores que não podem sustentar-se a si mesmos pode exigir ao outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos, nos termos dos números anteriores.

4 – O juiz pode decidir, ou os pais acordarem, que essa contribuição é entregue, no todo ou em parte, aos filhos maiores ou emancipados.”

Da interpretação desta normal legal, impõe-se concluir que o progenitor com quem o filho maior vive continua a ser titular do direito de crédito a alimentos devidos ao filho e fixados durante a menoridade, pois quem pode por uma ação para esse efeito não perde um direito que já tinha, por efeito da maioridade do filho e caso este continue a necessitar dos alimentos.

Por outro lado, o artigo 1905.º, n.º 2 do Código Civil também confere ao filho maior igual legitimidade para intentar o incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais relativamente ao progenitor obrigado ao pagamento da prestação de alimentos fixada durante a menoridade.

Em resumo, em resposta à pergunta efetuada, pode-se concluir que quer o filho maior de idade, quer o progenitor com quem o mesmo vive têm legitimidade para intentar o incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais relativamente ao progenitor obrigado ao pagamento da prestação de alimentos fixada durante a menoridade do filho.

Carla Francisco

Incumprimento de alimentos – Qual o meio processual a utilizar pelo filho maior para cobrar alimentos fixados na menoridade: pode recorrer à ação de incumprimento do artigo 48.º do RGPTC ou deve antes instaurar obrigatoriamente execução especial para cobrança de alimentos?

A Lei n.º 122/2015, de 1/9, alterou o regime dos alimentos a filhos maiores ou emancipados.

Concretamente, alterou o artigo 1905.º do Código Civil, passando o seu n.º 2 a dispor: «Para efeitos do disposto no artigo 1880.º, entende-se que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se...».

Aquele diploma legal também alterou a lei adjetiva: o artigo 989.º do C.P.C. passou a estabelecer que:

«1. Quando surja a necessidade de se providenciar sobre alimentos a filhos maiores ou emancipados, nos termos dos artigos 1880.º e 1905.º do C.C., segue-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto para os menores.».

Assim, entendo que o filho maior pode recorrer ao procedimento regulado no artigo 48.º do RGPTC, assim como pode optar pela instauração de uma execução especial de alimentos.

Helena Lamas

Intervenção do filho maior no caso de ser o progenitor a requerer a fixação do valor da comparticipação do outro progenitor nas despesas: deverá fazer-se intervir o filho maior através do incidente de intervenção principal (caso se considere que sozinho o requerente não tem legitimidade), ou apenas a intervenção acessória do filho, ou nem esta?

De acordo com o n.º 3 do artigo 989.º do C.P.C., na redação conferida pela Lei n.º 122/2015, «O progenitor que assume a título principal o encargo de pagar as despesas dos filhos maiores que não podem sustentar-se a si mesmos pode exigir ao outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação dos filhos, nos termos dos números anteriores».

Com a maioridade, o filho deixa de ser incapaz e, portanto, a sua incapacidade deixou de ser suprida pela intervenção dos pais, ou de um deles, no exercício das suas responsabilidades parentais.

Mais, não obstante os filhos serem os beneficiários da obrigação alimentar a cargo dos progenitores, a norma acima transcrita reconhece legitimidade processual ativa (e não passiva) ao progenitor que assume o pagamento das despesas dos filhos, geralmente o progenitor residente.

Trata-se de uma legitimidade ativa própria para demandar o outro progenitor, embora tal seja exercido em benefício do filho maior de idade, que é o titular do direito a alimentos.

Segundo o disposto no artigo 30.º, n.ºs 1 e 2, do C.P.C, o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar, exprimindo-se tal interesse pela utilidade derivada da procedência da ação.

«Na falta de indicação em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor» – cf. o n.º 3 do artigo 30.º.

A ressalva constante da parte inicial do n.º 3 do artigo 30.º (“na falta de indicação em contrário”) respeita às hipóteses em que, excepcionalmente, o legislador reconhece legitimidade a quem não é sujeito da relação material controvertida submetida à apreciação do tribunal.

Nesta hipótese, em que a lei atribui legitimidade processual a quem é titular de um interesse indireto, surge a figura da substituição processual: a ação é deduzida em nome e no interesse próprio, mas baseado no direito do filho maior de idade.

A parte processual é efetivamente o progenitor, que não é o sujeito da relação jurídica controvertida.

Sendo assim, torna-se claro que o filho maior não pode intervir através do incidente de intervenção principal, pois o progenitor dispõe de legitimidade sozinho.

Parece-me que o filho maior de idade pode intervir como assistente (intervenção acessória prevista nos artigos 326.º e seguintes do C.P.C.), mas é uma mera faculdade.

Helena Lamas

Qual o meio processual a utilizar pelo progenitor residente para requerer a fixação do valor da comparticipação do outro progenitor nas despesas, não havendo prestação de alimentos fixada na menoridade: na conservatória do registo civil ou um processo judicial, ação especial de alimentos a criança ou uma ação comum?

O n.º 3 do artigo 989.º do C.P.C., para a hipótese de um progenitor pretender exigir do outro progenitor o pagamento de uma contribuição para o sustento e educação do filho de ambos, remete para os números anteriores do preceito.

Ou seja, de acordo com o n.º 1 do mesmo artigo, «... segue-se, com as necessárias adaptações, o regime previsto para os menores».

Assim, entendo que o progenitor deve lançar mão da providência tutelar cível prevista nos artigos 45.º e seguintes do RGPTC.

Acresce que, pese embora o DL. n.º 272/2001, de 13/10, seja uma lei especial, não se aplica, no meu entender, a esta situação, mas apenas quando o requerente é o próprio filho maior de idade, devido ao diferente fundamento da legitimidade ativa de um e de outro.

Por outro lado, não há que lançar mão de uma ação comum de alimentos, necessariamente menos célere.

Helena Lamas

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Capítulo V.

ALTERAÇÃO E INCUMPRIMENTO
DO EXERCÍCIO DAS
RESPONSABILIDADES
PARENTAIS

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. ALTERAÇÃO E INCUMPRIMENTO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

No âmbito da ação de alteração das responsabilidades parentais – artigo 42.º RGPTC – deve fazer-se interpretação literal da expressão «incumprimento por ambos», ou bastará o incumprimento culposo de um?

O artigo 42.º, do RGPTC, sob a epígrafe de “Alteração do regime”, no seu n.º 1, prevê que:

1 – Quando **o acordo ou a decisão final não sejam cumpridos por ambos os pais**, ou por terceira pessoa a quem a criança haja sido confiada, ou quando circunstâncias supervenientes tornem necessário alterar o que estiver estabelecido, qualquer um daqueles ou o Ministério Público podem requerer ao tribunal, que no momento for territorialmente competente, nova regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Adianta o n.º 4 do mesmo artigo que:

4 – *Junta a alegação ou findo o prazo para a sua apresentação, o juiz, **se considerar o pedido infundado, ou desnecessária a alteração, manda arquivar o processo, condenando em custas o requerente.***

Este artigo corresponde ao anterior 182.º da OTM, com as alterações decorrentes da introdução, pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, da possibilidade de o exercício das responsabilidades parentais poder, agora, também, ser exercido por terceira pessoa.

A questão que nos foi colocada terá surgido numa situação em que, nos termos do n.º 4 do artigo 42.º do RGPTC, a ação de alteração do regime em vigor foi arquivada com o fundamento de que, não havendo incumprimento por ambos os progenitores, mas somente de um dos pais, não estava preenchido o pressuposto legal da ação em causa.

Perante tais premissas, entendemos, salvo melhor entendimento, que a solução adotada foi a correta.

Com efeito, pressuposto para a ação, no caso de não o ser for força de alteração superveniente das circunstâncias, é o incumprimento do acordo ou da decisão que fixou o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais por ambos os progenitores, conforme claramente decorre, não só da interpretação literal da norma, mas também da sua interpretação sistemática, mormente da sua conjugação com o disposto no artigo 41.º do RGPTC.

Na norma contida no artigo 41.º, o incumprimento pode ser apenas da responsabilidade de um dos progenitores, ou da terceira pessoa a quem a criança esteja confiada, sendo este incumprimento não ocasional, culposo, grave e reiterado. Além disso, neste caso, a legitimidade passiva poderá caber apenas a um deles, cabendo a legitimidade ativa para o

suscitar, ao outro progenitor ou a ambos, se for incumprido a terceira pessoa, a esta ou ao MP, sem que esteja subjacente a possibilidade ou a necessidade de alterar o regime fixado^{1 2}.

Ao contrário, no caso previsto no artigo 42.º, n.º 1, em que o fundamento do pedido de alteração é o incumprimento, os pais têm sempre, os dois, legitimidade passiva e o que se pretende é a alteração do acordado ou decidido porque não está a funcionar, ou porque não é executada ou porque não é exequível, devendo tal pedido ser devidamente fundamentado com a indicação concreta da situação de incumprimento relativamente a cada um dos progenitores.

Segundo Jorge Augusto Pais de Amaral³ “o disposto no artigo 42.º do RGPTC, a alteração do regime é possível quando o acordo ou a decisão final não sejam cumpridos por ambos os pais ou pela terceira pessoa a quem a criança foi confiada, ou quando circunstâncias supervenientes tornem necessário alterar o que estiver estabelecido.

Se o incumprimento provém de ambos os progenitores, isso poderá significar que o acordo ou a decisão não é exequível, o que faz surgir a necessidade da sua alteração. Igual necessidade se faz sentir quando circunstâncias supervenientes impõem a modificação do que se encontra estabelecido.”

No mesmo sentido Tomé d’Almeida Ramião⁴, em anotação ao artigo 42.º do RGPTC, bem como Helena Bolieiro e Paulo Guerra⁵.

E isto, sem prejuízo de o acordo poder sempre ser alterado em razão da alteração de circunstâncias supervenientes, sendo, neste caso, requerido ou requerente qualquer dos progenitores, terceira pessoa a quem a criança esteja confiada, ou requerente o MP em representação dos interesses da criança, sendo ainda certo que tratando-se de processos de jurisdição voluntária (cfr. artigos 12.º do RGPTC e 988.º, n.º 1, do CPC), as decisões proferidas não ganham força de caso julgado, podendo ser alteradas na totalidade, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a sua alteração.

A alteração por força do incumprimento de ambos os progenitores, ou da alteração superveniente das circunstâncias do regime fixado, pode ser provocada por diferentes razões, sejam relacionadas com os alimentos devidos à criança, a residência, as visitas, sendo que a ocorrência mais frequente de incumprimento por ambos os pais tem lugar quando o progenitor não residente não paga os alimentos e o progenitor residente não permite as visitas.

Mas enquanto não for alterado o regime fixado, ambos os pais ficam obrigados ao seu estrito cumprimento podendo ser condenados em penas de multa pelo seu incumprimento e

¹ Ac. TRP, de 28/01/1988, in CJ I, 200.

² Assento do STJ n.º 6/95, de 4 de junho de 1995.

³ “Direito da Família e Sucessões” (2017), 4.ª edição, Editora Almedina, p. 249.

⁴ Regime Geral do Processo Tutelar Cível – anotado e comentado, Ed. Quid Juris, p. 156.

⁵ A Criança e a Família – Uma questão de Direitos, 2.ª Edição, Coimbra Editora, p. 270.

indenização, nos termos do artigo 41.º, ou mesmo incorrer em responsabilidade criminal, nos termos dos artigos 249.º e 250.º do Código Penal.

Ana Paula Pereira

Deverá o Incumprimento das Responsabilidades parentais ser tramitado como incidente por apenso ou como ação?

A questão não é totalmente líqüida, havendo divergência de posições.

No sentido de se considerar como incidente o Ac. do STJ, de 14.12.2016, Proc. n.º 232/15.7TGDM-B.P1.S1, do TRP, de 10.2.2016, Proc. n.º 847/05.1TMPRT-C.P1, ambos, *in* www.dgsi.pt ou o Dr. Tomé Ramião, no seu Regime Geral do Processo Tutelar Cível anotado, Quidjuris, anotação ao artigo 41.º.

Ao analisar os artigos 3.º, n.º 1, c), e 6.º, c), do R.G.P.T.C. parece resultar que se trata de uma providência tutelar cível autónoma, tendo o incumprimento das responsabilidades parentais regra própria quanto à competência territorial (artigo 41.º, n.º 2, do RGPTC), aliás, podendo vir a ser o processo principal a ser apensado ao incumprimento.

Por outro lado, a lei prevê no artigo 41.º, n.º 4 R.G.P.T.C. que, na conferência, os pais podem acordar na alteração do que se encontra fixado quanto ao exercício das responsabilidades parentais, tendo em conta o interesse da criança.

Acresce que, no caso em concreto, trata-se de uma questão nascida de uma decisão judicial já transitada que encerra um processo, ou seja, já está fora e para além do processo original, o que de igual forma lhe confere autonomia, pelo que, neste momento, parece-nos que o legislador terá querido que seja tramitado como ação.

Na prática o considerar-se estar-se perante uma ação ou incidente acaba por ter consequências quanto ao tipo de notificação a ser feita para efeitos do artigo 41.º, n.º 3, do RGPTC, sendo simples caso se considere incidente ou pessoal se for considerada ação, bem como, ao alcance do mandato forense consoante seja incidente ou ação (artigo 44.º, n.º 1, do CPC) ou quanto ao valor da causa, sobretudo, se estiverem em causa apenas alimentos (artigo 304.º, n.º 1, do CPC).

Rogério Pereira

O incumprimento da Regulação das Responsabilidades parentais, se for suscitado oficiosamente, é uma nova ação ou um incidente?

Por comparação ao anteriormente estabelecido no artigo 181.º da OTM, estabelece agora o artigo 41.º do RGPTC que:

“Se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, **pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor**, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos.”

O artigo 181.º da OTM prescrevia que:

“Se, relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, **pode o outro requerer** ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até € 249,40 e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos.”

Redação que parecia limitar a legitimidade para a dedução do incidente apenas ao outro progenitor.

A redação do artigo 41.º do RGPTC veio, por isso, alargar o âmbito da iniciativa processual para a dedução do incidente nela se incluindo a possibilidade de ser suscitado oficiosamente pelo Tribunal.

Como configurar, então, este procedimento – nova ação ou incidente?

Antes por isso, parece-nos pertinente tecer algumas considerações quanto à natureza do procedimento – tratar-se-á de um incidente ou de uma nova ação?

1) Na ausência de formulação expressa do legislador na qualificação do incumprimento como incidente ou ação, se hão de tirar consequências, por via interpretativa, das diferentes formulações jurídicas adotadas, por comparação, no artigo 41.º, n.º 3, do RGPTC e no artigo 42.º, n.º 4.

– Diferentemente do que se mostra disposto para a alteração da RERP no artigo 42.º, n.º 3 do RGPTC (e já no anterior artigo 182.º da OTM) em que o legislador fala expressamente de nova regulação e determina a citação do requerido para alegar o que tiver por conveniente, no artigo 41.º o legislador prevê que os pais sejam notificados para conferência de pais ou excepcionalmente, que mande notificar o requerido para, no prazo de cinco dias, alegar o que tiver por conveniente – artigo 41.º, n.º 4, do RGPTC.

A regra é, pois, (e atemos apenas ao incumprimento do regime de convívios) a designação de conferência de pais com a notificação destes para que compareçam à diligência, momento em que o requerido tomará conhecimento dos factos que são alegados e servem de fundamento ao incumprimento.

– A citação é o ato pelo qual se dá conhecimento ao réu/requerido de que foi proposta contra ele determinada ação e se chama ao processo para se defender e se emprega ainda para

chamar, pela primeira vez, ao processo alguma pessoa interessada na causa (artigo 219.º, n.º 1, do CPC).

– A notificação serve para, em quaisquer outros casos, chamar alguém a juízo ou dar conhecimento de um facto (artigo 219.º, n.º 2, do CPC).

– A citação tem, ao contrário da notificação, efeitos no desenvolvimento da instância (os chamados efeitos processuais ou adjetivos):

a) Estabilização dos elementos essenciais da acção:

– Sujeitos: requerente e requerido;

– O pedido;

– O facto concreto que serve de fundamento jurídico ao pedido;

b) Inibição de propositura da mesma acção que releva para efeitos de eventual litispendência.

Ou seja, é para nós relevante o facto de o legislador manter a “notificação” do requerido, por um lado, a indicar que se não pretende dar a conhecer ao requerido que foi proposta uma acção contra ele, pretendendo-se apenas chamá-lo a juízo ou dar-lhe conhecimento de um facto.

2) Convocando a noção de incidente processual, sabemos que é, na definição processual civil estrita, a questão incidental, de natureza contenciosa, surgida no decurso do processo, distinta da questão principal que dele é objeto mas com ela relacionada.

A ideia na base do incidente processual é a de que, no processo que é o próprio de uma determinada acção ou de um recurso, surge uma questão acessória e secundária que implica a prática de atos processuais que extravasam o núcleo processual da espécie onde se insere.

Porém, há situações em que a lei qualifica como incidentes, até mesmo incidentes típicos, em que se não verificam todos os pressupostos.

Designadamente, existem incidentes anteriores ou posteriores à sentença final.

Ou seja, em termos gerais conceptuais da noção de incidente, pode-se dizer que o mesmo é um procedimento anómalo, isto é, sequência de atos que exorbitam da tramitação normal do processo e têm, por isso, carácter eventual, visando a resolução de determinadas questões que, embora sempre de algum modo relacionadas com o objeto do processo, não fazem parte do encadeado lógico necessário à resolução do pleito tal como ele é inicialmente desenhado pelas partes (vide A. Reis, Comentário ao CPC, Vol. III, págs. 560/566, e L. Freitas, CPC Anotado, Vol. I, 2.ª Ed., nota 2. ao artigo 96.º do anterior CPC, pág. 180, e Vol. II, 2.ª Ed., nota 1. ao artigo 550.º do anterior CPC, pág. 491).

Os incidentes nos processos tutelares cíveis vêm previstos, em geral, no mencionado RGPTC, face ao disposto no seu artigo 16.º, 2.ª parte.

Tomé d'Almeida Ramião, *in* Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Anotado e Comentado, Quid Iuris, 2.ª Ed., 2017, pág. 154), aceita pacificamente a qualificação como incidente ao defender que depois, em função dos respetivos processos especiais, outros incidentes vêm regulados, designadamente o de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, como o previsto no artigo 41.º, do mesmo regime tutelar cível.

Pacificamente entendido como um verdadeiro incidente no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/11/2017, proferido no processo n.º 2679/12.1TBFIG-M.C1 e relatado pelo Desembargador Moreira do Carmo.

Não o tendo o legislador tipificado como tal (incidente) não deixa de ser relevante na tarefa interpretativa, o facto de:

– Se ter mantido no incumprimento uma ligação direta e intrínseca com o processo onde foi fixado o regime relativo ao exercício das responsabilidades parentais, conclusão que se retira do facto de o legislador referir no artigo 41.º as “diligências necessárias para o cumprimento coercivo”.

Nesta perspetiva poder-se-á qualificar de incidente de natureza “executiva” da ação que fixou a RERP que está a ser incumprida por um dos progenitores.

Em contrário deste entendimento avança-se que à qualificação da natureza do procedimento não pode ser alheio o facto de o legislador ter feito depender da residência da criança o critério para determinação da competência territorial (alterando aqui a redação em face do artigo 181.º da OTM).

Contra este argumento aduz-se que: a intenção do legislador, ao consagrar o critério da residência da criança como elemento determinante da competência territorial teve apenas como objetivo permitir que a tomada das decisões relativas à vida da criança se centrasse no local onde tem o seu centro de vida e de interesses.

Que sentido faria, pergunta-se, decidir o incumprimento do regime de visitas estabelecido numa RERP num Tribunal distante do local onde, entretanto a criança passou a ter residência juntamente com o progenitor junto de quem ela foi fixada.

Parece-nos, por isso, que apenas este argumento relativo a esta opção legislativa lógica não é determinante para a qualificação do incumprimento como nova ação.

Por outro lado, que tem que ver com a questão colocada, a possibilidade concedida ao Juiz de oficiosamente dar início ao processo.

A configuração do procedimento como ação teria a estranha consequência de colocar o juiz a iniciar a instância de uma nova ação, apreciando a questão de facto que ele próprio se deu

para julgar, situação que é de todo anómala na relação processual civil, (mesmo no âmbito da jurisdição voluntária em que são conferidos aos juiz poderes inquisitórios excepcionais), em que o juiz no exercício da sua função jurisdicional tem uma posição supra partes na tutela dos direitos subjetivos.

Temos para nós que, qualificando-se como incidente ou como ação trata-se, sem dúvida de um processo de natureza executiva especial tendo em conta a natureza dos direitos a que respeita a decisão incumprida, e é regulado na legislação própria.

Para concluir, a qualificação como incidente ou como ação não é pacífica, mas nenhuma influência tem na marcha processual ou outra, a não ser quanto a custas.

No entanto, a qualificação como incidente permitirá resolver a situação no que diz respeito à iniciativa processual consagrada ao juiz, suscitando *ex officio*, o incidente, não já interpondo uma ação.

b) Como deve o juiz proceder?

Configuramos duas hipóteses distintas para responder a esta questão

1) No decurso do processo, v.g., de uma alteração ao exercício das responsabilidades parentais para alteração de alimentos, chega ao conhecimento do juiz, por declarações de um dos progenitores aquando de um diligência no processo que a criança não convive com o pai há um lapso de tempo considerável porque a mãe inviabiliza, intencionalmente, o convívio estabelecido na RERP.

Neste caso, se não tiver havido ainda qualquer iniciativa processual de qualquer um dos legitimados previstos no artigo 41.º, deve o juiz fazer constar em auto o teor das declarações proferidas, extrair certidão, mandar autuar como incumprimento da RERP por apenso e dar início ao processo de incumprimento.

2) Na sentença que regulou o exercício das responsabilidades parentais o juiz determinou o acompanhamento dos convívios pela assessoria técnica nos termos do disposto no artigo 40.º, n.º 6).

Por via do relatório de acompanhamento chega a informação ao processo de que ocorreram factos suscetíveis de integrar o conceito de “*incumprimento reiterado ou gravoso do regime fixado*”, situação que deve ser comunicada ao tribunal pelos serviços de assessoria técnica – n.º 7 do artigo 41.º.

Nestes casos, e mais uma vez caso nada tenha sido ainda requerido por qualquer outros dos legitimados o juiz deve mandar extrair certidão, autuar por apenso e dar início ao processo de incumprimento.

Em conclusão,

Chegando ao conhecimento do juiz, no processo, de que existem factos suscetíveis de integrar o conceito de *“incumprimento reiterado ou gravoso do regime fixado”* o juiz deverá, não o fazendo qualquer das pessoas a quem o legislador confere legitimidade, extrair certidão e atuar por apenso como incumprimento da RERP.

Susana Santos Silva

O incumprimento de alimentos deverá seguir os trâmites do artigo 41.º ou deverá de imediato ser aplicado o disposto no artigo 48.º?

Quanto a esta questão tem havido divergência ao nível da doutrina e da jurisprudência.

A par da questão suscitada, urge questionar se, estando previsto o mecanismo do artigo 48.º do RGPTC vocacionado para o incumprimento de alimentos, deverá ser utilizado, para obter o cumprimento coercivo da prestação alimentícia, o mecanismo do artigo 41.º do mesmo diploma legal.

Por um lado, por exemplo, TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO diz-nos que se se trata apenas de incumprimento quanto à prestação de alimentos, partimos logo para o artigo 48.º do RGPTC (cf. Regime Geral do Processo Tutelar Cível, anotado e comentado, 2015, *Quidjuris*, anotação ao artigo 41.º, pág. 145).

Também do mesmo entendimento, HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA opinam no sentido de que o incidente de incumprimento deve ser incitado independentemente do mecanismo do artigo 41.º (cf. HELENA BOLIEIRO & PAULO GUERRA. *A criança e a família – Uma Questão de Direitos*, 2.ª Ed. Coimbra Editora, p. 243), corroborando jurisprudencialmente a sua opinião através do Acórdão da Relação de Lisboa de 09/02/1988, que proferiu que *“o procedimento previsto na alínea a) do artigo 189.º da OTM [correspondente ao artigo 48.º do RGPTC] não tem de ser precedido por notificação ao requerido para dizer o que tiver por conveniente, nem de inquérito sumário, pois não lhe é aplicável o estabelecido no artigo 181.º [que corresponde ao artigo 41.º do RGPTC]; o requerido só tem de ser notificado do despacho que haja ordenado os descontos no seu vencimento, após estes se terem iniciado”* (Col. Jur.. Tomo I. 1988, p. 127).

2 – Por outro lado, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01/03/2012, Processo n.º 622/09.4TMFUN-G.L1-2, pronunciou-se no sentido de que *“existem razões de ordem sistemática, processuais e de respeito pelo princípio do contraditório, que impõem que face a alegado incumprimento do pagamento da prestação de alimentos, estipulado no âmbito de Regulação do Exercício do Poder Paternal, se intente o incidente de incumprimento previsto no artigo 181.º da OTM, e não se enverede desde logo para a atuação coerciva prevista no artigo 189.º”*. No entanto, não deixou de ressaltar que *“quando o requerido em resposta ao requerimento de incumprimento não invoque e não apresente prova documental de que pagou a pensão a que se mostrava obrigado, não haverá necessidade de se determinar a realização de inquérito social, posto que a obrigação de alimentos assume natureza creditícia e não está em causa neste incidente uma possível alteração do acordado (embora tal possa suceder no*

caso de se ter optado pela conferência a que alude o n.º 2 do artigo 181.º), o que a acontecer terá de ocorrer no seio do processo previsto no artigo 182.º”.

Ora, dado que existe um título executivo por parte de quem vem reclamar o pagamento da pensão de alimentos pode diretamente recorrer-se ao mecanismo previsto no artigo 48.º do RGPTC, sendo esse o mecanismo mais célere para obter o cumprimento das prestações alimentares.

A própria inserção sistemática “Secção III, Da efetivação da prestação de alimentos”, do artigo 48.º, com a epígrafe “Meios de tornar efetiva a prestação de alimentos”, no “Capítulo III, Processos especiais”, (sendo a “SECÇÃO I” relativa à “Regulação do exercício das responsabilidades parentais e resolução de questões conexas” e a “SECÇÃO II” respeitante aos “Alimentos devidos a criança” e esta, III, à efetivação da prestação claramente denunciam uma intenção clara do legislador no sentido de autonomizar este procedimento do consagrado no artigo 41.º, cabendo a cada um deles um escopo definido, tendo em conta o próprio caminho processual traçado.

De todo o modo, caso o credor pretenda utilizar o mecanismo do artigo 41.º do RGPTC porque à partida, por exemplo, pretende solicitar a condenação do devedor faltoso em multa até vinte UC ou em indemnização como fatores dissuasores de futuros incumprimentos aí o mesmo poderá utilizar o mecanismo do artigo 41.º do RGPTC.

Da nossa parte, entendemos que, nada obsta a que no caso de incumprimento das responsabilidades parentais quanto ao pagamento da prestação de alimentos, o credor (ou o seu representante legal) possa utilizar quer o artigo 41.º, respeitante ao incumprimento das prestações vencidas, quer o artigo 48.º do RGPTC.

Rogério Pereira

As formas de cobrança previstas no artigo 48.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível só têm aplicação em território nacional? Ou esta norma implica, nos casos em que o obrigado alimentício originário vive e trabalha no estrangeiro, o concomitante recurso por parte do progenitor guardião do menor (ou por parte do Ministério Público) aos vários instrumentos jurídicos convencionais para cobrança de alimentos no estrangeiro?

Sim apenas tem aplicação em território nacional (cf. Ac. do TRL de 28.1.2016, proc. n.º 6491/14.5T8SNT.L1-2 e do TRL de 23.2.2017, proc. n.º 5647-14.5T8SNT-B.L1-8, ambos, *in* www.dgsi.pt).

Terá de ser o credor de alimentos a recorrer à Autoridade Central Portuguesa em Matéria de Cobrança de Alimentos Devidos a Menores no Estrangeiro, de acordo com os artigos 1º e 3º da Convenção de Nova Iorque, de 20.06.1956, ou seja, recorrer à Direcção-Geral da Administração da Justiça.

De acordo com o artigo 3.º da Convenção, quando um credor se encontrar no território de uma Parte contratante (Estado do credor) e o devedor se encontrar sob a jurisdição de uma outra Parte contratante (Estado do devedor), o credor pode dirigir um pedido à autoridade expedidora do Estado em que se encontra para obter alimentos por parte do devedor (n.º 1).

Também ao nível dos países da União Europeia, a possibilidade de execução das decisões de alimentos devidos a menores nos Estados – membros da UE, está prevista com a aplicação do Regulamento (CE) n.º 4/ 2009 de 18.12.2008, publicado no Jornal Oficial em 10.01.2009, também deverá ser o credor de alimentos a efetuar o pedido conforme previsto nos termos dos artigos 20.º, 40.º, 41.º, n.º 2, 56.º e 57.º do referido diploma.

Quanto a saber se tem de haver o concomitante recurso aos vários instrumentos jurídicos internacionais a questão tem-se colocado sobretudo para efeitos de intervenção do FGADM.

Tem havido divergência no que respeita à jurisprudência quanto a esta questão havendo quem defenda que os meios de satisfação da dívida previstos no atual art.48.º do RGPTC pressupõem que o devedor se encontra em Portugal, ou pelo menos a fonte de rendimentos aí referidos está em Portugal, pelo que se o devedor residir no estrangeiro, aí se encontrando os seus meios de rendimento, está verificado o aludido requisito de intervenção do FGADM (o da não obtenção da satisfação dos alimentos do menor por via dos meios previstos no artigo 189.º da OTM – artigo 48.º do citado diploma legal).

Entende esta orientação jurisprudencial que o facto de se saber o paradeiro do devedor e, até, de lhe serem conhecidos rendimentos (localizados no estrangeiro), não obstará à intervenção do FGADM, sendo certo que a lei pretende uma atuação ágil e célere, incompatível com as delongas inerentes à utilização dos instrumentos internacionais, nomeadamente comunitários, de cobrança de alimentos no estrangeiro.

Afirma-se ainda que não é requisito da lei (Lei n.º 75/98, de 19/11 e DL n.º 164/99 de 13/5) – para que o Estado pague através do F.G.A.D.M. a prestação devida pelo obrigado alimentos – que seja impossível a cobrança coerciva mediante recurso a uma ação executiva, quer em sede de execução especial por alimentos, quer em sede de cobrança de alimentos de estrangeiro, ao abrigo de Convenção Internacional (v. g. da Convenção de Nova Iorque de 20-06-1956) ou de instrumento normativo comunitário (Regulamento (CE) n.º 4/2009 de 18/12/2008) – (vide, v.g., acórdão da Relação do Porto, de 20.01.2011, processo 660/07.1 TBAM.P1; acórdão da Relação de Coimbra, de 09.10.2012, processo 105/05.1TBTNV-C; acórdão da Relação de Coimbra, de 11.12.2012, processo 46/09.3 TBNLS-A.C1; acórdão da Relação de Lisboa, de 11.4.2013, processo 2415/11.OTMLSB-A.L1-2 (ver – todos consultáveis *in* www.dgsi.pt).

Em sentido contrário, Ac. do TRG de 07-05-2013, Proc. n.º 4360/08.7TBGMR-A.G2, *in* www.dgsi.pt “Residindo o devedor fora de Portugal e tendo ele aí rendimentos, o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores só responderá depois de se ter tentado, sem sucesso, cobrar os alimentos no estrangeiro, **a não ser que, atendendo ao país em que ele se encontra, se possa dizer, logo à partida, que isso não é de todo possível**”.

Fundamenta-se este acórdão no facto de “nada se encontra na letra dos artigos artigo 3.º, n.º 1, a), do Decreto-Lei n.º 164/99, e 189.º, da OTM que aponte no sentido de que a cobrança coerciva de alimentos tem, necessariamente, que se restringir aos que são obtidos no nosso país.

E, tendo em vista "a unidade do sistema jurídico", sabendo-se que o legislador do Decreto-Lei n.º 164/99 e da OTM conhecia a existência de mecanismos para cobrar alimentos no estrangeiro, imaginando "que ele entendeu a lei tal como a teria entendido um bom legislador", só se pode concluir que, para os efeitos do citado artigo 3.º n.º 1, a), o referido artigo 189.º tem que se conjugar com os instrumentos jurídicos que visam obrigar a que se concretize o pagamento de alimentos quando o devedor não se encontra em Portugal”.

No mesmo sentido Ac. do STJ de 30.4.2015, P.º 1201/13.7T2AMD-B.L1.S1, *in* www.dgsi.pt “Havendo instrumentos jurídicos relativos à cobrança de alimentos no estrangeiro, estes devem ser acionados e, só no caso de se comprovar a impossibilidade da cobrança, ou, então, ser especificamente comprovada a demora na cobrança por esses meios, é que o FGADM deve ser chamado a intervir”.

Vejamos.

Ora, em primeiro lugar, a intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos é efetuada em processos de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais (artigo 41.º do RGPTC), sendo tais processos de jurisdição voluntária (artigo 12.º do RGPTC), presidindo aos mesmos o critério da equidade, proferindo o Tribunal um juízo de oportunidade ou conveniência sobre os interesses em causa (cf. artigo 987.º do CPC).

Em segundo lugar, da análise do artigo 48.º do RGPTC ressalta que estamos perante um expediente, que podemos denominar de pré-executivo, cujo regime é caracterizado pela grande simplicidade, tendendo a garantir com a maior celeridade possível, atenta a natureza da prestação omitida, a sua efetivação, ficando ainda assegurada a cobrança das prestações vincendas.

Não foi assim por acaso, cremos, que o legislador, quando instituiu o FGADM e definiu os pressupostos da sua intervenção, se bastou com a demonstração da impossibilidade – prática – do credor obter o pagamento das prestações por uma das formas previstas no transcrito n.º 1 do artigo 48.º, não exigindo portando que seja feita prova da frustração da cobrança do crédito de alimentos no âmbito de eventual execução para tanto movida (cf. jurisprudência supra referida).

Trata-se afinal de, reconhecida a inviabilidade da cobrança efetiva e célere da prestação alimentar, garantir que a criança em dificuldades dela não fica privada, assegurando o Estado o pagamento de uma prestação substitutiva.

Estamos perante um mecanismo para situações de carência de alimentos e de emergência com vista a assegurar o sustento e o desenvolvimento dos mais necessitados e desprotegidos que são as crianças. Mal se compreenderia, pois, neste contexto, que se exigisse ao credor de

alimentos que encetasse previamente pela via da sua cobrança no estrangeiro e só na hipótese de esta se frustrar se encontrasse em condições de beneficiar da prestação substitutiva.

Em terceiro lugar, garantindo o Estado esse pagamento, tal não obsta, obviamente, a que o credor de alimentos tente obter o pagamento das prestações através de algum dos aludidos instrumentos jurídicos internacionais, caso em que, se obtiver sucesso, então cessará a eventual prestação a efetuar pelo FGADM.

Pode-se contra-argumentar que estando o credor a alimentos confortado pelo pagamento da prestação de alimentos pelo FGADM em substituição do devedor originário que o mesmo já não estará motivado para procurar obter do obrigado originário o pagamento coercivo da prestação a que se encontra obrigado.

Ora, por um lado, importa referir o seguinte, que os artigos 6.º, n.º 3, da Lei 75/98, e 5.º, n.º 1, do DL 164/99, estabelecem que “o Fundo fica sub-rogado em todos os direitos do menor a quem sejam atribuídas prestações, com vista à garantia do respetivo reembolso” e, por isso, nas situações em que o obrigado a alimentos tiver património o Estado poderá sempre ser reembolsado das prestações pagas em substituição do devedor.

Assim, **o Fundo, depois de efetuar a prestação de alimentos, pode enquanto sub-rogado cobrar coercivamente as importâncias pagas ao devedor/progenitor**, nomeadamente, também se o entender, com recurso ao referido acordo bilateral ou à Convenção de Nova Iorque de 1956, por ser parte credora.

Nada obsta a que o credor seja, quer a entidade pública (Ministério Público) que atua em vez do indivíduo a quem seja devida a prestação de alimentos, quer aquela a quem seja devido o reembolso das prestações fornecidas a título de alimentos (FGADM), pelo que sempre poderá o Fundo exercer a cobrança dos alimentos no estrangeiro atenta a sub-rogação legal de que beneficia.

Por outro lado, o credor a alimentos tem todo o interesse em procurar obter do obrigado originário o pagamento coercivo da prestação a que se encontra obrigado dado que para que a criança beneficie da prestação a cargo daquele terá de anualmente renovar a prova de que “o alimentado não tenha rendimento líquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS), nem beneficie de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, superiores ao valor do IAS” (cf. artigos 1.º, n.º 1, e 3.º, n.º 6, da Lei n.º 75/98, de 19.11), pelo que, anualmente, deixando de reunir os pressupostos aí previstos a prestação cessará.

Pelas razões expendidas, entendemos que no caso de um obrigado a alimentos a menor não proceder ao pagamento das prestações a que se encontra obrigado e residir e trabalhar no estrangeiro encontrando o menor a residir em Portugal que o pagamento da(s) prestação(ões) de alimentos deverá ser assegurado pelo Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores em substituição do obrigado a prestar alimentos enquanto não for possível a sua cobrança coerciva, desde que reunidos os demais requisitos constantes do n.º 1, do artigo 1.º, da Lei n.º 75/98, de 19 de novembro e do referido artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio,

com a redação introduzida, pelas Leis n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro e n.º 64/2012, de 20 de dezembro.

Rogério Pereira

A iniciativa pode ter lugar por parte do Tribunal (oficiosamente, conforme o artigo 41.º, n.º 1)? Em consequência, pode o Tribunal determinar a intervenção do FGADM; mesmo oficiosamente, apesar do disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Lei 75/98, de 19 de novembro – considerando-se o mesmo derogado?

Sim, mas está dependente da informação que uma das partes lhe traga quanto ao incumprimento.

Quanto à cobrança dos alimentos no estrangeiro, como supra se referiu, entendemos que não.

Já para efeitos da intervenção do FGADM entende-se que nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 75/98, de 19 de novembro que têm legitimidade **para requerer** que o tribunal fixe o montante que o Estado deve prestar – prestação revestida de natureza subsidiária – o Ministério Público ou aqueles a quem a prestação de alimentos deveria ser entregue, devendo ser desencadeado nos respetivos autos de incumprimento.

Dado que se trata de uma norma especial entendemos que a mesma não se pode considerar derogada pelo disposto no artigo 41.º do RGPTC, tanto mais que o incumprimento não dá lugar à intervenção do Fundo, o que não ocorre se o agregado onde se encontra o menor dispuser de capacidade económica para assegurar a satisfação daquelas necessidades ou o menor for titular, ele próprio, de rendimentos bastantes.

Daí que a verificação do requisito previsto na al. b) do artigo 3.º do DL 164/99, a par do apuramento das necessidades do menor, demande sempre a realização das aludidas diligências de inquérito.

Rogério Pereira

Fará sentido aplicar a regra prevista no artigo 41.º, n.º 3 (designação de conferência) quando está em causa tão só um incumprimento da pensão de alimentos? O regime excecional aí mencionado, ou seja, a notificação para exercício do direito de contraditório não será o mais adequado para esses casos?

Caso seja requerida a instauração do procedimento previsto no artigo 41.º do RGPTC e esteja apenas em causa o incumprimento do pagamento das pensões de alimentos, salvo melhor opinião, fará todo o sentido essa notificação em vez da realização da conferência.

Já vi quem marque sempre a conferência porque associado à falta do pagamento das pensões de alimentos existem outros problemas associados, como por exemplo, ao nível dos convívios e assim seria uma forma do Tribunal aferir se havia outro tipo de incumprimentos.

Penso que está fora do objeto da ação o Tribunal por cada incidente que lhe é colocado estar a aferir se todo o regime fixado está a funcionar.

Nos casos do processo de incumprimento em que esteja exclusivamente em causa a falta de pagamento de prestações de alimentos, nada obsta, em nosso entender, a que o regime excecional previsto no n.º 3 do artigo 41.º do RGPTC funcione como regra – ou seja, que o tribunal opte por ordenar a notificação do obrigado a alimentos para, em 5 dias, se pronunciar sobre o alegado incumprimento.

Acompanhamos a Dr.ª Ana Massena numa posição já anteriormente referida no CEJ (E-book – Família e Crianças: As novas Leis – Resolução de Questões Práticas, Janeiro 2017, pág.28) quando refere que “a excecionalidade do regime (notificação do requerido para alegar) não deve ser aferida face ao conjunto de procedimentos relativos a uma específica situação de incumprimento mas tendo em consideração a diversidade de situações de incumprimento abrangidas pela norma; ou seja, o regime do artigo 41.º n.º 3 não deixa de ser excecional pelo facto de ser aplicado como regra em situações de incumprimento de alimentos”.

Rogério Pereira

O artigo 38.º do RGPTC reza que, na ausência de acordo entre os progenitores na conferência, o juiz suspende a conferência e remete as partes para mediação ou audiência técnica especializada.

Este procedimento fará sentido quando em causa está o incumprimento da pensão de alimentos?

O artigo 41.º, n.º 7, do RGPTC dispõe que em caso de não ter sido convocada a conferência ou quando os pais não cheguem a acordo, o juiz manda proceder ao disposto nos artigos 38.º e seguintes e, por fim, decide, ou seja, remete previamente as partes para a mediação ou a audiência técnica especializada.

Ora, a função da mediação e da audiência técnica especializada não está vocacionada para o pagamento das pensões de alimentos, porquanto, não havendo acordo poderá por estar em questão a prova ou não de pagamento efetuado.

O incidente de incumprimento possui um regime próprio que o regula e só recorre às regras dos artigos 38.º a 40.º para preencher aspetos específicos cuja regulação resulta omitida.

Neste contexto, acompanho uma posição já aqui anteriormente referida no CEJ pela Dr.ª Ana Massena (E-book – Família e Crianças: As novas Leis – Resolução de Questões Práticas, Janeiro 2017, págs. 28 e 29) que a remissão para o regime dos artigos 38.º, 39.º e 40.º do RGPTC deve ser entendida, salvo melhor opinião, em termos de aplicar, de tal regime, apenas o que se harmonize com o procedimento abreviado que o n.º 3 do artigo 41.º permite, ou seja, o disposto no artigo 39.º, n.ºs 5 e 6, do RGPTC.

Qualquer outra solução, nomeadamente, a aplicação do processado integral previsto nos artigos 38.º, 39.º e 40.º do RGPTC, desconsideraria o regime da remissão e os critérios de interpretação previstos no artigo 9.º do Código Civil, nomeadamente a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

Assim, nada impede de em sede de conferência na falta de acordo serem as partes logo remetidas para efeitos do artigo 39.º, n.º 4, do RGPTC, ou seja, apresentarem alegações e prova, para depois vir a ser designada data para audiência de discussão e julgamento.

Rogério Pereira

Realizada a conferência e dispondo o tribunal de elementos probatórios bastantes para declarar verificado o incumprimento, mas não se alcançando acordo sobre o prazo e os demais termos do pagamento dos alimentos vencidos, deve imediatamente usar-se os meios coercivos do artigo 48.º, para pagamento dos alimentos vencidos e para pontual pagamento das prestações vincendas?

Nada impede que o Juiz o possa fazer, tanto mais, que o prazo e os demais termos do pagamento dos alimentos vencidos não são elementos essenciais para que o Tribunal possa decidir.

Como se referiu a remissão que o artigo 41.º, n.º 7, do mesmo preceito faz para os termos do artigo 38.º e seguintes do RGPTC não impede que logo se decida se os elementos existentes nos autos o permitirem, designadamente, ordenando-se os descontos das prestações vencidas e vincendas, nos termos do **artigo 48.º** do mesmo diploma.

Rogério Pereira

Optando-se desde logo pelos meios coercivos e procedimento pré-executivo do artigo 48º, no caso de inviabilidade do pagamento pelos referidos meios, de que modo é possível proferir a decisão de incumprimento da obrigação alimentar que permita, verificados os respetivos requisitos legais, a imposição de obrigação substitutiva do FGADM?

A atribuição da prestação a cargo do FGADM em substituição do devedor de alimentos depende dos seguintes critérios objetivos:

- (i) Existência de sentença que fixe os alimentos;
- (ii) Residência do menor em território nacional;
- (iii) Inexistência de rendimento líquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS);
- (iv) Não pagamento pelo devedor da obrigação de alimentos em dívida pelas formas previstas no artigo 48º do RGPTC – artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 75/98, de 19 de novembro.

Ora, consta, nomeadamente, no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ, de 19.3.2015, Proc. n.º 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A que fixado o regime do exercício das responsabilidades parentais, o seu incumprimento, na vertente da prestação de alimentos pelo progenitor que não tem a guarda do filho menor, alcança-se coercivamente através do incidente de incumprimento previsto no artigo 189.º da Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo DL n.º 314/78, de 27 de outubro. Trata-se de um incidente vocacionado para tornar efetiva a prestação de alimentos, que tem por único objetivo imprimir celeridade e prontidão no pagamento da dívida de alimentos a filhos menores.

É no quadro processual de uma pretensão de cumprimento coercivo da prestação de alimentos em dívida, previamente fixada e a pagar pelo progenitor faltoso, que o FGADM é chamado a assegurar, a «garantir» como a própria designação do Fundo inculca, ao menor credor de alimentos uma prestação que substituirá a do progenitor faltoso, assegurando o Estado, dessa forma, que nenhuma criança fique privada da prestação de alimentos a que tem direito.

Assim, o pedido deve ser suscitado no processo de incumprimento por apenso ao processo principal, pelo que, constatando-se a impossibilidade da cobrança coerciva da prestação de alimentos, pode-se proferir a decisão de “impossibilidade de satisfação” pelos meios coercivos previstos no RGPTC, pressuposto da atribuição da prestação alimentar substitutiva a cargo do FGADM e condenar o FAGDM a garantir o pagamento da prestação de alimentos em substituição do devedor/obrigado originário.

Rogério Pereira

Deve fazer-se cessar a obrigação substitutiva do FGADM logo que seja viável o pagamento das prestações alimentares vincendas à custa do património do devedor e pelos meios coercivos do artigo 48.º, mesmo que não seja possível à custa dele obter-se o pagamento dos alimentos vencidos em prazo razoável?

Ou, em tais casos, considerando a ordem legal supletiva da imputação do pagamento das obrigações pecuniárias, é legítima a manutenção da intervenção substitutiva do FGADM, imputando-se os pagamentos provenientes do património do devedor na solvência da dívida vencida?

A Lei n.º 75/98 de 19/11, estabelece no artigo 1.º “quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos a menor residente no território nacional não satisfizer as quantias em dívida pelas formas previstas no artigo 189.º, do D.L. n.º 314/78, de 27/10, e o alimentando não tenha rendimento líquido superior ao salário mínimo nacional nem beneficie nessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, o Estado assegura as prestações previstas na presente lei até ao início do efetivo cumprimento da obrigação”.

O artigo 3.º, n.º 4, prescreve que “o montante fixado pelo tribunal perdura enquanto se verificarem as circunstâncias subjacentes à sua concessão e até que cesse a obrigação a que o devedor está obrigado”.

O artigo 4.º, n.º 1, prescreve que “o representante legal do menor ou a pessoa à guarda de quem se encontre deve comunicar ao tribunal ou à entidade responsável pelo pagamento das prestações previstas na presente lei a cessação ou qualquer alteração da situação de incumprimento ou da situação do menor”.

O artigo 9.º, n.º 1, do DL n.º 164/99, de 13/05, (diploma que instituiu o FGADM e veio regular a garantia de alimentos devidos a menores prevista naquela Lei) que “o montante fixado pelo tribunal mantém-se enquanto se verificarem as circunstâncias subjacentes à sua concessão e até que cesse a obrigação a que o devedor está obrigado”.

Em sede de jurisprudência é consensual que a cessação a cargo do Fundo só poderá ocorrer a partir do efetivo cumprimento da obrigação pelo progenitor devedor, e não com a verificação de que é possível, atendendo à modificação da situação económica do devedor de alimentos, cobrar coercivamente os alimentos devidos – cf. Ac. do TRC de 31.5.2016, Proc. n.º 1719/08.3TBPBL-B.C1 e do Ac. do TRC, de 09-10-2012, ambos, *in* www.dgsi.pt sob pena de se estar a colocar em perigo a efetividade do direito a alimentos ao menor o que se visou efetivamente obviar com a intervenção do FGADM.

Quanto à manutenção do pagamento das prestações pelo FGADM enquanto se vai cobrando coercivamente os alimentos em dívida.

A prestação a cargo do FGADM visa a garantia de alimentos devidos a menor e surge como uma prestação social do regime não contributivo, a cargo do Estado, destinada a suprir o incumprimento por parte daquele que se encontre sujeito à obrigação alimentar familiar, traduzindo-se, por isso, numa prestação social de natureza subsidiária, que visa concretizar, no plano legislativo, o direito das crianças à proteção, tal como consagrado no artigo 69.º, n.º 1, da Constituição.

As prestações sociais assim caracterizadas não constituem um direito subjetivo *prima facie* dos menores a quem se dirigem (ao contrário do que sucede com todas as demais prestações sociais do regime contributivo), mas representam antes um recurso subsidiário, fundado na solidariedade estadual, que se destina a dar resposta imediata à satisfação de necessidades de menores que se encontrem numa situação de carência, e que, por isso, não pode, desligar-se da concreta situação familiar do titular da prestação (neste sentido, Remédio Marques, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores)*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, págs. 214-215).

Não visa a prestação do FGADM (Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores) substituir, definitivamente, a obrigação legal de alimentos devida a menores, mas antes propiciar uma prestação a *forfait* de um montante, por regra, equivalente ao que fora fixado, judicialmente (...), ou seja, não elimina os diversos deveres jurídicos do grupo familiar (...), pois só tem por missão assegurar a subsistência das pessoas (menores, deficientes) colocadas em

específicas e concretas situações de necessidade, *não* constituem um direito subjetivo dos destinatários.

À luz do referido enquadramento legal, as prestações a cargo do FGA assumem claramente uma natureza assistencial-garantística, sendo pressuposto da sua intervenção em substituição do devedor a impossibilidade de obter deste a satisfação das prestações por alguma das formas previstas no artigo 48.º do RGPTC, não visando portanto substituir de forma definitiva uma obrigação legal de alimentos. Com efeito, sendo o pressuposto legitimador da intervenção do FGA a fixação judicial de *determinada* prestação a cargo do primeiro obrigado a alimentos e a constatação da inviabilidade da sua cobrança coerciva – o Fundo não intervém caso o devedor cumpra ou a cobrança seja bem-sucedida – certo é também que a lei determina a cessação de tal obrigação tão logo o devedor de alimentos se encontre em condições de assegurar o cumprimento da obrigação previamente fixada (voluntária ou coercivamente).

Que assim é, também se poderá recorrer ao disposto no próprio artigo 7.º do Dec. Lei n.º 164/99 que refere expressamente (manutenção da obrigação principal) que “*o reembolso não prejudica a obrigação de prestar alimentos previamente fixada pelo tribunal competente*”, ou seja, a obrigação de pagar o valor de alimentos fixado pelo tribunal a cargo do devedor.

Ora, pretende-se com esta disposição que apesar do reembolso do pagamento das prestações ao FGADM, a obrigação prioritária do devedor de alimentos mantém-se.

Assim, podendo ser cobrada coercivamente a prestação de alimentos e logo que se inicie o pagamento das prestações vincendas deve ser declarado cessado o pagamento através do FGADM, sem prejuízo da utilização simultânea do artigo 48.º do RGPTC para pagamento das prestações vincendas e parte das vencidas.

Rogério Pereira

Cessando a ação de incumprimento para efetivação da prestação de alimentos (artigo 48.º do RGPTC), por impossibilidade superveniente da lide decorrente da ausência de rendimentos do progenitor/devedor, mas apurando-se posteriormente que o mesmo devedor iniciou nova atividade laboral e tem rendimentos, poderá renovar-se a instância, ou haverá que instaurar novo procedimento?

A sentença que é proferida na ação de incumprimento é a que condena o progenitor devedor a pagar determinada quantia a título de alimentos devidos ao filho.

A partir daí desenvolvem-se as diligências tendentes a obter o pagamento daquela quantia e das que se forem vencendo na pendência do processo. É aqui que entra o disposto no artigo 48.º do RGPTC.

Quando, a partir de determinado momento, se tornam inviáveis os descontos ali previstos, não sendo caso de intervenção do FGADM, o processo é arquivado.

Porém, a instância não se torna «impossível», com o carácter definitivo que a impossibilidade pressupõe!

Deste modo, quando houver notícia de que os descontos podem voltar a ter lugar, renova-se a instância.

Aliás, quando são instaurados sucessivos incumprimentos em situações deste tipo, ordeno a incorporação do novo apenso no anterior e prossigo este.

Vantagens:

- Menor carga tributária para o progenitor residente, que impulsionaria o novo procedimento e, não beneficiando de apoio judiciário, seria onerado com a taxa de justiça;
- Menos encargos a nível do apoio judiciário, no caso de o requerente beneficiar de nomeação de patrono e dispensa de pagamento dos respetivos honorários, pois tratar-se-ia de uma ação nova;
- Menor celeridade, pois no caso de ser instaurado novo procedimento, teria de ser notificado o requerido nos termos do n.º 3 do artigo 41.º do RGPTC e ser proferida outra sentença.

Helena Lamas

Num incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais, estando em causa apenas a falta de pagamento da pensão alimentar, como deverá proceder-se: notificar-se o requerido, conforme artigo 41.º, n.º 3, do Regime Geral, com posterior marcação de conferência, lançar-se mão da mediação ou da audição técnica especializada, ou realizarem-se apenas as diligências instrutórias necessárias à comprovação da invocada omissão de pagamento, podendo/devendo proferir-se, findas as mesmas, decisão?

Em nosso entendimento, nos casos de incidente de incumprimento em que esteja exclusivamente em causa a falta de pagamento de prestações de alimentos, deve-se recorrer em regra ao regime previsto no artigo 41.º, n.º 3, do RGPTC, ou seja, deve-se ordenar a notificação do obrigado ao pagamento dos alimentos para, em 5 dias, se pronunciar sobre o alegado incumprimento.

Caso existam elementos no processo que permitam desde logo uma decisão quanto à existência da dívida de alimentos, respetivo montante e forma de pagamento, com recurso ou não ao mecanismo previsto no artigo 48º do RGPTC, não faz sentido marcar-se uma conferência de pais, nem recorrer a audição técnica especializada ou a mediação.

No entanto, face à diversidade de situações de incumprimento abrangidas pelo artigo 41.º do RGPTC, pode haver necessidade de se marcar uma conferência de pais para discutir a existência da dívida de alimentos, o seu valor global ou a obrigatoriedade do seu pagamento, e até de se fazerem intervir os serviços técnicos de apoio ao Tribunal, caso o conflito entre os

progenitores seja tão intenso quanto a esta matéria que só com a conferência de pais não se consiga resolver.

Nestas situações já faz sentido a remissão do artigo 41.º, n.º 7, do RGPTC para o disposto nos artigos 38.º a 40.º do mesmo diploma.

Assim sendo, verifica-se que o regime do artigo 41.º, n.º 3, do RGPTC não deixa de ser excecional pelo facto de ser aplicado como regra em situações de incumprimento de alimentos.

O incidente de incumprimento possui um regime próprio que o regula e só recorre às regras dos artigos 38.º a 40.º para preencher aspetos específicos cuja regulação seja omissa e apenas desde que o previsto nessas normas se harmonize com o procedimento abreviado que o n.º 3 do artigo 41.º permite.

Qualquer outra solução iria fazer tábua rasa do mecanismo previsto no artigo 41.º, n.º 3 e levaria a uma morosidade indesejável e desnecessária da decisão que certamente não terá sido a solução que o legislador pretendeu consagrar, segundo os critérios de interpretação previstos no artigo 9.º do Código Civil.

Carla Francisco

Nos autos de incidente de incumprimento em que se processa o desconto na retribuição auferida pelo progenitor, funcionário público, para pagamento da pensão de alimentos que se for vencendo, é junta comunicação do Tribunal de Comércio segundo a qual o requerido foi declarado insolvente por sentença transitada em julgado: o magistrado do Ministério Público deve promover que o desconto prossiga nos precisos termos em que estava a ser efetuado, informando-se de tal circunstância o processo de insolvência, ou deve promover a sua imediata cessação, remetendo todos os elementos pertinentes relativos ao crédito de alimentos ao magistrado do Ministério Público junto do Tribunal de Comércio?

O artigo 1.º do CIRE define o processo de insolvência “um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.”

Este objetivo de liquidação do património do devedor é dificilmente compatibilizável com a natureza, estrutura e duração da obrigação de alimentos, que deve ser sempre considerada uma obrigação plástica e atualizável.

Por outro lado, note-se que os mecanismos previstos no artigo 48.º do RGPTC (Regime Geral do Processo Tutelar Cível) têm natureza especial, pelo que não haverá que reconduzir o processo em que foram acionados ao conceito de execução para efeitos de aplicação das regras do CIRE.

Deve considerar-se que fica de fora do processo de insolvência a obrigação de alimentos devida a filho menor, comunicando-se ao processo a correr os seus termos no tribunal de comércio a existência da obrigação de alimentos que incumbe ao insolvente.

A obrigação de alimentos a filhos menores, conforme configurada no regime de exercício das responsabilidades parentais, integra a previsão normativa do artigo 239.º, n.º 3, b), i), do C.I.R.E., devendo reconduzir-se ao conceito de despesas necessárias para o sustento do “agregado familiar”, sendo um valor a cujo pagamento o insolvente se encontra adstrito e que é prevalecente.

Nessa medida, estando em execução o desconto do valor correspondente à obrigação de alimentos, nos termos do artigo 48.º R.G.P.T.C., e sobrevindo declaração de insolvência do obrigado a alimentos, a tramitação dos mecanismos executivos previstos no artigo 48.º RGPTC deverá prosseguir no processo de incumprimento, com informação aos autos de insolvência.

Pedro Faria

Deve sempre fixar-se a obrigação de alimentos ao progenitor não guardião, ainda que não lhe sejam conhecidos rendimentos, direitos patrimoniais ou bens?

I – A prestação de alimentos tem que ser entendida como um instrumento para alcançar a realização de direitos fundamentais dos filhos: a estes têm que ser prestados os meios materiais para que se desenvolvam nas suas diversas manifestações.

Esta especial obrigação de participar ativamente no crescimento dos filhos não cessa com a separação: mantém-se na íntegra, devendo ser organizada a forma como cada um dos progenitores cumprirá o seu dever.

O direito ou feixe de direitos fundamentais que a obrigação de alimentos visa realizar impõe que tal obrigação seja também entendida como fundamental e tenha que ser configurada de acordo com a sua particular importância.

Trata-se de um dever de ordem pública que tem tutela penal, que merece um regime especial de cobrança (artigo 738.º, n.º 4, C.P.C.) e tem um regime especial de garantia, o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menor.

A determinação ou liquidação da obrigação, pela fixação do valor pecuniário que lhe corresponde, deve atender não apenas aos rendimentos do obrigado mas à sua situação patrimonial, ao seu padrão de vida, à sua capacidade de trabalho, ainda que de forma potencial, uma vez que o obrigado a alimentos tem que procurar realizar rendimentos e organizar as suas finanças para cumprir mínimo daquele dever fundamental.

Entre os progenitores e os filhos existe uma partilha existencial que não se esgota no plano afetivo ou emocional mas que se estende ao sustento, com tudo o que essa palavra inclui: alimentos, roupa, saúde, escola...

Apenas uma impossibilidade absoluta, por manifesta ausência de rendimentos (ainda que constituídos por prestações sociais) e de capacidade de trabalho poderá motivar a não fixação da prestação de alimentos, sendo muito difícil encontrar tal situação.

Pedro Faria

II – Conforme decorre do disposto no artigo 69.º, da Constituição da República Portuguesa, a criança tem o direito à proteção por parte da sociedade e do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento integral.

Não obstante o pendor eminentemente programático deste direito, da sua consagração resulta para o Estado o dever de assegurar a garantia da dignidade da criança como pessoa em formação, a quem deve ser concedida a necessária proteção.

De entre as medidas de proteção que devem ser asseguradas à criança está, seguramente, o direito a alimentos, o qual está diretamente dirigido à satisfação das mais básicas necessidades humanas de sobrevivência e tem merecido especial atenção no âmbito das organizações internacionais especializadas nesta matéria e de normas vinculativas de direito internacional, destacando-se, designadamente, as Recomendações do Conselho da Europa R (82)2, de 4 de fevereiro de 1982, relativa à antecipação pelo Estado de prestações de alimentos devidos a menores, e R(89)1, de 18 de janeiro de 1989, relativa às obrigações do Estado em matéria de prestações de alimentos a menores em caso de divórcio dos pais, bem como o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e assinada em 26 de janeiro de 1990, em que se atribuiu especial relevância à consecução da prestação de alimentos a crianças e jovens até aos 18 anos de idade (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio).

Tal direito a alimentos consubstancia, em primeira linha, uma obrigação para os pais.

Com efeito, o dever de contribuir para o sustento dos filhos menores constitui uma obrigação dos pais, assumindo estes a posição de devedores (e aqueles a de credores), tendo origem na relação biológica da filiação. E tanto assim é que a obrigação de alimentos transcende o plano do poder paternal, uma vez que mesmo inibidos do exercício deste os pais continuam obrigados à prestação alimentícia (cf. artigo 1917.º, do Código Civil).

Tal dever obrigacional mantém-se até os menores atingirem a sua maioridade, ou seja, os 18 anos (cf. artigos 1877.º e 122.º, ambos do Código Civil), podendo mesmo, nas situações previstas no artigo 1880.º, do Código Civil, estender-se para além dessa idade.

Os alimentos não são, pois, um direito do progenitor a quem a criança foi confiada, mas um dever do progenitor não guardião, englobado no dever de assistência que incumbe a ambos os pais em condição de igualdade [cf. artigo 36.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, artigo 18.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, artigos 1874.º, n.º 2, e 1878.º, n.º 1, do Código Civil, e Princípio 8 da Recomendação número R (84) 4 sobre Responsabilidades Parentais].

Ora, como é sabido, não tem sido unânime o entendimento jurisprudencial em torno da questão de saber se o legal dever parental de contribuir com alimentos para o sustento dos filhos menores deve sempre ser fixado pelo Tribunal, mesmo nas situações em que, como ocorre no caso destes autos, nada se haja apurado acerca da vida social e profissional do progenitor vinculado à prestação de alimentos.

Para uma corrente jurisprudencial, a fixação da pensão de alimentos não é obrigatória nas decisões que regulam o exercício das responsabilidades parentais, sempre que o obrigado não tiver quaisquer meios para cumprir esse dever de prestar alimentos. E, nestas circunstâncias, o Tribunal deverá abster-se de fixar qualquer pensão de alimentos, por forma a dar cumprimento ao critério da proporcionalidade plasmado no artigo 2004.º, n.º 1, do Código Civil [neste sentido, a título meramente exemplificativo, vd. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de janeiro de 2007, de 4 de dezembro de 2008 e de 5 de maio de 2011, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de março de 2010, todos acessíveis na Internet, no sítio www.dgsi.pt].

Para outra corrente jurisprudencial, o Tribunal deve sempre proceder à fixação de alimentos a favor do menor, ainda que desconheça a concreta situação da vida do obrigado a alimentos, visto que o interesse do menor sobreleva a questão da indeterminação ou do não conhecimento dos meios de subsistência do obrigado a alimentos, cabendo a este o ónus de prova da impossibilidade total ou parcial de prestação de alimentos [neste sentido, também a título exemplificativo, vd. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de abril de 2004 e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de junho de 2007 e de 9 de novembro de 2010, todos acessíveis na Internet, no sítio www.dgsi.pt].

No que se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, verifica-se que, de modo uniforme e reiterado, se vem decidindo no sentido de que a ausência do progenitor vinculado à prestação de alimentos ou a falta de condições económicas para a prestação de um montante adequado à subsistência do filho não devem precluir a fixação de alimentos, já que tal omissão iria pôr em causa interesses e direitos fundamentais do menor.

Assim, a título meramente exemplificativo:

Acórdão de 12 de julho de 2011:

“ – O princípio constitucional da igualdade jurídica dos progenitores criou a obrigação de ambos concorrerem para o sustento dos filhos, proporcionalmente, aos seus rendimentos e proventos, e às necessidades e capacidade de trabalho do alimentando, de modo a assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento dos menores./

– A específica natureza da obrigação fundamental de prestação de alimentos permite compreender que, na fixação judicial dos alimentos devidos, o tribunal deva ter em causa, não apenas, de forma redutora, o estrito montante pecuniário auferido pelo devedor dos alimentos, em certo momento temporal, mas, de forma ampla e abrangente, toda a situação patrimonial e padrão de vida deste, incluindo a sua capacidade laboral futura, estando,

obviamente, compreendido no dever de educação e sustento dos filhos a obrigação do progenitor procurar, ativamente, exercitar uma atividade profissional geradora de rendimentos, que permita o cumprimento mínimo daquele dever fundamental./

– Constituindo a prestação de alimentos, a cargo dos progenitores, simultaneamente, uma obrigação do progenitor e um direito subjetivo do filho menor, a determinação do seu quantitativo contende apenas com aquele valor que exceda o mínimo, estritamente, indispensável à sua subsistência, porquanto este, por imperativo ético e social inalienável, não suscetível de retórica argumentativa, não pode deixar de ser atribuído a qualquer ser humano, maxime, a um menor, sob pena de se tratar de uma realidade metafísica, a acentuar ainda mais a já débil fragilidade da garantia dos direitos pessoais familiares, e de não constituir um “poder-dever”.

Acórdão de 27 de setembro de 2011:

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

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

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

Acórdão de 29 de março 2012:

“ – O tribunal deve proceder à fixação de alimentos a favor do menor, ainda que desconheça a concreta situação de vida de um dos progenitores obrigado a alimentos./ – O interesse do menor sobreleva a indeterminação ou não conhecimento dos meios de subsistência do obrigado a alimentos, cabendo a este o ónus da prova da impossibilidade total ou parcial da prestação de alimentos.”

Acórdão de 15 de maio de 2012: “O tribunal deve fixar prestação alimentar a favor do menor, a suportar pelo progenitor, mesmo quando o paradeiro e condições socioeconómicas deste se desconheçam.”

Acórdão de 22 de maio de 2012: “Em ação de regulação de exercício do poder paternal deve ser fixada a pensão alimentar devida a menor, mesmo que seja desconhecida a situação socioeconómica do progenitor-pai, a cargo de quem não ficou o menor.”

É a esta firme e reiterada corrente jurisprudencial que adiro, por entender que a tutela do interesse fundamental da criança tem efetivamente de prevalecer sobre quaisquer constrangimentos patrimoniais do devedor ou dificuldades procedimentais ou práticas que hajam obstado à aquisição processual de factos relevantes para aferir da sua capacidade económica, vinculado que está pelo dever fundamental de custear uma prestação que garanta o direito a uma sobrevivência condigna do seu filho menor.

Por essa razão, à questão acima indicada respondo que deverá fixar-se sempre a obrigação de alimentos ao progenitor não guardião, ainda que não lhe sejam conhecidos rendimentos, direitos patrimoniais ou bens.

Pedro Raposo de Figueiredo

Num processo de regulação das responsabilidades parentais a prestação de alimentos, a cargo do progenitor não guardião, foi regulada nos seguintes termos:

a) O pai pagará, a título de alimentos, a quantia mensal de Euros: 250 (duzentos e cinquenta euros), valor que creditará em conta bancária titulada pela requerente mãe, e de que o mesmo tem já conhecimento, até ao dia 05 do mês a que disser respeito e será atualizado anualmente, no mês de Janeiro, em função do índice de atualização das rendas previsto anualmente para o ano civil seguinte;

b) O pai suportará ainda metade das despesas com o menor, nomeadamente de saúde (médicas e medicamentosas, aparelhos ou materiais médicos, como por exemplo óculos ou de natureza estomatológica), bem como despesas educativas e escolares (nomeadamente, as explicações e livros escolares) mediante apresentação dos respetivos documentos comprovativos.

A mãe instaurou incidente de incumprimento invocando a falta de pagamento da comparticipação relativa às explicações do filho e às despesas com a visita de estudo a Barcelona, realizada pela escola, que mesmo integrou.

O pai contesta a ação, alegando que não lhe foi pedida opinião sobre a frequência das explicações nem sobre a participação na referida visita de estudo e que em momento algum autorizou tais atos, o que se provou.

Quid iuris?

Ora, o artigo 1878.º, do Código Civil, define as responsabilidades parentais como o dever e o direito dos pais de, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens.

O Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 28 de fevereiro de 1984, aprovou a Recomendação nº R(84) 4, que aconselha os Estados Membros do Conselho da Europa a adotarem políticas de responsabilização dos progenitores na educação, sustento e representação legal dos filhos.

O projeto de Lei número 509/X acolheu as medidas sugeridas pela dita recomendação e procurou ir ao encontro da nova realidade social em matéria do direito da família, que tem como princípio estruturante a igualdade entre os progenitores, tendo ficado expresso na respetiva Exposição de Motivos: *“(...) Também aqui se acompanha a experiência da jurisprudência e legislação vigente em países que, por se terem há mais tempo confrontado com o aumento do divórcio, mudaram o regime de exercício das responsabilidades parentais da guarda única para guarda conjunta. (...) Impõe-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais, salvo quando o Tribunal entender que este regime é contrário aos interesses do filho (...); reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de ‘particular importância’. 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 (...)”*.

Neste seguimento, o artigo 1906.º, n.º 1, do Código Civil, estabelece 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, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

Já as responsabilidades relativas aos atos da vida corrente competirão, nos termos do artigo 1906.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, ao progenitor junto de quem se fixa a residência da criança ou do jovem.

A delimitação entre atos da vida corrente e atos de particular importância é difícil de estabelecer em abstrato, pois existe entre estas duas categorias uma ampla zona cinzenta formada por atos intermédios, que tanto podem ser qualificados como atos correntes ou de particular importância [MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 5.ª edição, Almedina, p. 282].

Na densificação dos dois conceitos e conseqüente destrição, poder-se-á encontrar um importante apoio na Exposição de Motivos contida nos trabalhos preparatórios da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, onde se esclarece que os assuntos de particular importância são aqueles que se resumem a questões existenciais graves e raras na vida de uma criança, questões essas que pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças [neste sentido, HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, A Criança e a Família – Uma questão de direito(s). Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2014, p. 196, nota 24].

Assim, as questões de particular importância serão sempre acontecimentos raros, pelo que os dois progenitores apenas terão de cooperar na tomada de tais decisões episodicamente e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida dos filhos, os chamarão à sua conjunta responsabilidade de pais e á contenção recomendável para essas ocasiões [GUILHERME DE OLIVEIRA, A Nova Lei do Divórcio, revista Lex Familiae, ano 7, n.º 73, Coimbra, 2010, p. 23].

Já as decisões sobre os atos da vida corrente dos filhos, que serão mais frequentes e terão que ser mais rápidas, ficarão na esfera do progenitor com quem o filho reside, sem necessidade de procurar o consentimento do outro.

Tendo em vista o preenchimento do conceito de questões de particular importância, a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes na integração em tal *fattispecie* das seguintes decisões:

- i) Decisão sobre melindrosas intervenções cirúrgicas no filho (incluindo as estéticas);
- ii) Mudança de residência do filho para o estrangeiro;
- iii) Deslocação do filho para zonas de conflito armado, que possam fazer perigar a sua vida;
- iv) Opção pelo ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho;
- v) Obtenção de licença de condução de ciclomotores;
- vi) Educação religiosa do filho;
- vii) Participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho;
- viii) Prática de atividades desportivas que representem um risco para a saúde do filho;
- ix) Autorização paternal para o filho contrair casamento;
- x) Orientação profissional do filho [neste sentido, HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, *op. cit.* p. 197; vd., também, HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 122-185; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de outubro de 2011, acessível, via internet, no sítio www.dgsi.pt].

Atenta a raridade e gravidade apontadas como características dos atos de particular importância, ter-se-á que concluir que consubstanciarão atos da vida corrente do filho a generalidade das decisões tomadas no exercício dos poderes-deveres que as responsabilidades parentais encerram, designadamente, os que contendem com o direito e dever de educação [cf. artigo 35.º, da Constituição da República Portuguesa, e artigo 1885.º, do Código Civil].

E contendendo este direito e dever de educação com atos da vida corrente do filho, as correspondentes resoluções caberão ao progenitor com quem ele reside habitualmente [cf. artigo 1906.º, do Código Civil], aqui se incluindo, portanto, todas as decisões relativas à instrução do filho, sua educação, formação e desenvolvimento intelectual, tomadas no exercício da função de encarregado de educação (ressalvando, todavia, a decisão sobre a frequência de estabelecimento de ensino público ou privado, a qual, nos sobreditos termos, tem sido considerada ato de particular importância).

A esta luz, será ato da vida corrente a decisão sobre a frequência de explicações, para apoio da prestação escolar e aproveitamento do filho, bem como a decisão sobre a participação em visitas de estudo organizadas pela escola, que constem do plano de atividades do estabelecimento de ensino frequentado e encerrem uma componente pedagógica e interdisciplinar (e não meramente lúdica).

Assim, revertendo agora à hipótese apresentada, por se tratar de atos da vida corrente do filho, a frequência de explicações e participação na visita de estudo a Barcelona não estava dependente da obtenção da prévia autorização do pai, bastando a decisão da mãe.

Tampouco estava dependente da prévia autorização do pai a exigibilidade do correspondente pagamento, uma vez que a única condição que se fez constar no acordo de regulação das responsabilidades parentais foi a da apresentação dos respetivos comprovativos.

Nestes termos, não concordando com as opções educativas tomadas pela progenitora residente, deverá o requerido recorrer à competente ação, no exercício do direito de vigilância que lhe é conferido pelo artigo 1906.º, n.º 6, do Código Civil (nos termos do qual, ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho).

Não conseguindo continuar a compartilhar no custo de explicações ao filho, deverá o progenitor ponderar a propositura de uma ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais (caso se verifique uma alteração das circunstâncias que existiam aquando da celebração do acordo), nos termos do artigo 42.º, do RGPTC.

No quadro atual e perante aquele acordo de regulação das responsabilidades parentais, o requerido não poderá é escudar-se na ausência da obtenção prévia do seu acordo para se recusar a pagar o custo das explicações e da visita de estudo, porquanto se trata de despesas decorrentes de decisões que pertencem, em exclusivo, à requerente.

Pedro Raposo de Figueiredo

Capítulo VI.

ACORDO TUTELAR CÍVEL
ART.º 112.º-A DA L.P.C.J.P.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. ACORDO TUTELAR CÍVEL – ART. 112.º-A DA L.P.C.J.P.

Qual a tramitação subsequente do processo de promoção e proteção quando, no âmbito do artigo 112º-A da Lei de Proteção, se frustra a possibilidade de acordo tutelar cível adequado que lhe ponha termo?

Dispõe o artigo 112.º-A da LPCJP que:

“1 – Na conferência e verificados os pressupostos legais, o juiz homologa o acordo alcançado em matéria tutelar cível, ficando este a constar por apenso.

2 – Não havendo acordo seguem-se os trâmites dos artigos 38.º a 40.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.”

Importa desde já referir que, não obstante, a previsão deste preceito legal, os processos tutelares cíveis e os processos de promoção e proteção têm finalidades e tramitações diferentes.

Segundo o previsto no artigo 3.º da LPCJP, os processos de promoção e proteção visam retirar uma criança ou jovem de uma situação de perigo em que se encontre, quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros, da própria criança ou do jovem, a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

Estes processos têm uma tramitação específica, que se pretende célere e de ação conjugada entre o Tribunal e os serviços sociais de apoio ao Tribunal, sendo a intervenção em sede de promoção e proteção prioritária.

Quando o perigo para a criança ou jovem resulte do conflito parental ou do conflito entre os pais e a pessoa aos cuidados de quem a criança ou jovem se encontra, poderá haver alguma sobreposição do âmbito de atuação do Tribunal nos dois tipos de processo em apreço, sendo que, nesse caso, a fim de evitar a prolação de decisões contraditórias, a tramitação dos processos tutelares cíveis deve ser suspensa, para primeiramente se acudir à situação de perigo e removê-lo nos processos de promoção e proteção, que devem correr termos por apenso, conforme supra referido.

No entanto, aproveitando a presença das pessoas relevantes na vida da criança ou jovem no Tribunal, pais ou terceiros a quem os cuidados da criança ou jovem tenham que ser entregues, e a fim de se obter a harmonização de todas as decisões, conforme é exigido pelo disposto no artigo 27.º, n.º 1, do RGPTC, nada impede que, caso a situação vivencial da criança ou jovem esteja devidamente estabilizada e salvaguardada, se possa obter um acordo tutelar cível, de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais durante a conferência prevista no artigo 112.º da LPCJP, extraindo-se certidão da ata do acordo e constituindo-se com a mesma apenso de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

O interesse da criança ou jovem é sempre o objetivo principal a prosseguir e este será melhor conseguido quanto melhor se harmonizarem todas as decisões a proferir, com essa finalidade, nos vários tipos de processos.

Se as diligências instrutórias levadas a cabo no processo de promoção e proteção permitirem reunir todos os elementos probatórios relativos à situação vivencial atual da criança ou jovem, com vista à definição e regulamentação dessa situação em sede tutelar cível, deve esse material probatório ser de imediato aproveitado para, estando as pessoas necessárias presentes em audiência, se fazer um acordo tutelar cível em conformidade com os elementos recolhidos, evitando-se, assim, a morosidade da tramitação dos processos tutelares cíveis e agindo-se de acordo com os princípios da celeridade, intervenção mínima, economia processual, atualidade e participação, que regem ambos os tipos de processo.

É esse o objetivo do disposto no artigo 112.º-A da LPCJP, nada impedindo que se faça simultaneamente um acordo tutelar cível e um acordo de promoção e proteção, com vista este último ao acompanhamento e consolidação do previsto nas cláusulas do acordo tutelar cível durante algum tempo.

Caso a obtenção de tal acordo não seja possível no processo de promoção e proteção e a situação vivencial da criança ou jovem não esteja devidamente estabilizada e salvaguardada, o processo de promoção e proteção deverá seguir os seus ulteriores termos com vista à proteção e retirada da criança da situação de perigo em que a mesma se encontra, mediante a realização de debate judicial, nos termos previstos no artigo 114.º da LPCJP, ou através da aplicação de medidas provisórias que não se encontram à disposição dos processos tutelares cíveis, como por exemplo o acolhimento residencial, o apoio para a autonomia de vida ou o apoio económico em meio natural de vida.

As diligências previstas nos artigos 38.º a 40.º do RGPTC só deverão ter lugar após o retomar da tramitação do processo tutelar cível, findo que se mostre o perigo que fundamentou a existência do processo de promoção e proteção, pois não deverá haver duplicação de diligências, nem é possível a regulação cível da situação vivencial da criança ou jovem se este ainda se encontrar numa situação de perigo não completamente afastado.

Por outro lado, poderá não fazer sentido obter um acordo tutelar cível na conferência prevista no artigo 112.º-A da LPCJP por a situação de perigo não acarretar a necessidade de tal acordo, como por exemplo nos casos de o perigo resultar de negligência, falta de organização ou de competências sociais e/ou parentais dos pais que vivem juntos, mas não prestam aos filhos os cuidados básicos, não lhes prestam o acompanhamento devido na escola ou que têm problemas de consumos de álcool ou de substâncias estupefacientes.

Nestes casos a criança ou jovem poderá ainda manter-se junto dos pais, devendo a intervenção ser realizada apenas no âmbito da promoção e proteção.

Carla Francisco

Se no âmbito do referido artigo 112.º-A, o acordo tutelar cível passar por confiar a criança, por exemplo, a uma vizinha, até por existir entre ambas recíproca afeição, uma vez que os seus progenitores, embora conviventes, carecem de competências parentais, mas estes não dão o seu acordo, seguem-se os trâmites dos artigos 38.º a 40.º do Regime Geral, *ex vi* artigo 112.º-A, ou, eventualmente, os trâmites a que alude o artigo 67.º do Regime Geral?

No caso subjacente à questão colocada, os progenitores, porque conviventes, não estão separados, sejam eles casados entre si ou vivam em união de facto. Não se verifica assim a dissociação familiar.

A fixação da residência do filho com uma terceira pessoa, uma vizinha, com o fundamento na falta de competências parentais, significa sempre uma limitação ao exercício das responsabilidades parentais.

Não se trata, pois, de uma mera entrega temporária da criança a uma terceira pessoa.

Defendo que a previsão do artigo 112.º-A, n.º 2, da LPCJP ao remeter na falta de acordo para os artigos 38.º a 40.º, do RGPTC apenas tem no seu horizonte as regulações do exercício das responsabilidades parentais e não as suas limitações, como a expressa na questão formulada.

Dependendo das razões fáticas que imponham a limitação, a providência cível a instaurar poderá ser uma mera ação tutelar comum, nos termos do artigo 67.º, do RGPTC e artigo 1918.º, do C. Civil ou, nos casos mais graves, uma ação de inibição do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 52.º, do RGPTC, com os fundamentos nos artigos 1913.º ou 1915.º, do Código Civil.

Assim, respondendo diretamente à questão colocada, não está previsto no artigo 112.º-A, n.º 2, da LPCJP a possibilidade do prosseguimento do PPP, nos termos do artigo 67.º, do RGPTC, com convocação para um processo tutelar comum.

Entendo, pois, que deve ser proposta uma nova ação.

Neste último caso, a ação tem que ser intentada pelo Ministério Público ou bastará uma certidão do processo de promoção e proteção para prosseguir os seus termos?

A nova ação pode ser instaurada por quem tem legitimidade ativa.

Por quem está elencado no artigo 17.º, do RGPTC e ainda no artigo 1915.º, n.º 1, *ex vi* artigo 1918.º, ambos do Código Civil.

A iniciativa processual não cabe apenas ao Ministério Público, mas também ao Ministério Público.

E naturalmente que este deve, em primeira linha, avançar com a propositura de tal ação, por apenso ao Processo Judicial de Promoção e Proteção.

É, aliás, totalmente desnecessária qualquer certidão prévia para ser junta com a petição inicial. Bastará a indicação nos articulados para os elementos constantes do Processo Judicial de Promoção e Proteção.

Tenho dificuldade em perceber que não haja necessidade de elaboração de uma petição inicial e que o processo tutelar comum se inicie assim, oficiosamente, com uma certidão.

Nos processos tutelares cíveis a iniciativa processual está estabelecida e não é atribuída ao Magistrado Judicial, à exceção da oficiosidade estabelecida no artigo 41.º, n.º 1, do RGPTC.

Fátima Silveira

O artigo 112.º-A da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo vem prever a permeabilidade entre as áreas da promoção e proteção e tutelar cível. A possibilidade de o acordo alcançado no âmbito da promoção e proteção ter eficácia em sede tutelar cível constitui um avanço notável, que vem permitir a agilização dos processos e uma definição muito mais expedita do projeto de vida das crianças. Mas, também aqui, se colocam dúvidas. Será que pode ser designada data para a conferência em sede de revisão da medida? Da conjugação dos artigos 110.º, n.º 1, al. b), e 112.º-A resulta que a conferência só pode ser designada imediatamente após a fase de instrução e não em sede de revisão da medida aplicada?

Segundo a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 339/XII, consagrou-se a possibilidade de aproveitamento, para efeitos tutelares cíveis, dos resultados proporcionados pelo processo de promoção e proteção, designadamente a obtenção de acordo tutelar cível, o que racionaliza e simplifica procedimentos, reduzindo significativamente a morosidade da justiça tutelar cível.

Se à partida é no momento da conferência a que respeita o artigo 112.º da LPCJP atento o disposto no artigo 110.º, n.º 1, al. b), da LPCJP que deverá ser aferido se justifica-se ou não a realização de acordo tutelar cível, desde que a situação de perigo não se verifique ou se encontre atenuada.

Ora, em termos de lei, não vejo que haja algum impedimento a que possa ser designada data para a realização de conferência em sede de revisão da medida, desde que o estado dos autos assim o justifique, dado que, por um lado, terá de ser dado sempre cumprimento à audição dos pais (artigo 85.º da LPCJP), por outro em face do princípio da participação (artigo 4.º, alínea j) e consensualização que devem nortear esta intervenção protetiva e, finalmente se, neste momento, para efeitos de revisão da medida em caso de substituição de medida de promoção e proteção aplicada ou para prorrogação da medida de acolhimento se exige a realização de debate judicial, nada impede que não se possa realizar conferência de pais em sede de revisão, dado que se trata de uma solução mais célere.

Não impede o teor do artigo 62.º, n.º 4 da LPCJP, quando exige em sede de revisão uma decisão fundamentada de facto e de direito, porquanto, tratando-se de uma solução

negociada com os pais, nada obsta a isso, sendo por vezes desejável, quando há necessidade de inserção de novas cláusulas ou alteração das existentes, em caso de incumprimentos dos acordos.

Na prática, dependerá da situação em concreto, porquanto, será sempre de verificar que tipo de situação de perigo existe e se a mesma é compatível com a realização logo da conferência para efeitos de acordo tutelar cível, não se podendo admitir tal como regra.

Rogério Pereira

No despacho inicial ou após o encerramento da instrução, considerando-se cessada a situação de perigo que deu origem ao processo, mas mostrando-se necessário regular o exercício das responsabilidades parentais, deve ser proferido despacho de arquivamento do processo de promoção e proteção e instaurada, autonomamente, a competente ação tutelar cível, ou deve ser designada data para conferência, ao abrigo do disposto no artigo 112.º-A da LPCJP?

A norma contida no artigo 112.º-A, da LPCJP constitui uma absoluta novidade, introduzida neste diploma pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro. Sobre qual tenha sido o propósito que presidiu a esta opção do legislador, elucida-nos a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 339/XII, donde se retira que o que determinou a sua criação foi o alcançar-se uma simplificação de procedimentos, com os consequentes ganhos em celeridade e eficácia, mas também possibilitar o aproveitamento *“para efeitos tutelares cíveis, dos resultados proporcionados pelo processo de promoção e proteção”*.

Como resulta da leitura dos artigos 106.º n.º 2, al. a), e 110.º, n.º 1, al. b), da LPCJP, ao juiz, aquando do despacho inicial no processo de promoção e proteção ou finda a respetiva fase de instrução, cabe designar dia para a conferência, tendo em vista a obtenção de acordo de promoção e proteção ou tutelar cível.

A redação destes preceitos inculca a ideia de que se pretendeu estabelecer a possibilidade de o processo de promoção e proteção poder terminar após a realização da conferência, designada com vista à obtenção de acordo tutelar cível, se este acordo for alcançado.

A assim ser, necessário se torna concluir que a existência do perigo que esteve na origem do respetivo processo de promoção e proteção, ou já não existe, ou está de tal modo atenuado que a definição da situação em sede tutelar cível se mostra suficiente para o fazer terminar.

Aliás, a redação destes preceitos tem ainda suscitado outra dúvida, a de saber se é possível a designação da conferência com ambos os objetivos em simultâneo, podendo obter-se dois acordos, um em sede tutelar cível e o outro em sede de aplicação de medida de promoção e proteção.

Na minha perspetiva a resposta terá que ser afirmativa, não se vendo qualquer impedimento a que, mesmo depois de obtido acordo tutelar cível, o processo de promoção e proteção possa prosseguir os seus termos, caso a situação de perigo ainda persista.

Revertendo à questão colocada, no Ac. da Relação de Lisboa, de 18 de outubro de 2018, 8.ª Secção, Apelação n.º 12958/17.6T8LRS, foi decidido que, mesmo que não subsista já a situação de perigo mas mostrando-se necessária a regulação do exercício das responsabilidades parentais da criança, o juiz deverá designar data para conferência, com vista a obtenção de acordo nesta sede. Este aresto revogou a decisão da primeira instância que entendeu arquivar, desde logo, o processo de promoção e proteção pela não verificação da situação de perigo, não obstante ser patente a necessidade de uma definição da situação, no concernente ao exercício das responsabilidades parentais, e tendo o Ministério Público promovido a designação de uma conferência, com o objetivo de se tentar o acordo nesta matéria.

Subscrevemos este entendimento. Sempre que se verifique a necessidade de regular ou alterar o regime de exercício das responsabilidades parentais e tenha sido instaurado processo de promoção e proteção, finda que esteja a fase de instrução, ou em momento anterior se esta não se mostrar necessária, deve ser designada conferência tendo em vista a obtenção de acordo quanto à matéria de natureza tutelar cível, mesmo que se entenda não subsistir a situação de perigo que deu origem ao processo de promoção e proteção.

Ana Teresa Leal

Capítulo VII.

RECURSOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. RECURSOS

Qual o prazo de interposição de recurso no caso de ser proferida sentença de incumprimento das responsabilidades parentais atenta a redação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 3, do Regime Geral?

O artigo 32.º, n.º 1, do R.G.P.T.C. parece excluir da respetiva previsão a decisão que apenas se pronuncie quanto a alimentos, na medida em que circunscreve a sua aplicação às decisões que apliquem, alterem ou cessem medidas tutelares cíveis.

A declaração de incumprimento da obrigação de alimentos, em termos rigorosos, não se inscreve em qualquer uma das referidas decisões.

Será cabível, então, subtrair tal decisão do conjunto de decisões que regem por um prazo de recurso mais curto?

A teleologia da norma visa a estabilização célere de uma decisão judicial que se entende prioritária, considerando os interesses que lhe estão subjacentes.

A decisão de incumprimento da obrigação de alimentos declara que não está a ser observada uma obrigação essencial: a de assegurar o sustento do filho.

Por outro lado, os efeitos que decorrem da decisão são inegavelmente relevantes: a execução coerciva da obrigação incumprida.

Por razões de coerência do sistema afigura-se que o prazo de recurso tem que ser o fixado no artigo 32.º, n.º 3, R.G.P.T.C., por não se configurar qualquer razão atendível que sustente posição diversa.

Pedro Faria

Salvo disposição expressa, cabe recurso das decisões que se pronunciem definitiva ou provisoriamente sobre a aplicação, alteração ou cessação de medidas tutelares cíveis.

Os recursos são processados e julgados como em matéria cível, sendo o prazo de alegações e de resposta de 15 dias.

Apesar do artigo falar de medidas tutelares cíveis, do que se trata são de providências tutelares cíveis.

Nas “providências tutelares cíveis” elencadas no artigo 3.º do RGPTC, consta a alínea c) que nos fala da regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes.

Esta alínea c) tem a mesma redação que o artigo 146.º, al. d), da OTM e em comentário a essa alínea já os Drs. Rui Epifânio e António Farinha entendiam que o conhecimento das questões a este respeitantes incluía o incumprimento do poder paternal.

Assim, tenho entendido que por a alínea c) do artigo 3.º do RGPTC incluir a decisão de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais do artigo 41.º ou 48.º, o prazo de recurso passou a ser de 15 dias.

Em sede de jurisprudência veja-se o Ac. do STJ, de 14.12.2016, Proc. 232/15.7TGDM-B.P1.S1, in www.dgsi.pt que considerou que o artigo 32.º, n.º 3, do RGPTC é aplicável às providências tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais e de conhecimento das questões a este respeitantes, como decorre da alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 141/2015 (RGPTC), cujos procedimentos comuns se encontram estabelecidos nos artigos 12.º a 33.º e os especiais nos artigos 34.º a 44.º da mesma Lei. Significa isto que o prazo de interposição de recurso naqueles processos tutelares cíveis passou a ser de 15 dias (cf. ainda o Ac. do TRE de 7.6.2017, Proc. n.º 181/05.7TMSTB-D.E1 in www.dgsi.pt).

Rogério Feliciano

Capítulo VIII.

LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO
DAS RESPONSABILIDADES
PARENTAIS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

O artigo 58.º do RGPTC dispõe: «O Ministério Público, qualquer familiar da criança ou pessoa a cuja guarda esteja confiada, ainda que de facto, podem requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo 1920.º do Código Civil, ou outras que se mostrem necessárias, quando a má administração de qualquer dos pais ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais.»

Este normativo só se aplica a situações de má administração?

Nos outros casos em que a limitação incide também sobre os aspetos pessoais? Trata-se de uma ação tutelar comum, (artigo 67.º do RGPTC)? Ou aplica-se analogicamente esta norma?

Existirá fundamento legal de aplicabilidade dos artigos 1913.º e 1918.º do Código Civil, em face da previsão legislativa especial existente na Lei n.º 147/99, de 01 de setembro (LEI DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO), ou seja, tendo sido criado um regime especial de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo, ainda existirá necessidade de recorrer aos supramencionados artigos do Código Civil?

Os menores não têm capacidade para gerir a sua pessoa e os seus bens (cf. artigo 123.º do CC). Os meios para suprir a incapacidade dos menores são a regulação do exercício das responsabilidades parentais ou a tutela (cf. artigo 124.º do CC).

No âmbito do exercício das responsabilidades parentais, cabe aos pais a boa administração do património dos filhos.

O artigo 1920.º do Código Civil diz que:

1. Quando a má administração ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer parente, decretar as providências que julgue adequadas.

2. Atendendo em especial ao valor dos bens, pode nomeadamente o tribunal exigir a prestação de contas e de informações sobre a administração e estado do património do filho e, quando estas providências não sejam suficientes, a prestação de caução.

Por sua vez, o artigo 58.º do RGPTC, no seu n.º 1, refere que “1 – O Ministério Público, qualquer familiar da criança ou pessoa a cuja guarda esteja confiada, ainda que de facto, podem requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo 1920.º do Código Civil, ou outras que se mostrem necessárias, quando a má administração de qualquer dos pais ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais.”

Da análise conjugada de ambos os normativos resulta inequívoco, para nós, que o artigo 58.º só se aplica quando estão em causa questões patrimoniais.

Se perante situação de má administração dos bens do filho, resultar perigo para o património deste, a providência tutelar cível a intentar é a de limitação ao exercício das responsabilidades parentais, quer lançando mão das indicadas no n.º 2 do artigo 1920.º, quer fazendo uso de outras que ponham termo àquela má administração.

Aos pais, entre outros, está atribuído o poder dever de administrar os bens dos filhos (cf. artigos 1878.º e 1888.º a 1900.º do CC). O mau desempenho desse poder dever, em violação ao exercício das responsabilidades parentais, com colocação do património do filho em perigo, pode ser afastado lançando mão do instituto de limitação do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 58.º. Tal como o artigo 1920.º do CC, o 58.º do RGPTC visa adotar medidas que salvaguardem o património e/ou os interesses patrimoniais do filho e reportam-se ambos a questões patrimoniais, desde que não sejam fundamento para inibição, relativamente às quais se exige apenas que esteja criado perigo, ainda que real, para o património, mas sem danos irreversíveis.

As limitações ao exercício das responsabilidades parentais resultantes da aplicação dos artigos 1918.º e 1920.º do CC, só se justificam quando não for caso de inibição.

Com efeito, nos termos do artigo 1918.º do CC, quando estão em causa aspetos pessoais da criança, nas situações em que haja perigo para a pessoa (já não para o património a que se refere o artigo 1920.º do CC), e não seja caso de inibição, também o exercício das responsabilidades parentais pode sofrer limitações.

As providências judiciais para proteção da pessoa do filho podem ser as previstas na LPCJP ou as tutelares cíveis, nos termos previstos nos artigos 3.º, al. h), do RGPTC, podendo seguir a tramitação tutelar comum, prevista no artigo 67.º do RGPTC ou a de ação de inibição do exercício das responsabilidades parentais, por aplicação analógica do artigo 58.º, n.º 2, que se ocupa das providências judiciais para proteção do património do filho.

Em nosso entender, a ação tutelar comum, nos termos do artigo 67.º, é a mais correta.

O artigo 1913.º do CC prevê as situações de inibição de pleno direito. Esta inibição é total e resulta diretamente da lei ou é decretada pelo tribunal com fundamento em condenação do agente de crime a que a lei atribua efeito de inibição.

A inibição de pleno direito é total ou parcial, consoante abarque a generalidade do exercício das responsabilidades parentais ou só iniba o poder de representação e administração de bens dos filhos, nos termos do artigo 1915.º, n.º 2, do CC.

Podem ser inibidos de pleno direito os condenados por crimes a que a lei atribui esse efeito, tais como os crimes contra a liberdade sexual e de autodeterminação sexual (cf. artigos 163.º, 176.º e 179.º do CP), de violência doméstica (cf. artigo 152.º, n.º 6, do CP) ou ainda quando o tribunal decretar a inibição, por exemplo, por força da aplicação da medida de confiança com vista a futura adoção (cf. artigo 1978.º-A do CC), sendo que esta inibição não cessa. As demais podem cessar, por ex. pela maioridade, pelo levantamento da interdição ou inabilitação, pelo termo da curadoria.

Por outro lado, estão parcialmente inibidos do exercício das responsabilidades parentais os menores não emancipados e os interditos ou inabilitados por motivo diferente de anomalia psíquica (cf. artigo 1913.º, n.º 2, do CC).

Por sua vez, como acima referimos, o artigo 1918.º do CC prevê as situações em que estão em causa aspetos pessoais da criança, nas situações em que haja perigo para a pessoa, mas que não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais.

Diz o artigo 1918.º que *“Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência.”*

Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da LPCJP, “Considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações:

- a) Está abandonada ou vive entregue a si própria;*
- b) Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;*
- c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;*
- d) Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais;*
- e) É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;*
- f) Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;*
- g) Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.”*

Conforme resulta da Exposição de motivos da proposta de Lei n.º 265/VII que aprovou a LPCJP, visava-se com as situações elencadas no artigo 3.º da LPCJP contemplar a maior diversidade de situações de perigo, independentemente da sua natureza, sendo certo que outras podem existir além daquelas, se se verificar que das mesmas decorre grave perigo para as crianças. E, muito embora a LPCJP se tenha inspirado no artigo 1918.º do CC, não podia fazer desaparecer esta norma porque de fins e natureza diferentes, sendo ainda certo que nem sempre se

justifica a intervenção do Estado ou da comunidade (CPCJ) na esfera familiar, porque as situações não são de perigo grave mas de risco.

De salientar ainda que o legislador quis dar acolhimento expresso ao conceito jurídico de perigo, o qual é mais restrito que o de “risco”, atribuindo apenas àquela a função legitimadora da intervenção de proteção.

A intervenção protetiva do Estado fica limitada às situações de risco que ponham em perigo a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem.

A Lei de Promoção e Proteção, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, constitui um dos dois grandes diplomas do Direito dos Menores ou das Crianças (o outro é a Lei Tutelar Educativa, de cariz para penal, que foi aprovada pela Lei nº 166/99 de 14 de setembro).

A LPCJP “adere a um novo modelo de proteção, afastando a conceção que via no ser humano com idade inferior a 18 anos um objeto de proteção, alguém que tinha de ser protegido para o seu próprio bem e para o bem da sociedade. A criança é encarada como uma verdadeira pessoa, um sujeito cujos direitos devem ser respeitados.”

A Lei de Proteção constitui a peça fundamental do sistema civil vigente de proteção das crianças, adotando um conceito jurídico de perigo que se inspira no artigo 1918.º. Contudo, enquanto o artigo 1918.º se cinge à proteção do filho menor, efetivada mediante providências judiciais, a Lei de Proteção, abstraindo de pequenas diferenças terminológicas (em vez de “segurança, saúde, formação moral ou educação”, fala-se, no artigo 3.º, n.º 1, de “segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento”), admite a proteção do jovem com menos de 21 anos e não exclui a aplicação de medidas pelas comissões de proteção de crianças e jovens em perigo, que são entidades não judiciais.

A LPCJP está vocacionada para a defesa da pessoa da criança, enquanto o Código Civil é especialmente relevante no campo da proteção patrimonial da criança (cf. artigos 1920.º e 1921.º, n.º 2).

Apesar de tudo, a LPP não anulou a projeção do Código Civil no domínio da esfera predominantemente pessoal dos filhos menores em perigo. O referido artigo 1918.º subsiste no ordenamento e fundamenta providências distintas (providências tutelares cíveis) das que são aplicadas ao abrigo da Lei de Proteção (medidas de promoção e proteção)¹ pelo que os dois regimes continuam a ter fundamento legal para a sua aplicabilidade.

Ana Paula Pereira

¹ “Direito da Família e Sucessões” (2017), 4.ª edição, Editora Almedina.

Capítulo IX.

CONFIANÇA DE CRIANÇA
A TERCEIRA PESSOA

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

9. CONFIANÇA DE CRIANÇA A TERCEIRA PESSOA

Estando o regime substantivo da confiança de menor a terceiro previsto no Código Civil no Livro IV, Capítulo II, Secção II, subsecção V (Inibição e limitações ao exercício das responsabilidades parentais), e prevendo o Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, nos artigos 52.º e seguintes (secção V) um processo especial de Inibição e limitação ao exercício das responsabilidades parentais, que fundamentos poderão subsistir para se recorrer à ação tutelar comum, como é prática judiciária, para tramitar processo em que se visa a confiança da criança a terceiro nos termos do artigo 1918.º do Código Civil?

3.2. Quando a confiança de criança a terceiros (geralmente avós) aconteça por força da menoridade dos pais, poderá *ab initio* prever-se a reversão automática do exercício das responsabilidades parentais quando estes atinjam a maioridade, sem necessidade de instauração de incidente de revogação nos termos do artigo 1920.º-A, do Código Civil, nos próprios autos tutelares?

E nos casos em que se procede à revogação da confiança da criança a terceiro, poderá em ato logo firmar-se acordo de RERP, e proceder à sua homologação judicial, sem necessidade de instauração por apenso de ação de regulação das responsabilidades parentais?

As ações de inibição das responsabilidades parentais são de utilizar em caso de violação grave e culposa dos deveres parentais, por ação ou omissão, de um ou de ambos os progenitores – podendo até ter sido condenado(s) criminalmente por atos que ilustrem essa violação; ou em situações em que os pais sejam menores, interditos, inabilitados ou ausentes (cf. os artigos 1913.º, n.ºs 1 e 2, e 1915.º, n.ºs 1 e 2, do CC); e as ações de limitação das responsabilidades parentais serão de utilizar em situações em que um dos pais tenha falecido e o filho esteja à guarda “de facto” de terceira pessoa; ou então, em situações em que os pais coabitem (não se podendo, por isso, usar a ação de regulação das responsabilidades parentais) mas estando o filho à guarda “de facto” de terceira pessoa; e também em situações em que haja perigo para a segurança, saúde, formação moral ou educação de um menor mas sem gravidade ou culpa tais que justifiquem se requeira a inibição (cf. os artigos 1904.º, 1907.º e 1918.º do CC). Será desnecessária, s.m.o., a instauração de uma ação tutelar comum nos termos do artigo 67.º do RGPTC em qualquer destes casos (de propositura de uma ação de limitação das responsabilidades parentais quanto à pessoa do filho), podendo o mecanismo processual do artigo 52.º e seguintes do RGPTC responder eficazmente a todas as variáveis possíveis, aproveitando-se, para legitimar processualmente tal utilização, a expressão nele contida”... podem requerer a inibição, total ou parcial, do exercício do exercício das responsabilidades parentais” – ora a inibição parcial do exercício das responsabilidades parentais quanto à pessoa do filho equivale realmente a uma limitação ao exercício dessas responsabilidades parentais; sendo indubitável que nos casos de inibição parcial do poder paternal quanto à administração de bens do filho se aplicará não o artigo 52.º do RGPTC mas sim o artigo 58º do mesmo diploma legal; a valer entendimento diferente do aqui perfilhado não se entenderia a inclusão da expressão “inibição parcial” na redação do artigo 52.º do RGPTC.

Defende-se que é desnecessária a existência de perigo iminente (artigo 1918.º do CC) para se justificar a fixação da residência habitual de uma criança junto de terceira pessoa (sua familiar ou não), face à atual redação do artigo 1907.º do CC – relevância da “guarda de facto”, por força daquilo a que Clara Sottomayor chama o “direito da criança à continuidade das vinculações afetivas precoces”; contudo há que sublinhar posição contrária de alguns autores, nomeadamente Helena Bolieiro e Paulo Guerra que levantam a questão da eventual inconstitucionalidade da atual redação do artigo 1907.º CC face ao disposto no artigo 36.º, n.º 6, da CRP.

Contudo, a expressão da referida norma constitucional “salvo quando estes não cumpram os seus deveres para com os filhos e mediante decisão judicial”, cobre a esmagadora maioria, quando não a totalidade das situações em que é defensável a prolação de uma decisão judicial que fixe a residência habitual de uma criança com terceira pessoa, sua familiar ou não; porque, nesses casos, o que sucede é uma de duas coisas: ou os pais, por ação ou omissão, maltrataram o filho não lhe prestando os cuidados e prodigalizando o carinho e educação a que tem direito – e estaremos nas situações cobertas pelo disposto no artigo 1918.º do CC; ou então, por falta de condições económicas e/ou habitacionais, imaturidade, instabilidade relacional, etc, os pais confiaram o filho a terceira pessoa, ou permitiram que essa terceira pessoa (em regra os avós) assumisse a sua “guarda de facto”, podendo não se desenhar uma situação coberta pelo artigo 1918.º do CC mas sendo, ainda assim, à luz do superior interesse do menor, aconselhável legitimar judicialmente a “guarda de facto” a cargo de terceira pessoa a coberto do disposto no artigo 1907.º do CC sem com isso beliscar o comando constitucional atrás citado, porque sempre haverá no caso alguma quebra dos deveres parentais para com os filhos por parte dos pais que delegaram, ou permitiram, que esses deveres parentais fossem exercidos por terceiros (neste sentido se pronunciou o Acórdão da Relação do Porto de 30/01/2017, processo n.º 9088/16.1 T8VNG.P1 da 5.ª Secção acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp>).

Quanto às questões n.ºs 2 e 3 a minha resposta é negativa, porque a evolução da vida das crianças e dos seus familiares próximos e das pessoas a que estejam eventualmente confiadas é imprevisível, pelo que será temerário homologar-se acordos, ou prever-se a reversão automática da confiança de criança a terceiros com antecedência, sem se poder avaliar no momento em que entrarão em vigor se se confirmam as expectativas que os ditaram, ou se, pelo contrário, existem circunstâncias supervenientes que, do ponto de vista da salvaguarda do superior interesse das crianças, impõem uma solução diversa.

José António Carvalho

Capítulo X.

DESLOCAÇÃO DA CRIANÇA/
RAPTO INTERNACIONAL

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

10. DESLOCAÇÃO DA CRIANÇA/ RAPTO INTERNACIONAL

Um progenitor obtém no Brasil uma decisão liminar em providência cautelar, concedendo autorização de viagem com a criança para Portugal e permanência no nosso país pelo período de 2 anos, se não regressar após o decurso de tal prazo, inviabilizando a convivência familiar, e tendo a decisão em causa sido reconhecida em Portugal, é o tribunal português internacionalmente competente para conhecer da ação referente à alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais, fixado no Brasil?

Pode entender-se que a decisão proferida no Brasil e reconhecida em Portugal perde a sua validade ao fim de dois anos? Decorrido este prazo sem que o outro progenitor aceite a permanência do filho em Portugal passamos a estar perante uma situação de deslocação ilícita para efeitos de aplicação da Convenção de Haia de 1980?

Competência internacional do tribunal português para alterar o exercício das responsabilidades parentais fixado no Brasil

A competência do tribunal é um pressuposto processual, pelo que é aferida em função do objeto da ação, tal qual é apresentada pelo autor, na medida em que «A competência fixa-se no momento em que a ação se propõe, sendo irrelevantes as modificações de facto que ocorram posteriormente, a não ser nos casos especialmente previstos na lei» – cf. o artigo 38.º, n.º 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 40-A/2016, de 22/12.

A infração das regras de competência internacional determina a incompetência absoluta do tribunal (cf. o artigo 96.º, al. a), do C.P.C. na redação aprovada pela Lei n.º 41/2013, de 26/6), a qual pode ser arguida pelas partes e é de conhecimento oficioso do tribunal (cf. o artigo 97.º, n.º 1, do mesmo código).

Os artigos 59.º e 62.º do C.P.C. estabelecem as situações em que os tribunais portugueses têm competência internacional, dando prevalência, contudo, ao que estiver estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais.

Ou seja, a mencionada norma cumpre o disposto no artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, ao dar primazia ao direito convencional.

Porém, o Brasil não subscreveu a Convenção de Haia de 19/10/96, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças (aprovada pelo DL n.º 52/2008, de 13-11), razão pela qual temos de nos cingir àquelas normas do C.P.C.

Na alínea a) do artigo 62.º consagra-se o princípio da coincidência, em função do qual os tribunais portugueses são internacionalmente competentes quando igualmente o sejam segundo as regras de competência interna em razão do território.

O artigo 9.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8/9, estabelece como critério geral para os processos de regulação das responsabilidades parentais, suas alterações e incumprimentos (entre outros) o da residência do menor no momento em que a providência tutelar cível é instaurada (n.º 1).

Em primeiro lugar, a «residência» de uma criança não depende de a mesma ter sido estabelecida por decisão definitiva ou provisória, podendo inclusivamente resultar somente de uma dada situação de facto.

Tem-se entendido como «residência habitual» o local onde se encontra organizada a vida do menor, em termos de estabilidade e permanência, onde ele desenvolve habitualmente a sua vida, onde está radicado – ver, a título de exemplo, os Acórdãos da Relação do Porto de 12/11/2008, processo 0855376 e da Relação de Coimbra de 10/11/2009, processo 870/09.7tbctb.C1, in www.dgsi.pt.

Ou seja, ao fim de dois anos de vivência no nosso país a criança estaria integrada no novo ambiente com carácter de estabilidade, especialmente se estivermos em face de uma criança de tenra idade, pelo que entendo que o tribunal português é internacionalmente competente para a ação de alteração das responsabilidades parentais.

Deslocação ilícita para efeitos de aplicação da Convenção da Haia de 1980?

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia a 25/10/80 e aprovada pelo Decreto n.º 33/83, de 11 de maio, tem por objeto, no que aqui interessa, assegurar o imediato regresso das crianças ilicitamente transferidas ou indevidamente retidas num Estado diverso do da sua residência habitual imediatamente antes da violação do direito de custódia – cf. os artigos 1.º, al. a), e 4.º.

Considera-se que uma criança foi ilicitamente deslocada ou retida quando tal implicou a violação do direito de custódia atribuído pela lei do Estado da sua residência habitual, estando tal direito de custódia a ser efetivamente exercido ou o devesse estar se a deslocação ou a retenção não tivessem ocorrido. Mais, esse direito de custódia tanto pode resultar da lei, como de uma decisão judicial ou administrativa, ou mesmo de um acordo vigente de acordo com a lei do Estado da residência habitual do menor – cf. o artigo 3.º.

Assim, mostra-se necessário o exercício efetivo do direito de custódia, o que implica que o titular desse direito se encarregava de prestar os cuidados à criança nos aspetos mais significativos da sua vida, como sejam alimentação, acompanhamento da sua situação escolar e de saúde, etc.

A viabilidade do pedido depende de não decorrer mais de um ano entre a data da deslocação ou retenção ilícitas e a data do início do processo – cf. o artigo 12.º.

Os dados de facto fornecidos não nos permitem afirmar se a custódia da criança era efetivamente exercida pelo progenitor que ficou no Brasil, razão pela qual não posso concluir se a Convenção da Haia de 1980 é ou não aplicável para se obter o regresso daquela ao Brasil.

Acresce que, desconhecendo se a lei brasileira consagra uma solução semelhante à que está consagrada no nosso n.º 1 do artigo 1906.º do C.C. quanto às questões de particular importância (onde se inclui a residência no estrangeiro), também não posso afirmar que o direito de custódia violado resulte da lei.

Quanto à perda de validade da decisão brasileira, inclino-me para uma resposta positiva, o que aponta para a necessidade de se proceder a uma nova regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Helena Lamas

Pode um progenitor a quem foram atribuídos, em exclusivo, a guarda e o exercício do poder paternal, no âmbito da redação anterior à Lei n.º 61/2008, levar consigo o filho menor para a Holanda e aí fixar residência, sem o conhecimento e consentimento do outro progenitor que tinha o direito de visita?

Concretizada a deslocação da criança e propondo esta última ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais deve a mesma correr termos nos tribunais portugueses ou nos tribunais da Holanda?

A resposta à primeira questão decorre de considerar-se lícita ou ilícita a deslocação ou retenção da criança, sem o conhecimento e consentimento do outro progenitor, e daí também decorre a resposta sobre qual o competente para a apreciação de um pedido de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

A dúvida coloca-se quando no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais tenha sido determinado, ao abrigo do regime então em vigor, a atribuição, em exclusivo, à mãe do designado “poder paternal”.

A nosso ver é de aplicar ao caso o atual regime, instituído pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que entrou em vigor a 30 de novembro de 2008 e consagrou, como regime regra, o do exercício conjunto das responsabilidades parentais (artigo 1906 n.º 1, do CC).

Esta forma de “retroação” para as responsabilidades parentais decretadas anteriormente decorre, aliás, das regras gerais de aplicação de leis no tempo. De facto, dispõe o n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil que *“quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”*.

Isto é, a lei nova aplica-se imediatamente às consequências ainda atuais de factos passados. Referindo-se a norma ao conteúdo da relação jurídica é-lhe indiferente o seu ato constitutivo e muito menos a sua data.

O regime instituído pela Lei n.º 61/2008, de 31.10, aplica-se não só às ações intentadas na sua vigência, v.g. alteração ou incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, como também a todas as questões de particular importância para a vida da criança, mesmo em situações definidas no âmbito da lei anterior. 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 de um regime anteriormente vigente.

Neste sentido se pronunciou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.09.2010, Proc. 870/09.7TBCTB.C1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt> no qual conclui que *“O regime legal instituído por aquela lei, no que respeita ao exercício das responsabilidades parentais, mormente, no que respeita ao seu n.º 6 do artigo 1907.º do Código Civil, aplica-se imediatamente às ações 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 artigo 1906.º do citado Código” e mais adiante “(...) Mesmo num caso em que a guarda da criança está confiada a um dos progenitores – não existindo responsabilidade parental conjunta – constitui, inquestionavelmente, norma de interesse e ordem pública aquela que prescreve o dever de informação “ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais” e esse dever de informação já estava consagrado na lei em vigor no momento em que a mãe da criança (...)”.*

E, mais recentemente, também neste sentido se pronunciou o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.05.2017, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/f840ebc056a1ac138025813300495666?OpenDocument> quando refere: *“A Lei n.º 61/2008, de 31.10, aplica-se à ação autónoma de alteração das responsabilidades parentais intentada na vigência dos normativos que alterou no que respeita às responsabilidades parentais. O regime legal instituído por aquela lei, 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 (artigo 1906.º do CC)”.*

Assim, em resposta à primeira questão, podemos concluir que a deslocação da criança para a Holanda, sem autorização e conhecimento do progenitor, foi ilícita uma vez que a mãe incumpriu o regime relativo às responsabilidades parentais em vigor (independentemente da decisão ter ocorrido na vigência do regime anterior à Lei n.º 61/2008, de 31.10), infringindo também o disposto no artigo 1906.º, n.ºs 1, 5 e 6, do CC. De facto, a mãe não só violou o direito de visita consagrado em tal regime, como também não informou atempadamente o progenitor da sua intenção de se deslocar para o estrangeiro na companhia do filho, decidindo unilateralmente uma questão de particular importância, como é a da fixação da residência da criança, quando uma tal questão carece do acordo de ambos os progenitores.

Apreciada que está a primeira questão, estamos agora em condições de aferir da competência dos tribunais portugueses para os termos da ação de alteração das responsabilidades parentais a intentar pelo progenitor não guardião.

A competência internacional dos tribunais portugueses em sede de responsabilidades parentais encontra-se no âmbito material do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de setembro de 2003, comumente conhecido como Regulamento Bruxelas II bis.

O regime constante do artigo 8.º do referido Regulamento e do Considerando 12 remete-nos para o foro do Estado-Membro onde a criança resida habitualmente, à data da instauração do processo. Porém, tal dispositivo será aplicado sob reserva de existir um outro tribunal competente em razão dos critérios enunciados nos artigos 9.º, 10.º e 12.º daquele instrumento.

Ora, tratando-se de uma deslocação ilícita não tem aplicação o artigo 9.º do referido Regulamento (Prolongamento da competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança), sendo que, como vimos, é de acordo com a lei portuguesa que deve ser aferida a licitude ou ilicitude da respetiva deslocação não consentida ou autorizada.

A situação em apreço cai, assim, na previsão normativa do artigo 10.º do Regulamento Bruxelas II bis. De acordo com este dispositivo legal, em caso de deslocação ou retenção ilícitas de uma criança (cf. artigo 2.º, n.º 11), os tribunais do Estado-Membro onde a criança residia habitualmente, imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, continuam a ser competentes. Este preceito legal determina, deste modo, a competência dos tribunais portugueses, enquanto Estado onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, competência essa que só cessa quando a criança passar a ter a sua residência habitual noutro Estado-Membro, desde que o titular do direito de guarda venha a consentir na deslocação ou retenção, alínea a), ou desde que a criança tenha estado a residir no novo Estado-Membro durante, pelo menos, um ano, se a mesma se encontrar integrada no novo ambiente e se, em resumo, não existir qualquer decisão que determine o regresso da criança, alínea b).

Sobre o conceito de “residência habitual” o Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 2 de abril de 2009 (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Korkein hallinto-oikeus, Finlândia), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CA0523>, pronunciou-se no sentido de que *“O conceito de “residência habitual”, na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar. Para esse fim, devem ser tidas em consideração, nomeadamente a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território de um Estado-Membro e da mudança da família para esse Estado, a nacionalidade do menor, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que o menor tiver no referido Estado”*.

Também o Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de dezembro de 2010 (Primeira Sessão), Mercredi, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0497>, esclarece que “o conceito de «residência habitual», para efeitos dos artigos 8.º e 10.º do Regulamento, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponde ao local que revela um certo grau de integração da criança num ambiente social e familiar”.

A nível interno, o Acórdão do S.T.J., de 26.01.2017, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d2b93920d999005b802580b4005f6970?OpenDocument>, pronunciando-se sobre uma questão de competência internacional dos tribunais portugueses decidiu que “os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal. O conceito de residência habitual, ou permanente, traduz em especial uma ideia de estabilidade do domicílio, assente, designadamente, num conjunto de relações sociais e familiares, demonstrativas da integração na sociedade local.”

No presente caso a criança tinha residência em Portugal, quer no momento da regulação do “poder paternal”, quer aquando da propositura da ação de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, não relevando, para efeitos de fixação de competência, a deslocação operada para Holanda, em virtude da ilicitude do ato.

Pelo que, o tribunal português é o competente internacionalmente para conhecer da referida ação em virtude de ser o Estado onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, competência essa que só cessa quando a criança passar a ter a sua residência habitual noutro Estado-Membro, nos termos supra referidos e enunciados no artigo 10.º do Regulamento Bruxelas II bis.

Maria Oliveira Mendes

O processo especial de entrega judicial de criança, previsto no artigo 49.º do RGPTC, é o processo adequado ao pedido de regresso em caso de rapto internacional, previsto no artigo 11.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de novembro de 2003?

Perfilho o entendimento de que o mecanismo processual adequado para responder ao pedido de regresso de criança em caso de rapto internacional, previsto no artigo 11.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de novembro de 2003, ou então se for formulado ao abrigo da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, aprovada pelo decreto do governo n.º 33/83, de 11/5/83, publicado no DR I série n.º 108, de 11/5/83, com entrada em vigor em 1/12/83, será a ação tutelar comum prevista no artigo 67.º do RGPTC, e não a ação para entrega judicial de criança, prevista no artigo 49.º do RGPTC, porque este procedimento específico está desenhado para casos em que a criança em causa esteja no nosso país e apresenta algumas dificuldades de conjugação com a tramitação prevista nas instrumentos de cooperação judiciária internacional.

José António Carvalho

Capítulo XI.

EXAMES MÉDICOS
E PSICOLÓGICOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11. EXAMES MÉDICOS E PSICOLÓGICOS

É possível impor-se aos pais a sua realização de exames médicos ou psicológicos, se forem eles o objeto dos mesmos?

E se tais exames tiverem por objeto a criança, os pais têm que dar autorização?

Creio que nunca se pode impor aos pais a realização de exames médicos e psicológicos relativos às suas pessoas, porque essa imposição, além de ser difícil de concretizar, violaria os seus direitos de personalidade. Vale aqui a orientação consagrada pelo Acórdão do STJ, de 23/2/2012, relativo aos exames de ADN, em processo de investigação da paternidade: a recusa de uma das partes em submeter-se a esse tipo de exames será apreciada pelo tribunal em sede de julgamento da matéria de facto, valendo como falta de cooperação com o tribunal, com a inversão do ónus da prova, resultante da aplicação do disposto no artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil.

Por outro lado, em relação aos exames às crianças e jovens julgo que dependem apenas de decisão do tribunal se estivermos em sede de processo de promoção e proteção, por força do disposto no artigo 87.º da LPCJP.

Mas se estivermos em sede de processo tutelar cível e houver oposição de algum dos pais, de ambos, ou mesmo da própria criança ou jovem à realização dos exames, o tribunal deverá ponderar com grande reserva a possibilidade de os determinar: não está em causa uma situação de perigo iminente sobre a criança ou jovem, que mais do que legitimaria a imposição do tribunal, pois não nos encontramos no âmbito do processo de promoção e proteção, mas apenas questões de natureza tutelar cível, respeitantes à fixação da residência e/ou do exercício do direito de visitas ao progenitor não residente, pelo que a realização desses exames é menos imperiosa e deve ser aferida levando-se em conta quer a vontade da criança ou jovem visado, quer a dos pais, no que concerne à possibilidade de tais exames causarem mais dano do que vantagem à criança ou jovem, não sendo, em regra, indispensáveis para que o tribunal possa decidir, com rigor, sobre as questões subjacentes.

José António Carvalho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Capítulo XII.

VÍCIOS DO ACORDO

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

12. VÍCIOS DO ACORDO

Poderá o acordo dado no processo tutelar cível estar sujeito a vícios de vontade, nomeadamente erro e coação?

Sim, nitidamente.

O artigo 1248.º, n.º 1, do C.C. define a transação como o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões.

Assim, a transação exarada num processo e que põe termo ao litígio entre as partes, constitui um contrato celebrado pelas partes intervenientes na ação, podendo sê-lo perante o Juiz, em ato presidido por este, por termo lavrado nos autos, ou por documento junto ao processo, que será submetido ao Juiz.

Ao homologar o acordo, nos termos do disposto no artigo 290.º, n.ºs 3 e 4, do C.P.C., o juiz verifica a legalidade dos seus termos, a qualidade do objeto do acordo e a qualidade das pessoas que contrataram. Ou seja, a função da sentença homologatória não é decidir o mérito da controvérsia, pelo que a verdadeira fonte da resolução do litígio é o ato de vontade das partes e não a sentença proferida pelo juiz. – cf. o Acórdão do STJ de 30/10/2001 (Processo nº 01A2924; relator – Azevedo Ramos), *in* www.dgsi.pt.

Ora, a vontade que presidiu à celebração do negócio em que se traduz a transação pode estar viciada na sua formação, no processo de volição e de decisão.

Isto, na medida em que a transação judicial, sendo um contrato, está sujeita ao respetivo regime jurídico geral (artigos 405.º e seguintes do C.C.) e ao regime geral dos negócios jurídicos (artigos 217.º e seguintes do mesmo código).

Qual o meio adequado para alegar o vício de vontade?

Dado que a transação é um contrato celebrado pelas partes intervenientes no pleito e dado que a sua homologação judicial não configura uma decisão que dirime jurisdicionalmente o conflito, o trânsito em julgado da sentença homologatória da transação não obsta a que se intente uma ação destinada à declaração da sua nulidade ou anulabilidade.

Assim, a anulabilidade da transação celebrada com base em erro (cf. o artigo 251.º do CC) ou em coação (cf. o artigo 256.º do CC) terá de ser apreciada e declarada numa ação intentada para esse fim, como prevê o artigo 291.º, n.ºs 1 e 2, do C.P.C., ou então num recurso de revisão interposto da sentença para o Tribunal que a proferiu, ao abrigo do disposto nos artigos 291.º, n.º 2, e 696.º, al. d), do C.P.C..

Na verdade, o recurso da sentença homologatória duma transação apenas pode incidir sobre um vício da própria decisão homologatória e não sobre o mérito, a validade substantiva da transação celebrada entre as partes: o que pode impugnar-se no recurso a interpor duma sentença homologatória de um acordo é se o litígio versava sobre direitos disponíveis (pois, de acordo com o artigo 1249.º do C.C. não pode haver transação sobre direitos indisponíveis), e se as pessoas que nela intervieram tinham ou não poderes para o efeito.

Helena Lamas

Capítulo XIII.

RESIDÊNCIA ALTERNADA



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

13. RESIDÊNCIA ALTERNADA

É de decretar a residência alternada em situações em que entre os progenitores exista algum conflito?

Pode haver fixação de residência alternada contra a vontade de um dos progenitores?

Não existe uma resposta padronizada e unívoca a qualquer uma das perguntas.

A fixação da residência alternada da criança não deve ficar refém de um qualquer conflito entre os progenitores ou de uma qualquer discordância que entre eles exista quanto a esta configuração do exercício das responsabilidades parentais.

O facto de ambos pretenderem que a residência seja fixada junto de si não deve, desde logo, ser considerado um conflito relevante para afastar a possibilidade da residência alternada.

O regime de exercício das responsabilidades parentais deve ser estabelecido ponderando, acima de tudo, a manutenção e o desenvolvimento da relação que os filhos têm com os pais, procurando uma solução que permita uma efetiva partilha do processo de crescimento.

Quando o artigo 1906.º, n.º 7, do C.C. estabelece como trave mestra do regime de exercício das responsabilidades parentais a preservação e consolidação da proximidade dos filhos com ambos os progenitores, tal não pode deixar de significar uma participação tendencialmente igualitária ou equivalente nas rotinas e nos tempos dos filhos.

Neste sentido, a residência partilhada, um modelo em que os progenitores assumem por períodos alternados de tempo o papel de cuidadores principais dos filhos, é tendencialmente aquele que melhor garante a grande proximidade que se pretende preservar.

Participar ativamente nas rotinas, estar presente quando há um sucesso ou um problema, lidar com uma birra ou assistir a um progresso, é a forma de conhecer o filho, de participar ativamente na sua formação, de lhe dar instrumentos para enfrentar os desafios.

Isto dito, porque o interesse dos filhos é, regra geral, continuar o modelo relacional que existia antes da separação dos progenitores, é-lhes exigido um esforço muito sério de superação de conflitos que existam entre ambos.

E, acrescenta-se, a participação equitativa na vida dos filhos pode até ser uma forma de os resguardar do conflito, na medida em que permite que os progenitores se foquem nas suas necessidades e concertem mecanismos de diálogo quanto às questões dos filhos.

Apenas em caso de elevado conflito, que inquina a própria forma de viver a parentalidade, se deverá afastar a residência alternada.

Assim, por exemplo, quando os progenitores se atribuem mutuamente capacidade para responder de forma positiva às necessidades do filho mas apenas se recriminam quanto àquilo que foi a vivência do casal ou sustentam a sua oposição em diferenças não estruturais quanto ao modelo educativo que cada um segue (o pai não põe regras, a mãe é muito rígida, “ele” deixa-a fazer tudo o que ela quer; ela não larga o pequeno da mão; ele não tem paciência para brincar com eles; ela está sempre a dizer mal da minha família), não se está perante um conflito relevante.

Esse conflito já será relevante quando é acompanhado de atos que tendem a impedir uma prática de efetiva coparentalidade, condicionando as rotinas dos filhos para que o outro progenitor lhes seja subtraído, fazendo imputações de maus tratos ou mesmo abusos ou induzindo nos filhos, de forma sistemática, uma representação negativa do outro progenitor. Pois bem, e se um dos progenitores não quiser, de forma alguma, que a criança viva consigo, afirmando, como tantas vezes se ouve, que o filho está melhor com a mãe ou com o pai? Ou que de momento não reúne condições? Ou que o horário do trabalho não permite?

Esta manifestação de vontade é muitas vezes a manifestação daquele que era o modelo de parentalidade que existia antes da separação, em que um dos progenitores era mais ativo e empenhado, mais presente, assumindo o controlo das rotinas e a organização da vida do filho. Se a manifestação de vontade é firme e séria e corresponde a uma posição que é anterior ao momento da separação, afigura-se que será contrário ao interesse da criança impor que o seu tempo seja partilhado de forma significativa com um progenitor que não está disposto a isso. A residência partilhada deverá nascer de uma disposição comum a ambos os progenitores para assumir por inteiro a gestão das rotinas dos filhos: qualquer um deles quer que o filho viva consigo.

Num cenário em que um dos progenitores rejeita essa hipótese, a imposição da residência alternada é irrealista. Não se pode obrigar um pai ou uma mãe a exercer de forma responsável e empenhada a parentalidade contra a sua vontade, querendo com isto dizer que as competências parentais apenas são adquiridas por quem nisso manifesta empenho.

Pedro Faria

Capítulo XIV.

CARÁTER RESERVADO
DO PROCESSO

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

14. CARÁTER RESERVADO DO PROCESSO

Como se compagina o carácter reservado dos autos, enunciado no artigo 33.º, n.º 2, do RGPTC com o exercício do princípio do contraditório, previsto no artigo 25.º, quanto a informações, relatórios, pareceres, e outros elementos instrutórios documentados nos autos? Devem notificar-se os intervenientes processuais para, querendo, consultarem os autos, como é prática assente no âmbito dos processos de promoção e proteção, ou, devem ser-lhes remetidas cópia de tais peças, com a menção expressa que ficam vinculados ao dever de reserva?

O artigo 33.º, n.º 2, R.G.P.T.C. estabelece a natureza reservada dos processos tutelares cíveis por remissão para o regime fixado na L.P.C.J.P., que no seu artigo 88.º, é muito cauteloso no que toca à forma de tomar conhecimento de todos os elementos do processo, reduzindo-a à consulta.

Como se refere no enunciado da pergunta, a não extração de certidão dos elementos do processo de promoção e proteção é uma prática judiciária assente, ainda que não uniforme e sempre suscetível de crítica e revisão.

O acesso ao processo é um direito fundamental para a construção de uma solução participada, em que todos os contributos, mesmo os que se afiguram de sinal negativo, são relevantes para a tomada de decisão final.

Nessa medida, a real operatividade do princípio do contraditório, como instrumento de debate construtivo, é inegavelmente essencial para uma decisão que realize o interesse da criança. Também no processo tutelar cível a realização do contraditório é estruturante para garantir a participação efetiva na decisão.

No que toca ao processo tutelar cível, entende-se que a notificação de informações, relatórios, pareceres, e outros elementos instrutórios documentados nos autos deve, em princípio, ser feita com cópia dos mesmos, por ser a forma que possibilita o seu efetivo conhecimento.

Situações haverá, contudo, que a o conteúdo de um ato deve ser subtraído ao conhecimento dos intervenientes processuais.

Será esse, por exemplo, o caso de uma perícia que revela, pela primeira vez, o relato da criança de um abuso sexual por parte de um dos progenitores.

Adquirido conhecimento dessa realidade, antes de serem tomadas medidas que salvaguardem a integridade da criança, o próprio acesso ao relatório, por qualquer forma, deve ser impedido, ainda que de forma temporária.

Por tudo, sendo certo que a notificação com cópia dos elementos probatórios deve sempre ser feita com expressa advertência reservada, entende-se ser de adotar uma prática judiciária em que a notificação deve ser sempre precedida de despacho judicial que defina a sua realização.

Pedro Faria

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Capítulo XV.

NOMEAÇÃO DE DEFENSOR

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

15. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR

Nas situações previstas no artigo 36.º do RGPTC, sob a epígrafe “ausência dos pais”, sempre que um dos pais esteja ausente em parte incerta deve nomear-se Advogado ao ausente, por aplicação do artigo 21.º do CPC, assegurando assim a defesa dos seus direitos e o princípio do contraditório?

Artigo 36.º do RGPTC

“Se algum dos pais estiver ausente em parte incerta, a convocação para a conferência é realizada por meio de editais, nos termos do CPC.”

A questão que se coloca portanto é a de saber como proceder naquelas situações, que serão a esmagadora maioria, em que o progenitor convocado por editais, não comparece na data para a qual foi designada a conferência.

Nestes casos, por força do disposto no artigo 37.º, n.º 3, do RGPTC (*“se faltarem um ou ambos os pais e não se fizerem representar, o juiz ouve as pessoas que estejam presentes, fazendo exarar em auto as suas declarações, e manda proceder às diligências de instrução necessárias, nos termos previstos no artigo 21.º e decide”*) não haverá lugar ao disposto no artigo 38.º do RGPTC

– Suspensão da conferência e remessa das partes para audição técnica especializada ou mediação, por serem ambas inexecutáveis em face do desconhecimento do paradeiro de um dos progenitores.

Assim, ultrapassando-se esta fase, a questão que se coloca é a de como proceder quanto ao progenitor cujo paradeiro é desconhecido:

– Nomear patrono nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 2, do CPC, uma vez que o Ministério Público, por força do disposto no seu Estatuto, representa a criança, ou

– Não o fazer;

– Entendendo-se que há lugar a nomeação do patrono, uma vez esta concluída no processo, as notificações subsequentes far-se-ão na pessoa do defensor, nomeadamente da decisão proferida.

Entendendo-se que não há lugar a esta nomeação, nenhuma outra notificação há de ser feita ao ausente, situação que colocará questões de ordem prática, desde logo, para efeitos de notificação da decisão e consideração do seu trânsito em julgado.

Os defensores desta última solução entendem que:

– Por se tratar o processo de regulação das responsabilidades parentais de um processo de jurisdição voluntária, mas sem natureza contenciosa, terá o juiz de tomar a decisão, não de

acordo com interesses contrapostos, mas de acordo com o interesse concreto da criança, que justifica a natureza dos processos de jurisdição voluntária.

Por outro lado,

– Trata-se apenas de citação para comparência a conferência e não para dedução de oposição.

Solução adotada, a primeira, pelos seguintes argumentos:

– Entende-se que se trata de uma verdadeira citação, e não apenas de uma citação para um ato processual, no caso a conferência.

Com semelhança com o processo de divórcio, em que o réu é citado para a tentativa de conciliação (cf. artigo 953.º do CPC), o facto de o legislador ter feito referência a citação e não a mera notificação, tem como consequência entender-se que para além da convocação para o ato, mediante a citação consagrada no artigo 35.º do RGPTC, o que o legislador pretendeu foi reportar-se ao regime específico da citação, tal como definido no Código de Processo Civil, ou seja, o ato pelo qual se dá conhecimento a determinada pessoa de que foi proposta uma ação, empregando-se para chamar a pessoa interessada na causa pela primeira vez ao processo.

Aqui reside a distinção essencial entre notificação e citação.

Quanto ao segundo argumento, é certo estarmos perante um processos de jurisdição voluntária, cuja característica essencial, por oposição aos processos de natureza contenciosa é, nas palavras de Antunes Varela, (Cf. Manuel de Processo Civil, págs. 69/70) existir um interesse fundamental tutelado pelo direito, que ao juiz cumpre regular em termos mais convenientes, ao passo que nos primeiros existe um conflito entre as partes.

No entanto, sobre aquele interesse em concreto que ao juiz cumpre regular – no caso o interesse da criança – podem formar-se posições divergentes entre os progenitores.

Ou seja, pese embora a natureza de jurisdição voluntária da RERP, porque acerca dele se podem formar posições divergentes, os interesses de ambos os pais não podem ser ignorados, designadamente,

– O direito de fiscalizar a legalidade por via do recurso da decisão tomada;

– O direito de contraditar as provas produzidas, v.g., as informações a que alude o artigo 21.º, al. d) (artigo 25.º do RGPTC);

– A existência de um ausente no processo, determina sempre a sua representação nos termos do disposto no artigo 21.º do CPC, só assim se não exigindo caso existisse alguma norma a excepcionar o princípio geral, o que não é o caso.

Em conclusão, a justificação da representação do ausente por advogado, o qual deverá ser nomeado após ser convocada a conferência de pais e não tendo a ela comparecido, nos termos do disposto no artigo 21.º do CPC ocorre, sob pena de violação grave do princípio do contraditório, da igualdade de armas e do direito a um processo equitativo.

Susana Santos Silva

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Capítulo XVI.

AUSÊNCIA DOS PAIS NA
CONFERÊNCIA E NATUREZA
URGENTE DO PROCESSO

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

16. AUSÊNCIA DOS PAIS NA CONFERÊNCIA E NATUREZA URGENTE DO PROCESSO

O artigo 37.º, n.º 3, do RGPTC, dispõe: «Se faltarem um ou ambos os pais e não se fizerem representar, o juiz ouve as pessoas que estejam presentes, fazendo exarar em auto as suas declarações, e manda proceder às diligências de instrução necessárias, nos termos previstos no artigo 21.º e decide».

Neste preceito, ao contrário do que acontece no n.º 6 do artigo 39.º, não está prevista a audição do Ministério Público. Foi mero esquecimento do legislador?

Este artigo corresponde ao anterior 177.º n.º 2 da OTM que dizia “Se faltarem um ou ambos os pais e não se fizerem representar, o juiz ouvirá as pessoas que estejam presentes, fazendo exarar no auto as suas declarações, mandará proceder a inquérito e a outras diligências necessárias e decidirá.”

Também nessa norma não se fazia qualquer referência ao MP ou à sua emissão de parecer.

No entanto, em nosso entender, a questão é pacífica, no sentido de que, não obstante a norma não contenha a expressa menção de que o processo deverá ir com vista ao MP para emitir parecer antes da decisão, esta decisão não pode ser proferida sem antes ouvir, em vista aberta para o efeito, o Ministério Público.

O Ministério Público representa os interesses das crianças em Juízo, por força do seu Estatuto (cf. artigos 3.º e 5.º da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro).

Por outro lado, resulta ainda do artigo 17.º, n.º 3, do RGPTC que o Ministério Público “*está presente em todas as diligências e atos processuais presididos pelo juiz*”, e, não o estando poderemos estar em presença de uma “*nulidade processual secundária*” prevista no artigo 195.º do CPC, *ex vi* artigo 33.º, n.º 1, do RGPTC, do qual resulta que nos casos omissos são de observar, com as devidas adaptações, as regras de processo civil que não contrariem os fins da jurisdição de menores”. E, além da sua presença, deve o MP, também, emitir parecer antes da decisão a proferir pelo juiz, tendo presente a defesa dos interesses da criança. Neste sentido, tenha-se presente a intenção do legislador, quando conferiu ao MP a obrigatoriedade de emitir parecer quanto aos acordos extrajudiciais apresentados pelos pais em divórcio por mútuo consentimento, perante a CRC (cf. artigo 1776.º do CC e DL 272/2001, de 13 de outubro).

Ana Paula Pereira

A natureza urgente do processo, nos termos do artigo 13.º RGPTC tem de ser fixada, nos termos do artigo 13.º do RGPTC pelo juiz, por despacho?

**Tem de acontecer no início do processo ou pode acontecer em momento posterior?
O despacho que fixa a urgência tem de ser fundamentado?**

Para responder a estas questões há que convocar o artigo 13.º do RGPTC o qual sob a epígrafe de “processos urgentes” prescreve que “correm durante as férias judiciais os processos tutelares cíveis cuja demora possa causar prejuízo aos interesses da criança”.

Efetuando uma análise sistemática da norma, observamos que sua a redação é distinta de outras v.g. a do artigo 102.º, n.º 1, da LPCJP que estabelece que:

“Os processos judiciais de promoção e proteção são de natureza urgente, corrente nas férias judiciais”.

E a do artigo 32.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro que prescreve que:

“O processo relativo à prestação do consentimento prévio para adoção, bem como a tramitação judicial do processo de adoção tem carácter urgente”.

Ou seja, na norma do artigo 13.º do RGPTC ao contrário de outras, o legislador fez condicionar a atribuição da natureza urgente à possibilidade de a demora causar prejuízo ao interesse da criança.

Ora, esta avaliação – de que a eventual demora causa prejuízo ao interesse da criança – terá de ser levada a cabo pelo juízo, de forma casuística, e mediante a ponderação dos elementos de facto que tenha ao seu dispor.

Por isso é que, entendo que a urgência do processo terá de ser declarada no processo.

O despacho poderá ser proferido logo no início do processo a requerimento do requerente ou oficiosamente, sempre mediante a ponderação da situação de facto alegada.

Será o caso, por exemplo:

– De em processo de alteração do exercício das responsabilidades parentais entrado em juízo pouco tempo antes do início das férias judiciais de verão, alegando o requerente que a criança ou o jovem cuja residência se encontrava fixada junto de um progenitor, passou a residir com o outro, recusando-se a voltar a casa do primeiro por ter sido vítima de maus tratos e negando-se a manter com ele convívios, sendo necessário providenciar pela mudança de estabelecimento de ensino antes do início de novo ano letivo;

– De em processo tutelar previsto no artigo 44.º do RGPTC – falta de acordo dos pais em questões de particular importância – o requerente, cuja residência da criança se encontra

fixada junto de si, pretende ir viver para o estrangeiro levando a criança consigo mas existindo oposição do progenitor não residente, sendo necessário decidir a questão que os opõem também antes do início do novo ano letivo.

O despacho poderá ser proferido igualmente no decurso do processo, no caso de se registarem circunstâncias supervenientes ocorridas no decurso da ação que o determinem.

Exemplos:

– Em ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais, cuja regulação provisória havia fixado a residência da criança naquela que era à data da separação dos progenitores a casa de morada de família. Esta é vendida em processo de divisão de coisa comum, estando a diligência da venda agendada a menor de trinta dias.

Sendo necessário alterar a residência da criança antes daquela data em incidente de alteração da decisão provisória, na falta de acordo dos progenitores e interpondo-se, entretanto, férias judiciais de verão.

– Em ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais em que, por decisão provisória, são fixados convívios supervisionados entre a criança e o progenitor não residente. Existindo informação da equipa técnica que supervisiona os convívios de que existem condições para sejam alargados, o progenitor não residente requer o seu alargamento, designadamente, com a possibilidade de ser gozado um período de férias com a criança nas férias que se avizinham. Sendo necessário cumprir o contraditório e ouvir o progenitor residente, interpondo-se, entretanto as férias judiciais.

O despacho que fixa a urgência, como qualquer despacho judicial que não é de mero expediente, como é o caso, posto que exige a ponderação do eventual dano ou prejuízo ao interesse da criança, tem de ser fundamentado como impõem o artigo 154.º do CPC, sob pena de nulidade por absoluta falta de fundamentação.

A este propósito pronunciou-se o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra proferido no processo n.º 2679/12.1TBFIG-M.C1 que considerou que ainda que insuficiente, o despacho que fixou a urgência do processo não enfermava de nulidade. Acentuando a necessidade de a decisão indicar os pressupostos de facto a que atendeu e indicar o preceito legal aplicável.

O despacho proferido tem de ser notificado, obrigação que decorre do disposto no artigo 253.º do CPC, aqui aplicável por força do artigo 33.º do RGPTC.

Não podemos esquecer que o despacho proferido que atribui natureza urgente terá influência sobre a marcha do processo, desde logo quanto à suspensão ou não dos prazos que se encontrarem em curso nas férias judiciais.

Susana Santos Silva

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Capítulo XVII.

ACOMPANHAMENTO
PÓS SENTENCIAL



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

17. ACOMPANHAMENTO PÓS SENTENCIAL

Depois de proferida, e transitada em julgado, sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais, com o estabelecimento de contactos condicionados, supervisionados na sua execução, ou, até, com a própria suspensão do regime convivial, tudo nos termos do artigo 40.º do Regime Geral, deve proceder-se:

– Como se a sentença funcionasse apenas uma regulação provisória, continuando o processo a ser periodicamente movimentado (com vista e conclusão), mesmo sem iniciativa processual do requerente/requerido, por forma a que o Tribunal avalie da sua execução, introduzindo os ajustamentos relevantes, ou,

– Tendo a sentença transitado em julgado, uma eventual modificação do quadro convivial deve efetuar-se nos termos gerais, com eventual propositura de ação de alteração do exercício das responsabilidades parentais?

A sentença proferida em processo de regulação das responsabilidades parentais com o estabelecimento dos contactos supervisionados na sua execução, condicionados ou com a suspensão do regime de visitas transitada em julgado só pode ser alterada nos termos gerais.

A possibilidade da sua modificação não é diferente das demais sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária.

Na verdade, a sentença com um acompanhamento pós-sentencia, não pode ser entendida como provisória ou cautelar, porque não o é, não tem essa natureza.

Estão previstos contactos supervisionados pela equipa multidisciplinar de assessoria técnica, nos termos que forem ordenados na sentença, bem como o acompanhamento da execução do regime fixado, pelos serviços de assessoria técnica, no caso de risco de incumprimento para o evitar, e pelo período indicado na sentença – artigo 40.º, n.ºs 2, 6 e 7, do RGPTC.

E é principalmente nestes casos que se pode colocar a questão da alteração da decisão, no âmbito do próprio processo, como se de uma revisão se tratasse.

Está também previsto que possa ser estabelecido um **regime de visitas condicionado**, com a mediação de profissionais especializados, caso seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória **de proibição de contactos entre os pais** – n.ºs 9 e 10. Mas este artigo não obriga ao envio de informação periódica da execução das visitas condicionadas que determine como que uma revisão da sentença nos próprios autos.

Nos casos de suspensão do regime de convivência, não está e bem previsto o acompanhamento da execução do regime estabelecido através de informações periódicas, a menos que a sentença se pronuncie sobre o risco de incumprimento e o ordene ao abrigo do n.ºs 6 e 7.

Assim, respondendo diretamente à pergunta colocada, entendo que não é possível, pois com a prolação da sentença a instância extingue-se. Esgota-se o poder jurisdicional – artigo 613.º, n.º 1, do CPC. Embora o processo de RRP seja de **jurisdição voluntária** não podem ser tomadas decisões com ofensa das regras e dos princípios estruturantes do processo civil.

É certo que sentença, mesmo após o trânsito em julgado, pode ser alterada, não é definitiva e imutável. Mas, em meu entender, não deve ser alterada no âmbito deste processo, sob pena de ofensa ao caso julgado. Com efeito, **não está prevista a sua revisão**, como ocorre nos Processos de Promoção e Proteção.

Aliás, alterações sucessivas no próprio processo podem tornar os processos de regulação das responsabilidades parentais ingovernáveis, alastrados no tempo, sem a adequada certeza jurídica e com o risco de excessiva intromissão na vida das pessoas.

Defendo que a sentença só pode ser alterada, por acordo homologado por sentença, ou por recurso ao processo de alteração da regulação das responsabilidades parentais previsto no artigo 42.º, n.º 1, do RGPTC, com o fundamento no incumprimento por ambos os pais ou por terceira pessoa a quem esteja confiado, ou por ocorrência de circunstâncias supervenientes – artigo 12.º, do RGPTC e 988º, n.º 1, do CPC.

Sugestão:

1.º – Caso haja necessidade de visitas supervisionadas ou condicionadas ou risco de incumprimento deve preferencialmente optar-se pela fixação de regime provisório/cautelares, estes sim revistos e melhor adaptáveis de acordo com informações que os técnicos tragam ao processo e decorrentes do acompanhamento efetuado; ou

2.º – Sendo caso disso, na sentença devem ficar previstos regimes transitórios e sucessivos para que em sede de execução, possam entrar também sucessivamente em vigor.

Fátima Silveira

Quando na regulação do exercício das responsabilidades parentais se clausular os convívios supervisionados ou as trocas à luz do artigo 40.º, n.º 6, do RGPTC impõe-se sempre a obrigação de fixar um prazo concreto de acompanhamento dos convívios, ou antes poderá este acompanhamento perdurar sem prazo determinado concretamente (por exemplo enquanto se mantiver o processo de reaproximação do filho ao progenitor não residente ou o conflito entre os progenitores)?

Nos termos do disposto no artigo 40.º, n.º 6, do RGPTC – Quando julgue que existe risco de incumprimento da decisão, o juiz pode determinar o acompanhamento da execução do regime pelos serviços de assessoria técnica por determinado período de tempo.

A letra da lei reflete bem a intenção do legislador que foi delimitar concretamente o período de tempo de acompanhamento.

O Juiz ponderará o caso concreto, nomeadamente a situação de maior ou menor conflitualidade, e definirá de acordo com ele, o tempo de acompanhamento mais longo ou mais curto.

Nesta situação os serviços de assessoria técnica informam o tribunal sobre a forma como decorre a execução, por exemplo com uma periodicidade trimestral ou outra que se julgar mais adequada.

Se da informação prestada pelos serviços de assessoria técnica resultar que os objetivos ainda não foram alcançados e que o prazo fixado é insuficiente poderá ser prorrogado o período de acompanhamento.

Se, pelo contrário, antes do prazo estar alcançado, da informação prestada pelos serviços de assessoria técnica resultar que os objetivos foram alcançados e que o prazo fixado já não é necessário, poderá ser determinado o fim do acompanhamento, ouvidas as partes.

A decisão que fixa o acompanhamento nos termos do n.º 6 do artigo 40.º pode vir a ser alterada oficiosamente se algum dos seus segmentos se vier a mostrar desadequados em face daquele acompanhamento?

A resposta a esta questão depende da apreciação da situação em concreto.

Porquê?

Proferida a sentença, esgota-se, nos termos do disposto no artigo 613.º, n.º 1, do CPC o poder jurisdicional do Tribunal quanto à matéria da causa.

Os processos de RERP têm a natureza de processos de jurisdição voluntária (artigo 12.º do RGPTC).

Nos processos de jurisdição voluntária as resoluções podem ser livremente alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos (artigo 988.º, n.º 1, do CPC), com fundamento em circunstâncias supervenientes ocorridas posteriores à decisão ou anteriores que não tenham sido alegadas por ignorância ou por outro motivo ponderoso.

Isto equivale a dizer que nos processos de jurisdição voluntária não se forma caso julgado material, nem caso julgado formal.

Proferida qualquer decisão no âmbito do processo, o Tribunal pode alterá-la livremente, desde que o julgue conveniente. Por outro lado, o facto de uma questão ter sido decidida por sentença transitada em julgado não obsta a que noutro processo ela seja novamente ventilada e julgada em sentido diferente.

No entanto, esta possibilidade de livre modificabilidade das decisões não é absoluta pois o caso julgado forma-se nos mesmos termos em que se forma nos processos de jurisdição contenciosa mas, aqui, não possui o dom da irrevogabilidade na medida em que qualquer resolução pode ser livremente alterada, embora haja transitado em julgado, com fundamento num diferente quadro factual superveniente que justifique a alteração (com admite o artigo 988.º do CPC).

Modificar é alterar, não com o efeito de corrigir, mas regular o modo.

Ou seja, o julgamento anterior é eficaz, até que circunstâncias supervenientes aos efeitos que produziu determinem a modificação/alteração.

Por isso, há que distinguir entre o que são circunstâncias supervenientes que permitem uma alteração e aquelas que se traduzem numa mera evolução natural e previsível da situação anterior.

Distinção que pressupõe necessariamente uma análise comparativa entre o estado atual das coisas e aquele outro que existia aquando da homologação do acordo ou da prolação da decisão em vigor.

Como referência ao alcance do que se entende por circunstâncias supervenientes suscetíveis de justificar a alteração de regime fixado, nada obsta a que se lance mão, com as necessárias adaptações, claro está, tendo em conta os interesses a salvaguardar (sempre o superior interesse da criança), das condições que justificam, na lei civil, a modificação do contrato por alteração das circunstâncias (cf. 437.º, n.º 1, do Código Civil), e, conseqüentemente, se v.g. as circunstâncias em que os progenitores fundaram o acordo a que chegaram no tocante à regulação do exercício das responsabilidades parentais, tiverem sofrido uma alteração anormal, então a sua modificação/alteração justificar-se-á, devendo ela assentar em juízos de equidade e na boa-fé, e obviamente, naquilo que impuser o superior interesse da criança.

De outro passo, tratar-se-á apenas de novas circunstâncias, resultantes da própria evolução da execução do regime de RERP fixado.

Mais uma vez julgo que a resposta a esta questão exige uma apreciação casuística, em face do caso concreto.

Por exemplo:

1) Num determinado regime de convívio fixaram-se convívios supervisionados entre o progenitor não residente e a criança com a periodicidade semanal.

Entretanto, o progenitor ausenta-se para trabalhar para localidade distante do local da residência da criança, passando a ter disponibilidade apenas para visitas com a periodicidade quinzenal.

Neste caso, mostrando-se necessário alterar a periodicidade das visitas supervisionadas, entendemos que a estrutura fundamental da decisão anterior que consagrou um regime de convívio supervisionado, mantem-se inalterada.

A alteração poderá ser feita, oficiosamente, ouvidas as partes, no âmbito do mesmo processo.

O mesmo para o caso de visitas supervisionadas com periodicidade mensal que, em face de um processo de rejeição da criança ao pai, no decurso do acompanhamento, se vêm a revelar insuficientes por ter havido evolução da postura da criança em face do convívio com o progenitor, sendo possível alterar o convívio supervisionado para periodicidade quinzenal ou semanal.

Também neste caso entendemos que não existirá alteração da anterior estrutura da decisão, resultando esta nova situação fática da própria evolução da execução do regime de RERP fixado.

Também neste caso, a alteração poderá ser feita, oficiosamente, ouvidas as partes, no âmbito do mesmo processo.

2) Noutras situações em que o acompanhamento revela que a decisão proferida deixou de ser adequada em todos os seus segmentos, ou apenas em parte deles, em razão de alteração anormal das circunstâncias (que não era expectáveis ante o curso do tempo) ou em face de um incumprimento grave e reiterado, de modo que se deverá proferir nova decisão na sua essência distinta da que foi anteriormente tomada, seja no que diz respeito ao regime de convívios, seja até na própria vertente da residência da criança, a alteração deverá ocorrer por via de nova ação de RERP com fundamento, precisamente, nas novas circunstâncias de facto supervenientes.

Susana Santos Silva

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Capítulo XVIII.

MEDIAÇÃO FAMILIAR

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

18. MEDIAÇÃO FAMILIAR

Que eficácia pode ter o recurso à Mediação Familiar?

Fará sentido o recurso obrigatório à Mediação Familiar aquando da propositura da ação?

A par com o princípio da simplificação instrutória, da oralidade e da audição e participação da criança (artigo 4.º, n.º 1, al.s a) e c), erigiu o legislador como princípio orientador dos processos tutelares cíveis, regulados no RGPTC, o Princípio da Consensualização (al. b) do artigo 4.º), no sentido que:

“Os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audição técnica especializada e ou à mediação (...)”.

A audição técnica especializada consiste (artigo 23.º do RGPTC):

– Na audição das partes, com o objetivo da avaliação diagnóstica das competências parentais e aferição da disponibilidade das partes para um acordo em matéria de RERP, que melhor salvaguarde o interesse da criança.

A mediação consiste (artigo 24.º do RGPTC):

– Em ajudar os interessados, normalmente os progenitores em fase de separação (ou já separado), a conseguir acordos que satisfaçam as necessidades dos vários elementos da família, contribuindo para a sua reorganização e recuperação de um equilíbrio estável e funcional, neste período de transformação e crise, reforçar a capacidade de autonomia das famílias e melhorar as suas competências familiares e sociais, conseguida através de um processo de aprendizagem de novas formas de resolver os conflitos, sem que seja necessário recorrer à ajuda externa.

Podemos elencar as seguintes, de entre outras cinco diferenças entre a Mediação e a Audição Técnica Especializada:

- 1) A ATE é determinada judicialmente/a mediação depende do consentimento dos interessados.
- 2) A ATE visa a obtenção de consensos/a mediação visa a obtenção de um acordo.
- 3) A ATE tem uma duração de dois meses/a mediação tem uma duração de três meses.
- 4) A ATE efetua avaliação diagnóstica e das competências parentais/a Mediação não tem uma vertente avaliativa.
- 5) A ATE está centrada na gestão do conflito/a Mediação visa a resolução do litígio.

A Mediação Familiar é sempre voluntária e não resulta quando imposta. Implica aceitar que *“para resolvermos este conflito e resolvermos futuras divergências, também eu tenho de mudar”*...

Quando as pessoas acreditam que, para o conflito ser solucionado e para resolverem as suas divergências, apenas o outro tem de mudar, é impossível o recurso à Mediação Familiar.

Por isso me parece que não faz sentido o recurso obrigatório à mediação.

Quanto à sua eficácia, sendo objetivos da Mediação Familiar que os interessados (progenitores da criança) mantenham a capacidade de decisão sobre a organização da família, reduzam a conflitualidade existente, facilitando a comunicação, identifiquem e clarifiquem a especificidade de cada situação, recorrendo a técnicas específicas, e possibilitar-lhes uma utilização mais adequada do sistema legal, contribuindo para a elaboração de um acordo familiar suscetível de homologação judicial, uma vez alcançado este objetivo pode ser altamente eficaz em termos práticos e reduzir de forma significativa incidentes na execução do RERP, essencialmente futuros incumprimentos.

Os interessados assumem a responsabilidade da execução de um RERP que eles próprios delinearam.

Assim a Mediação contribui:

- Para a desconstrução do conflito;
- Para que os interessados resolvam o próprio conflito;
- Para que os interessados se tornem mais adaptativos e integrados;
- Para que desenvolvam capacidades para resolver conflitos futuros.

Qual o critério para fazer intervir a ATE ou sugerir a Mediação?

Dependerá da avaliação que o juiz faça do caso concreto, essencialmente, por um lado, do consentimento de ambos e, por outro, o grau de rigidez ou flexibilidade em procurar consensos de cada um dos progenitores.

Que intervenção, consequências e resultados na prática judiciária?

Da nossa prática judiciária, desde a implementação da lei, temos reportada uma única situação de intervenção em sede de mediação, em que não foi possível o acordo.

A experiência reportada pelos colegas do Juízo de Família e Menores é semelhante.

Em conclusão: A experiência da intervenção em sede de mediação é de que o seu recurso pelas partes é diminuto, com muito poucos resultados práticos.

Em que termos pode chegar a sensibilização da Mediação aos tribunais?

Para os juízes: com Ações de Formação Específica sobre Mediação.

Para outros interessados:

- Torná-la gratuita e geograficamente acessível;
- Disponibilizar informação em casa juízo de Família e Menores sobre os objetivos, método e vantagens;
- Presença de técnicos das equipas de assessoria técnica do ISS em cada Juízo, de modo a que os interessados possam ser esclarecidos das reais vantagens da mediação.

Susana Santos Silva

Pode o juiz optar por remeter as partes para a Audição Técnica Especializada, quando estejam reunidas as condições para haver lugar a Mediação?

A resposta a esta questão tem que passar, numa primeira abordagem, pela análise dos instrumentos internacionais a que Portugal está obrigado pois é deles que devemos, num primeiro momento, retirar os ensinamentos necessários à interpretação e aplicação da lei interna.

Ora, os diplomas internacionais são uníssonos em salientar a importância da resolução consensual dos litígios e o papel fulcral a desempenhar pela mediação no alcançar de tal desiderato.

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança¹, no § 7 do Preâmbulo refere que *“em caso de conflito, é desejável que as famílias cheguem a acordo antes de submeter a questão a uma autoridade judicial”* e no seu artigo 13.º, sobre a epígrafe *“Mediação ou outros meios de resolução de conflitos”*, estabelece que *“A fim de prevenir ou de resolver conflitos e de evitar processos perante uma autoridade judicial, que digam respeito a crianças, as Partes deverão, nos casos apropriados e por elas definidos, encorajar o recurso à mediação ou a qualquer outro meio de resolução de conflitos, bem como a sua utilização para chegar a um acordo.”*

Dos Princípios Orientadores de Riade² n.ºs 11, 13, 16 e 17, resulta que os Governos devem, numa perspetiva do bem-estar das famílias e de proteção das crianças, proporcionar serviços adequados de assistência na resolução de conflitos.

¹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27/01; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27/01 e publicada no Diário da República I, n.º 18, de 27/01/2014.

² Adotados e proclamados pela Assembleia das Nações Unidas na sua Resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990.

A Recomendação R(98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, reconhecendo o cada vez maior número de conflitos parentais e a necessidade de proteção dos interesses e bem-estar das crianças neles envolvidas, exorta os Governos dos Estados Membros:

- (i) A instituir a mediação familiar ou reforçar a já existente;
- (ii) A reforçar as medidas tendentes à utilização da mediação familiar como meio apropriado de resolução dos litígios familiares e
- (iii) A reconhecer a autonomia da mediação e a possibilidade de esta ter lugar antes, durante, ou depois de um processo judicial.

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, embora aplicável à mediação de litígios transfronteiriços, no seu Considerando 6, expressamente prevê que nada deverá impedir os Estados-Membros de, igualmente, aplicarem a processos de mediação internos. Flui do seu texto ensinamento que devemos reter, o de que se torna mais provável serem voluntariamente cumpridos os acordos obtidos por via da mediação.

Olhando para o princípio da consensualização e da mediação familiar na legislação interna, temos no Código Civil e no que ao divórcio diz respeito, o artigo 1774.º, onde se impõe que, antes do início do processo respetivo, no Tribunal ou na Conservatória do Registo Civil, sejam os cônjuges devidamente informados *“sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar”*.

Esta disposição legal apresenta-se bem-intencionada nos seus termos mas de aplicação concreta muito residual. Basta pensarmos que, atualmente, os processos dão, obrigatoriamente, entrada eletrónica nos tribunais. Na receção do processo não há nenhuma interação pessoal entre o funcionário do tribunal e as partes ou os seus representantes, pelo que se mostra irrealizável o dever de informação consagrado. Ora, como nos termos do artigo 259.º do CPC a ação se considera proposta logo que dê entrada na secretaria, a aplicação do disposto no mencionado artigo 774.º fica esvaziada de conteúdo.

Nas Conservatórias do Registo Civil, onde apenas correm termos os divórcios por mútuo consentimento dos cônjuges e em que estes tenham chegado a acordo quanto às diversas matérias enunciadas no artigo 1775.º, onde se inclui o acordo relativo ao exercício das responsabilidades parentais, sempre que existam filhos menores de idade, a mediação familiar e a informação sobre a sua existência é muitíssimo residual pois, à partida, quando se recorre às Conservatórias do Registo Civil, os consensos mostram-se já alcançados.

Certo é que podemos equacionar a situação relacionada com os acordos sobre o exercício das Responsabilidades Parentais, cuja apreciação, por força do disposto nos artigos 1776.º, n.º 1, e 1776.º-A, cabe em exclusivo ao Ministério Público. Nestas circunstâncias, na hipótese de ser entendido que os acordos apresentados não estão em consonância com os requisitos legais exigidos, ou não acautelam alguns dos interesses das partes envolvidas, mormente os da criança, poderá fazer sentido a informação sobre os serviços de mediação e a possibilidade de

os progenitores a ele recorrerem, mas aqui o processo já se iniciou e a obrigatoriedade de informação legalmente imposta já não se aplica, embora continue a fazer todo o sentido.

Na verdade, em qualquer estado do processo, há sempre a possibilidade de serem suspensos os seus termos quando as partes pretendam socorrer-se da mediação, mas esta será sempre uma situação fora da previsão do mencionado artigo 1774.º.

No RGPTC, onde a consensualização é um dos princípios orientadores, previsto no artigo 4.º, n.º 1, al. c), a resolução alternativa de litígios, através do processo de mediação, encontra a sua previsão no artigo 24.º, norma que se encontra inserida no capítulo das disposições processuais comuns, pelo que é aplicável a qualquer processo tutelar cível, independentemente da sua natureza, mas alcança privilegiada aplicação no âmbito dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, tal como decorre do mencionado artigo 24.º, bem como também do artigo 38.º.

A mediação pode ter lugar em qualquer estado do processo, mediante decisão judicial, na sequência de determinação oficiosa, caso ocorra o devido consentimento dos interessados, ou através de requerimento destes.

Aqui chegados, revertendo à questão colocada, terá o legislador querido colocar ao mesmo nível a opção pela mediação ou pela ATE, sendo permitido ao magistrado eleger a ATE em detrimento da mediação, sem primeiro informar devidamente as partes sobre os serviços de mediação familiar e sem tentar obter o seu assentimento à utilização desta via?

Ora, no artigo 23.º, salienta-se que a ATE tem como principal escopo a avaliação das competências parentais e a aferição da disponibilidade dos pais para um acordo. O preceito é claro quando refere que a audiência técnica especializada tem em vista “*a avaliação diagnóstica das competências parentais*” e a disponibilidade das partes para um acordo que satisfaça os interesses da criança.

Quando no artigo 38.º se determina que, em sede de conferência de pais, caso os mesmos estejam presentes e não cheguem a acordo, obrigatoriamente se suspende tal conferência, remetendo-se as partes para mediação ou para a ATE, a opção por fazê-lo em primeiro lugar relativamente à mediação não é, em nosso entender, um mero acaso mas uma indicação clara de que, havendo consenso para tal por parte dos interessados, a preferência deve sempre recair sobre a mediação.

Lidas estas normas à luz do direito internacional sobre esta matéria, a que Portugal está vinculado e que, necessariamente tem que constituir um elemento interpretativo do nosso direito interno, desde que não se coloquem quaisquer dúvidas sobre as competências parentais dos progenitores, deve ser dada primazia à mediação.

Assim sendo, reunidas que se mostrem as condições para que tenha lugar a mediação e desde que não se mostre necessária uma avaliação sobre as competências parentais, é meu

entendimento não ter o juiz o poder discricionário de optar uma ou outra via, impondo-se, nestes casos, encaminhar as partes para a mediação familiar.

De notar que impende sobre o magistrado a obrigação de esclarecer cabalmente as partes sobre o que é a mediação e de quais podem ser as suas vantagens no caso concreto. A adesão, ou não, a esta forma de resolver o litígio, tem ser feita de modo plenamente esclarecido, sob pena de estarmos a escamotear a lei.

Ana Teresa Leal

Que custo comporta para as partes o recurso à mediação?

A mediação realizada em Portugal encontra o seu enquadramento normativo na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, onde se estabelecem os princípios gerais aplicáveis a esta matéria.

Nos termos do artigo 34.º deste diploma, os pedidos de mediação podem ser efetuados por uma das partes ou por ambas e pelo juiz ou pelo Ministério Público, no âmbito dos processos de que sejam titulares, desde que obtido o consentimento das partes.

O recentemente publicado Despacho Normativo n.º 13/2018³ veio regulamentar a atividade do sistema de mediação familiar e no seu artigo 6.º, sobre a intervenção do SMF e pagamentos a ter lugar, pode ler-se:

“1 – A intervenção do SMF pode ter lugar em fase extrajudicial, a pedido das partes, durante a suspensão do processo, mediante determinação da autoridade judiciária competente obtido o consentimento daquelas e na pendência de processo de promoção e proteção, por determinação da autoridade judiciária ou da comissão de proteção de crianças e jovens competentes, obtido o consentimento das partes.

2 – Pela utilização do SMF há lugar ao pagamento, até ao início da primeira sessão de mediação, de uma taxa no valor de (euro) 50 por cada parte, exceto quando:

- a) Seja concedido apoio judiciário;*
- b) O processo seja remetido para mediação mediante decisão da autoridade judiciária, ao abrigo do disposto no artigo 24.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível;*
- c) A requerimento das partes, ou com o seu consentimento, sejam estas remetidas para mediação mediante decisão da autoridade judiciária ou da comissão de proteção de crianças e jovens, no contexto de processo de promoção e proteção em curso.*

3 – Para efeitos do disposto no número anterior, o mediador é responsável por obter junto das partes o comprovativo do pagamento da taxa devida ou o comprovativo de apresentação do

³ Publicado no DR. 2.ª Série, n.º 216, de 9 de novembro de 2018.

pedido de apoio judiciário ou da respetiva concessão, após o que deverá remeter a referida documentação à entidade gestora do SMF.”

Da leitura deste preceito resulta que os serviços de mediação familiar pública são gratuitos sempre que as partes, a requerimento ou com o seu consentimento, sejam para eles remetidas por decisão judicial, quer no âmbito de um processo tutelar cível, quer nos processos de promoção e proteção. Nestes últimos, a decisão pode também ser tomada pela CPCJ, relativamente a processos que ali corram termos.

A gratuidade acontece, de igual modo, se a intervenção dos serviços de mediação pública for determinada por despacho do Ministério Público, no âmbito dos processos de que é titular.

No que concerne à mediação pública, na fase extrajudicial, a mesma está sujeita ao pagamento de uma taxa de 50,00€ por cada parte, exceto quando tenha sido concedido apoio judiciário para o efeito⁴.

Ana Teresa Leal

Como se processa o pedido de intervenção dos serviços de mediação pública por parte do tribunal?

Sobre esta matéria foi, em janeiro de 2019, emitida uma nota pela DG PJ, que aqui seguimos de perto:

“O pedido de intervenção do Sistema (público) de Mediação Familiar, no âmbito dos processos tutelares cíveis, deve ser dirigido pelo juiz à entidade gestora do referido Sistema – a Direção – Geral da Política da Justiça/Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios – com recurso a um dos seguintes meios de contacto:

Morada: Av. D. João II, Lote 1.08.01-D/E, Torre H, Piso 1 1990-097 Lisboa.

Telefone: 808 262 000 (linha azul) / +351 21 792 4000

Fax: +351 21 792 4048

Endereço eletrónico: correio@dgpj.mj.pt”

Os pedidos devem ser realizados e enviados por via postal ou por correio eletrónico, para a morada e endereço eletrónico indicados na citada nota.

No que respeita aos elementos que devem acompanhar o pedido:

“Informação sobre a prestação de consentimento das partes na sujeição do respetivo conflito ao procedimento de mediação familiar, tal como previsto, no âmbito dos processos tutelares cíveis, no artigo 24.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e, em qualquer caso, em consonância com o princípio da voluntariedade da mediação, previsto no artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

⁴ Nos termos do artigo 9.º e Anexo I, da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro.

Caso esta informação não resulte clara do ofício que veicula o pedido, será útil a disponibilização das peças processuais que o permitam aferir, designadamente a eventual ata da conferência em que se tenha verificado a falta de acordo dos pais quanto ao exercício das responsabilidades parentais, nos casos aplicáveis.

Informação relativa à delimitação do objeto do procedimento de mediação. Caso esta informação não resulte clara do ofício que veicula o pedido, será útil a disponibilização das peças processuais que o permitam aferir, designadamente a eventual ata da conferência em que se tenha verificado a falta de acordo dos pais quanto ao exercício das responsabilidades parentais, nos casos aplicáveis.

Informação sobre o concreto período de suspensão da instância, para efeitos de desenvolvimento do procedimento de mediação (nos termos da alínea a) do artigo 38.º do RGPTC).

Disponibilização dos contactos telefónicos (e, ou, de correio eletrónico) das partes a mediar e não apenas dos respetivos mandatários, porquanto em muito contribuem para o agilizar da intervenção do SMF.”

Ana Teresa Leal

Capítulo XIX.

AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE
PATERNIDADE

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

19. AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DE PATERNIDADE

Este processo continua a ser um processo judicial, perante o teor do artigo 123.º, al. I), da Lei Orgânica do Sistema Judiciário, ou é, atualmente, um processo da competência exclusiva do Ministério Público?

Nesta última hipótese, poderão ser aplicados os mecanismos sancionatórios decorrentes da falta de comparência de um dos intervenientes previstos no Código de Processo Civil?

A natureza judicial de um processo faz-se por atribuição legal.

É ao legislador que cabe definir os termos em que uma determinada questão é decidida e qual é a forma como se atinge tal decisão.

Longe de se querer fazer a apologia do positivismo jurídico, não pode deixar de se erigir à categoria de axioma que a declaração formal e inequívoca da averiguação oficiosa de paternidade ou maternidade como processo judicial existe no nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, a atribuição de natureza judicial a um certo processo é, por natureza, um ato formal e que o *nomen iuris* encerra consequência específicas e determinadas. Assim, e desde logo, a definição da entidade que exerce a autoridade necessária para limitar direitos, liberdades e garantias, na estrita medida que se entende necessária para a realização da finalidade a que propende o processo.

Isto dito, não há forma possível de obliterar o disposto nos artigos 3.º, al. i) e 6.º, al. i), R.G.P.T.C. a averiguação oficiosa é uma providência tutelar cível da competência das “secções de família e menores”.

Assim o afirma também o artigo 123º, n.º 1, al. I), da Lei n.º 62/2013, de 26/08, na versão introduzida pela Lei n.º 40-A/2016, de 22/12, quando fixa a competência dos tribunais relativa a menores e filhos maiores.

A atribuição do *nomen iuris* é clara e definitiva: trata-se de um processo judicial.

Ora, se é certo que a lei identifica a averiguação oficiosa como um processo judicial, não é menos certo que a sua configuração é, enquanto processo judicial, no mínimo heterodoxa.

Efetivamente, não se conhece no ordenamento jurídico um processo judicial que não tem qualquer intervenção do juiz e cuja decisão final é atribuída, sem reservas, a outra entidade, ainda que essa entidade seja uma magistratura que integra a orgânica dos tribunais.

A lei, com ousadia inovadora, criou um processo judicial que não é decidido por um juiz.

Compreende-se, assim, que cause profunda estranheza dizer-se que a averiguação oficiosa é um processo judicial, uma vez que no seu conteúdo não se reconhecem as características comuns a todas as restantes providências tutelares cíveis.

É esta, contudo, a realidade legislativa que temos.

Refletindo um pouco sobre esta peculiar configuração da averiguação oficiosa, pode encontrar-se uma intencionalidade que se ancora na prática judiciária anterior e na necessidade de realizar o direito ao estabelecimento da filiação.

A realização das diligências necessárias para o desfecho da averiguação oficiosa não prescinde do uso de mecanismos que constituem uma limitação a direitos e liberdades. Fala-se, claro, da necessidade de sancionar e fazer comparecer, contra a sua vontade, qualquer um dos progenitores a determinado ato e de sancionar.

A condução forçada, sob custódia, a determinado ato apenas pode fundar-se em decisão judicial, motivo pelo qual terá que ser proferida no âmbito de processo judicial ou havendo norma expressa que preveja a competência para tal decisão, fora de um processo judicial.

Assim sucede, por exemplo, em processo penal, no caso de falta injustificada a ato de inquérito.

Ora, não estando prevista tal norma especial, apenas a natureza judicial do processo permite a emissão de mandados, garantindo a exequibilidade da investigação.

De outra forma, não havendo meios para fazer comparecer, por exemplo, a progenitora, a fim de ser ouvida e indicar a identidade do pai, a averiguação ficaria destituída de qualquer efeito prático.

Note-se que a remissão operada para o Código de Processo Civil pelo artigo 33.º, n.º 1, R.G.P.T.C. tem como pressuposto a natureza judicial do processo, formalmente atribuída a todas as providências aí previstas.

Pretender que o recurso ao artigo 417.º, n.º 2, C.P.C. possa ser feito fora do âmbito de processo judicial, sem norma expressa (ou seja, por mera remissão genérica) que o preveja, constitui um entendimento que suscita questões ao nível da tutela constitucional da liberdade (artigo 18.º e artigo 27.º, al. f), da Constituição).

Tal entendimento equivaleria a fazer do artigo 33.º, n.º 1, R.G.P.T.C. uma norma atributiva de competência, o que manifestamente não é.

Tudo ponderado, considera-se que os processos de averiguação oficiosa mantêm a natureza de processos judiciais e que, não sendo assim perspetivados, não havendo norma expressa que empreste aos atos processuais uma garantia para a sua execução forçada, não se mostra

ser possível recorrer aos mecanismos sancionatórios decorrentes da falta de comparência de um dos intervenientes previstos no Código de Processo Civil.

Pedro Faria

Finda a instrução e concluindo pela viabilidade da ação de investigação de maternidade ou paternidade ou de impugnação desta, o Ministério Público tem que proferir despacho de viabilidade ou pode/deve propor, desde logo, a ação sem necessidade de proferir tal despacho?

Dispõe o artigo 62.º, n.º 1, do RGPTC que *“Finda a instrução, o Ministério Público emite decisão sobre a inviabilidade da ação de investigação de maternidade ou paternidade ou de impugnação desta, ou, concluindo pela viabilidade, propõe a ação de investigação ou de impugnação”*.

E nos termos do disposto nos artigos 1808.º, n.º 4, 1865.º, n.º 5, e 1841.º n.º 4, do CC, cuja leitura atualista deverá ser feita à luz das novas regras do RGPTC, quando o *“tribunal” concluir pela existência de provas seguras que abonem a viabilidade da ação de investigação, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de a ação ser proposta*.

Do cotejo destas normas resulta, a nosso ver, que o despacho de viabilidade terá sempre que ser proferido previamente à propositura da ação. De facto, decorre dos referidos preceitos legais que a prolação do despacho a considerar a *“existência de provas seguras que abonem a viabilidade da ação”* assegura a legitimidade do Ministério Público para intentar a competente ação oficiosa.

Contudo, ao contrário do que acontecia anteriormente, agora o Ministério Público não emite parecer, mas antes profere despacho, no qual, analisando os elementos de prova colhidos durante a instrução, conclui pela existência de provas seguras quanto à viabilidade da ação a propor. O despacho de viabilidade serve apenas para asseverar e comprovar a legitimidade ativa do Ministério Público para a respetiva ação.

A prolação de tal despacho deverá ser alegada na correspondente ação e a certidão do mesmo deve acompanhá-la, tal como a demais prova documental, valendo como elemento de prova aferidor da legitimidade ativa do Ministério Público.

Ao juiz está agora vedada qualquer possibilidade de sindicar a apreciação que o Ministério Público tenha feito dos elementos de prova recolhidos e da viabilidade da respetiva ação, não tendo, agora, qualquer intervenção em sede de instrução e decisão. A Proposta de Lei n.º 338/XII, seguindo de perto o regime anterior, destinava ao juiz o despacho final, bem como diligências complementares de instrução e tal poderá ser a explicação para o facto de no artigo 61.º, n.º 2, do RGPTC se falar ainda em *“fase de recurso”*, já que não se recorre das decisões

do MP. O controlo da decisão final do Ministério Público é feito agora por via da reapreciação hierárquica, sem qualquer intervenção do juiz – artigos 62.º e 63.º do RGPTC.

Acolhendo a proposta da PGR, a Lei n.º 141/2015, de 08.09 veio atribuir ao Ministério Público a competência para decidir quanto à viabilidade da ação, deixando o legislador cair a única competência que ao juiz estava atribuída no âmbito destes processos. Para além de continuar a não poder determinar a prática de quaisquer diligências instrutórias, como até então, agora também não se pronuncia sobre a viabilidade ou a inviabilidade da futura ação de investigação, pois a decisão final é da exclusiva competência do Ministério Público.

No entanto, de acordo com o artigo 6.º, al. i), do Regime Geral de Processo Tutelar Cível compete às secções de família e menores proceder à averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade, decorrendo do artigo 7.º, al. e), do mesmo diploma legal que cabe às secções de família e menores conhecer de quaisquer outros incidentes dos processos referidos no artigo anterior.

Daqui decorre, em nosso entender, que, no âmbito das ações oficiosas de maternidade, de paternidade ou de impugnação desta, sendo a competência para a instrução e decisão do Ministério Público, ao juiz cabe, por promoção do Ministério Público, a aplicação de multa por falta injustificada da mãe da criança, do indigitado progenitor, do pai registal ou de qualquer testemunha, bem como a emissão dos competentes mandados de comparência para a realização da diligência nos serviços do Ministério Público.

Mantendo a averiguação oficiosa da maternidade, de paternidade ou a impugnação desta carácter judicial, como defendemos, não pode, também, deixar de competir ao Juiz o despacho a declarar a incompetência territorial do tribunal – artigo 9.º RGPTC, 104.º CPC *ex vi* do artigo 33.º do RGPTC.

Maria Oliveira Mendes

Título:

Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-67-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt