



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

VIA E-MAIL

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Fernando Negrão
Comissao.1A-CACDLGXII@ar.parlamento.pt

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
659/XII/1.º - CACDLG	02-06-2015	GAVPM-2015/PG/184	2015/OFC/0193	29-06-2015

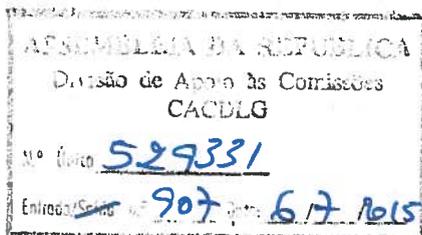
ASSUNTO: Parecer sobre Proposta de Lei N.º 338/XXII/4.º (GOV)

Exmo. Senhor

Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Tenho a honra de remeter a V. Exa., e em conformidade com o solicitado, parecer sobre as iniciativas legislativas identificadas, elaborado pela Exma. Senhora, Juíza de Direito, Dra. Alcina da Costa Ribeiro

Com os nossos melhores cumprimentos,



Parecer

Proposta de Lei nº 338/XII com vista à
aprovação do regime do Processo
Tutelar Cível.

Alcina da Costa Ribeiro
Juiz de Direito

Lisboa, 25 de Junho de 2015

A. INTRODUÇÃO

I. OBJECTO

Em 2 de Junho de 2015, o Exmo. Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República solicitou ao Conselho Superior da Magistratura que, com a brevidade possível, promovesse a emissão escrito acerca da Proposta de Lei n.º 338/XII/4ª (GOV), que visa aprovar o Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Por sua Excelência, o Juiz Conselheiro Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura foi pedido à signatária que emitisse Parecer sobre aquela matéria.

II. PLANO DO PARECER

Em face da exiguidade do prazo para a elaboração do Parecer, optámos, por apreciar sumariamente alguns dos vários preceitos legais que nos pareceram mais importante, por ordem da sua inserção na organização do diploma.

Procurar-se-á alertar, sinteticamente, para alguns aspectos que julgamos criticáveis, apresentando sugestões para corrigir/minorar os problemas detectados, não deixando de enaltecer os aspectos que julgamos positivos.

Importa salientar que não se fará uma abordagem reflexiva, crítica e comparativa sobre o regime jurídico do acesso das crianças à justiça, que continua a revelar-se essencial, considerando as exigências de adequação do ordenamento jurídico interno aos instrumentos internacionais, em especial no que toca à definição da posição que a criança assume em cada um dos processos que lhe diz respeito.

Por último, diga-se, que se acolheram algumas das sugestões que foram dadas pela Exma. Sra. Dra. Maria Perquilhas, juiz de direito e docente do Centro de Estudos Judiciários.

III. ÂMBITO DA PROPOSTA DE LEI

Mantendo as linhas fundamentais que caracterizam a Organização Tutelar de Menores, a presente Proposta de Lei quer instituir o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, com vista a introduzir maior celeridade, agilização e eficácia na resolução de conflitos, através da racionalização e da definição das prioridades quanto aos recursos existentes, em benefício da criança e da família.

Na concretização deste objectivo «são definidos novos princípios e procedimentos destinados a simplificar, reduzir a instrução escrita dos processo, privilegiando, valorizando o depoimento oral quer das partes, quer da assessoria técnica aos tribunais, nos processos tutelares cíveis, e, em especial, no capítulo relativo ao exercício das responsabilidades parentais e seus incidentes».

B. APRECIÇÃO E COMENTÁRIOS

I. PROPOSTA DE LEI

1. Exposição de Motivos

O Regime Geral do Processo Tutelar Cível pretende constituir-se como «um contributo para a racionalização dos procedimentos de natureza adjectiva dos processos tutelares cíveis, designadamente, da regulação do exercício das responsabilidades parentais».

Considerou a realidade «dos graves danos psicológicos potencialmente sofridos pelas crianças em contextos de ruptura conjugal e, conseqüentemente, perturbação dos vínculos afectivos parentais, especialmente agravada em situações de violência doméstica intrafamiliar» realidade não «compaginável com delongas da marcha processual, nem com a inerente dilação das decisões»

Daí que a motivação principal se centre na introdução de maior celeridade, agilização e eficácia na resolução desses conflitos, através da racionalização dos recursos existentes, em benefício da criança e da família.

Na concretização desse objectivo, foram definidos novos princípios e procedimentos destinados a simplificar e reduzir a instrução escrita dos processo, privilegiando, valorizando e potenciando o depoimento oral, quer das partes, quer da assessoria técnica aos tribunais, nos processo tutelares cíveis e, em especial, no capítulo relativo ao exercício das responsabilidades parentais.

Assim, aos princípios vigentes, acrescentam-se os princípios da simplificação instrutória e da oralidade, o princípio da consensualização e o princípio da audição da criança».

Muito embora se aplaudam a motivação, os objectivos e os princípios orientadores do processo tutelar cível, lamenta-se, contudo, que a intenção legislativa não traduza uma verdadeira mudança do paradigma do acesso da criança à justiça, adequando o direito interno aos instrumentos internacionais vigentes, em especial à Convenção Europeia Sobre os Direitos do Homem e à Convenção Sobre o Exercício dos Direitos da Criança (1996), vistas à luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu e das Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa Sobre uma Justiça adaptada às Crianças.

1.2. Aplicação da lei no tempo

Considerando as questões que normalmente se suscitam com a aplicação da lei nova aos processos pendentes, seria conveniente a existência de norma que regulasse expressamente tal matéria.

II. REGIME JURÍDICO DO PROCESSO TUTELAR CIVEL (ANEXO)

1. Designação (artigo 1º)

No artigo 1º, optou-se designar o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, apenas por Regime, enquanto que novo Regime Jurídico da Adopção anexo à Proposta de Lei nº 340/XII, no artigo 1º, se perfilhou como designação as siglas que lhe correspondem, ou seja, RJPA.

Em ambos os casos, ainda que de forma autónoma, regulam-se processos de natureza cível adequados a assegurar processualmente direitos da criança. Não vislumbramos, assim, quaisquer motivos ou utilidade para que a designação de cada um dos diplomas não obedeça ao mesmo critério.

Por outro lado, a designação «Regime» pode suscitar dúvidas de interpretação, dada a amplitude do conceito que pode abranger outras realidades para além da prevista.

Sugerimos, pois, que, a existir uma designação para o Regime do Geral do Processo Tutelar Cível, se recorra ao critério adoptado pelo artigo 1º do Anexo à Proposta de Lei nº 340 XII, sendo a *Designação de «Regime» substituída por RGPTC, não só no artigo 1º, mas em todo os demais preceitos que se lhe refiram.*

2. Providências Tutelares Cíveis (artigo 3º)

2.1. Artigos 3º e 7º

O artigo 3º, que reproduz, no essencial, as diversas alíneas que constavam no art. 146º da Organização Tutelar de Menores, com excepção da alínea c) - previa a constituição do vínculo da adopção e a decisão da confiança judicial com vista à adopção - pretende definir as providências que, para efeitos do diploma, assumem a natureza tutelar cível.

Por seu turno, os artigos 6º e 7º determinam a competência principal e acessória das secções de família e menores.

Confrontados estes preceitos, constata-se que as matérias constantes do artigo 7º não foram enquadradas no artigo 3º, o que pode suscitar dúvidas, sobre se assumem ou não a natureza de providência tutelar cível, às quais se aplica o Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis.

Seria, assim, desejável, que se tomasse posição sobre esta questão.

2.2. Omissão de outras providências

De igual modo, não constam no artigo 3º, como providências tutelares cíveis que assegurem outros direitos das crianças.

Referimo-nos, nomeadamente: a) aos convívios da criança com irmãos e ascendentes, previsto no artigo 1887º, A, do Código Civil; b) aos convívios da criança com as pessoas com quem mantenham relação de especial afectiva de referência (art. 4º, al. a) da Proposta de Lei nº 339/XII e artigo 4º da

Proposta em análise), e c) à indemnização por danos causados pelos conflitos familiares, em especial os parentais.

2.3. Proposta

Sugere-se que ao elenco das matérias do artigo 3º, sejam aditadas as seguintes:

- l) As providências a que alude o artigo 7º deste RGPTC;*
- m) A regulação dos convívios da criança com os irmãos e ascendentes;*
- n) A regulação dos convívios da criança com as pessoas com quem a criança tenha estabelecido uma relação de especial afectiva de referência.*
- o) A fixação de indemnização a favor da criança pelos danos causados pelos conflitos familiares, em especial os parentais;*

3. Princípios Orientadores (Artigo 4º)

3.1. Simplificação instrutória e oralidade

Segundo este princípio, «a instrução do processo recorre preferencialmente a formas simplificadas, nomeadamente, o depoimento das partes ou outras pessoas de especial referência afectiva para a criança e as declarações da assessoria técnica, prestadas oralmente e documentadas em auto».

Esta redacção apresenta-se algo confusa, suscitando, desde logo, as questões de saber:

- a) em que consiste o princípio orientador da simplificação e oralidade;
- b) qual o âmbito do conceito de «formas simplificadas»;
- c) se as formas simplificadas abrangem apenas o recurso às declarações orais prestadas pelas pessoas mencionadas neste preceito ou se podem incluir outros meios de prova oral ou, ainda, outros actos processuais, como por exemplo a notificação e a convocação das partes, através de meios mais expeditos que o registo postal.
- d) se a oralidade diz respeito à documentação das declarações orais, sendo, por isso, uma das formas de simplificação ou,
- f) se constitui um princípio orientador autónomo a ter presente em todos os actos de instrução.

Parece-nos desadequado afirmar-se que é a assessoria técnica quem presta as declarações orais. Além de que, a manter-se esta terminologia, pode questionar-se se as informações prestadas pela assessoria técnica a que se refere o artigo 20º, alínea d) podem ou devem ser prestadas oralmente.

Acresce que, na fase da instrução pode, no interesse da criança, ser necessário ouvir em declarações, outras pessoas que não façam parte da assessoria técnica, não assumam a qualidade de partes, parentes ou outras pessoas de especial referência afectiva para a criança, como alias é reconhecido no artigo 20º, nº 1.

Nestas circunstâncias, não vislumbramos motivos para que a oralidade referida neste normativo não abranja as declarações prestadas por estas pessoas, quando o juiz o entender conveniente, no interesse da criança.

Por último, a documentação em auto das declarações orais prestadas perante o juiz, na fase da instrução, sem que se indique a forma a que deve obedecer, suscita dúvidas, sobre se a intenção do legislador é a de reduzir a escrito as declarações que foram prestadas oralmente ou se permite o recurso à gravação do acto, nos termos do artigo 155º, do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.

3.2. O Princípio da Consensualização

Se bem o entendemos, este princípio tem como objectivo consagrar uma fase processual de consenso, conducente à mínima intervenção judicial, composta por um dos dois meios legalmente previstos: a audiência técnica especializada e a mediação.

Se a natureza e o regime de funcionamento da mediação não nos suscita grandes dúvidas, até porque já dispõe de regulamentação própria, o mesmo não se diga, quando à audiência técnica especializada ou ao que se entende por «excepcionalmente relatados por escrito».

Não se prevendo a regulamentação em diploma próprio da audiência técnica especializada e considerando que para efeitos de conflito parental, «consiste na audiência das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que melhor salvaguarde o interesse da criança», fica sem se perceber, qual a natureza, composição e funcionamento deste meio de obtenção de consenso.

De igual modo, ficam dúvidas sobre o que se pretende consagrar neste princípio orientador: se apenas o recurso ao consenso para resolução de conflitos parentais, ou também, a outros casos de conflitos, como sejam, entre os progenitores e outros familiares (ascendentes e irmãos) ou pessoas de especial referência afectiva.

3.3. Audição da Criança

A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo consagra (art. 4º al. i) como princípio orientador o direito de participação e audição da criança, segundo o qual, a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm o direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção e protecção, principio esse aplicável aos processos tutelares cíveis, por força do artigo 147º A, da Organização Tutelar de Menores.

Para além deste princípio orientador, pretende-se, agora, com a alínea c) do artigo 4º, que a criança seja «ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, tendo em atenção a sua idade o grau de maturidade e a sua capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse».

Ou seja, muito embora, os processos tutelares cíveis se rejam pelo principio da participação e audição da Criança estatuído na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, ainda assim o legislador quer reforçar como principio orientador a audição da criança, o que é de louvar.

Contudo, a forma encontrada para definir este novo princípio não clarifica uma das questões essenciais que, a este propósito se coloca: a densificação do conceito de capacidade de discernimento para emitir uma opinião sobre um determinado assunto (cf. entre outros, o artigo 12º, nº 1, primeira parte, da Convenção Sobre os Direitos da Criança) e a densificação da capacidade de discernimento da criança para efeitos de sua participação nos actos processuais (cf. artigo 3º e 6º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças).

Uma criança pode ter capacidade para se exprimir e emitir uma opinião sobre uma determinada questão que, no processo a afecte, e não ter capacidade para compreender os actos processuais.

Seria, assim, desejável, que o legislador se tivesse pronunciado sobre estas matérias, concretizando, de um lado, o que deve entender-se por capacidade de discernimento, para efeitos da criança emitir uma opinião sobre o assunto em discussão e, de outro, maturidade e compreensão dos actos, para efeitos de definição da sua posição processual, em consonância, com o disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 10º, da Convenção Europeia sobre o Exercício do Direito das Crianças, melhor explicitadas nas Directrizes do Conselho da Europa sobre uma Justiça Adaptada às Crianças.

3.4. Proposta

De pelos motivos que se acabam de expor, sugere-se que o artigo 4º passe a ter a seguinte redacção:

Os processos tutelares cíveis regulados no presente diploma, regem-se pelos princípios orientadores da intervenção estabelecidos na lei de protecção de crianças e jovens em perigo e, ainda, pelos seguintes:

a) Simplificação e Oralidade: Os actos processuais da instrução revestem, preferencialmente, forma simplificada.

Constituem actos simplificados, entre outros: 1) a documentação das declarações orais prestadas na fase da instrução e os demais actos presididos pelo juiz, é efectuada, em regra, através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, quando aqueles meios não estiverem disponíveis e 2) as notificações e as convocatórias para comparecer no tribunal ou noutros locais designados, são realizadas, em regra, através do meio técnico mais expedito e adequado ao efeito pretendido, só podendo recorrer-se ao registo postal, quando a notificação ou convocação não puder ser realizada por indisponibilidade de meios técnicos mais expeditos.

b) Consensualização – os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso à Audição Técnica Especializada e ou Mediação.

c) Audição da Criança: Sem prejuízo do disposto na lei de protecção das crianças e jovens em perigo, a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, a aferir, casuisticamente pelo juiz, por despacho, é sempre ouvida, sobre

as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.

4. Audição da criança ou jovem (artigo 5º)

4.1. Epígrafe

Sob a epígrafe do artigo 5º, é usada a designação, em alternativa, da criança ou jovem, quando, no corpo do mesmo preceito e na alínea c) do artigo 4º, se faz apenas referência à denominação de «criança», conceito emanado da Convenção Sobre os Direitos da Criança que diz respeito a todos aqueles que ainda não atingiram os 18 anos.

Conformando a epígrafe do preceito com os demais, sugere-se que se elimine da epígrafe desta norma a referência a jovem, mantendo-se, apenas Audição da Criança.

4.2. O direito da criança a ser ouvida

Em consonância com o disposto no artigo 12º da Convenção Sobre os Direitos da Criança e com o artigo 3º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, ponderadas as Directrizes do Conselho da Europa sobre uma Justiça adaptada às crianças, julga-se que o artigo 5º deve introduzir algumas formas de audição da criança, sugerindo-se:

1 - A criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, a aferir casuisticamente por despacho judicial, tem direito a ser ouvida para exprimir a sua opinião, devendo esta opinião ser tida em conta, de acordo com a sua idade, maturidade e interesse.

4.3. Agendamento de diligência especialmente agendada para audição da criança

Para efeitos da audição da criança, confere-se ao juiz, o poder de promover a audição da criança em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.

Esta formulação pode suscitar dúvidas sobre se a obrigatoriedade de audição da criança que tenha capacidade para compreender os assuntos em discussão, segundo a sua idade, maturidade.

Sugere-se, pois, a seguinte redacção:

Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz deve promover a audição da criança em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.

4.4. Informação

Em consonância com o disposto nos artigos 3º e 6º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças; sugere-se a alteração do número 3, como segue:

a) A audição da criança é precedida da prestação de todas as informações adequadas á sua idade e capacidade de compreensão dos assuntos, de forma a permitir que exerça plenamente os seus direitos e entenda o significado e alcance da sua audição.

b) A criança tem o direito a ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão:

4.5. Condições de audição da criança

A referência a operadores judiciais com formação adequada [al. b) do artigo 5º] parece-nos desadequada no contexto em que se insere.

Pretendendo o legislador que as pessoas que intervêm na audição das crianças tenham formação especializada para o efeito, seria vantajoso, que o afirmasse clara e indubitavelmente:

Sugerimos, assim, a alteração da alínea b) e o aditamento da alínea c):

b) Todos os profissionais que trabalhem com e para crianças devem possuir a formação multidisciplinar necessária sobre os direitos e as necessidades das crianças de diferentes grupos etários, bem como sobre os processos que melhor se lhes adequem.

c) Os profissionais que tenham contacto directo com as crianças devem, também, receber formação sobre as formas de comunicar com crianças de todas as idades e fases de desenvolvimento, bem como com crianças em situação de particular vulnerabilidade.

4.6.Declarações para memória futura nos termos do artigo 271º, do Código de Processo Penal.

Considerando que aos processos tutelares cíveis, se aplica subsidiariamente, as normas da lei processual civil, entendemos, salvo melhor opinião, que a declarações da criança prestadas antes do julgamento para nele valerem como meio de prova, se devem regular pelo Código de Processo Civil, e não pelo Código de Processo Penal.

Por isso, se propõe que o nº 6, do artigo 5º, tenha o seguinte teor:

a) Sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder a audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos actos processuais posteriores, incluindo o julgamento.

b) A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

c) A Inquirição é feita pelo Juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais.

d) As declarações da criança são gravadas nos termos do artigo 4º, alínea a), dando-se preferência à gravação áudio visual, sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem.

e) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível.

f) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível.

g) A tomada de declarações nos termos das alíneas anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela deva ser possível e não puser em causa a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança.

h) Em tudo o que não contrarie este preceito, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime processual civil previsto para a prova antecipada.

5. Competência principal das secções de famílias e menores

De acordo com a alteração proposta para o artigo 3º, devem ser aditadas a este preceito, as seguintes alíneas:

m) Regular os convívios da criança com os irmãos e ascendentes;

n) Regular os convívios da criança com as pessoas com quem a criança tenha estabelecido uma relação de especial referência afectiva;

o) Fixar a indemnização a favor da criança pelos danos causados pelos conflitos familiares, em especial os conflitos parentais;

6. Competência territorial

6.1. Artigo 9º, nº 7

É sabido que a residência da criança (em Portugal ou no estrangeiro) constitui, hoje, um critério de atribuição de competência internacional e territorial (v.g. Regulamento Europeu nº 2201/2003, de 27 de Novembro).

Sugere-se, assim, que na previsão do tribunal competente para regular os casos em que a criança reside fora de Portugal, se salvaguardem expressamente aquelas regras e se adopte a mesma terminologia usada para o nº 8, deste preceito:

Assim:

Artigo 9º (...)

7- *Se no momento da instauração do processo a criança residir no estrangeiro e o tribunal português for internacionalmente competente, é competente para apreciar e decidir a causa o tribunal da residência do requerente ou do requerido.*

6.2. Artigo 9º, nº 9

Perante a redacção do artigo 11º, nº 6, sugere-se que este preceito passe a ter o seguinte teor:

Sem prejuízo, das regras de conexão e do que se dispõe em lei especial, são irrelevantes as modificações de facto que ocorram após a instauração do processo.

7. Competência por Conexão

7.1. Artigo 11º

Na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, a norma que lhe corresponde é a do artigo 81º, que regula a apensação dos processos, independentemente do estado em que se encontrem, atribuindo competência para conhecer de todos eles, ao juiz do processo instaurado em primeiro lugar.

O artigo 11º que agora se aprecia, nos números 1 e 2, recorre a uma terminologia ligeiramente diferente, podendo, continuar a suscitar-se dúvidas, sobre se a apensação ocorre em relação a um processo que já está findo.

Ponderada a discussão jurisprudencial acerca desta matéria e bem assim da expressão «sucessivamente» propõe-se a adopção no processo tutelar cível, de uma terminologia similar à do artigo 81º, nº 1, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e a alteração deste termo para *separadamente, no nº 2.*

7.2. Proposta

Pelos motivos expostos no número anterior, sugere-se a alteração do artigo 11º, como segue:

Artigo 11º

1 – Eliminado

2.- Se relativamente à mesma criança, forem instaurados separadamente, processo tutelar cível e processo de promoção e protecção, incluindo os processos perante a comissão de protecção de crianças e jovens, ou processo tutelar educativo, devem os mesmos correr por apenso, independentemente do respectivo estado, sendo competente para deles conhecer o juiz do processo instaurado em primeiro lugar.

8. Iniciativa processual

De acordo com o artigo 16º, salvo disposição expressa e sem prejuízo do disposto nos artigos 51º e 56º, a iniciativa processual cabe ao Ministério Público, aos pais e ao representante legal da criança.

Tanto significa que não havendo norma expressa ou não se tratando de processo especial de inibição do exercício do poder paternal (artigo 51º a 56º), como acontece no processo tutelar comum (artigo 67º), só o Ministério Público, os pais e o representante legal podem instaurar uma providência tutelar cível.

Ora, como já se disse, existem direitos das crianças que são assegurados através de um processo tutelar comum, como por exemplo os convívios da criança com os irmãos e os ascendentes e/ou com as pessoas com quem mantenha uma relação de especial referência afectiva. Nestes casos, parece-nos, que a estas pessoas assiste o direito de tomar a iniciativa processual.

Também a pessoa que detém a guarda de facto da criança poderá, em certas situações, impulsionar uma providência tutelar comum.

Por último, diga-se que a Directiva nº 34, do Conselho da Europa sobre uma justiça adaptada às crianças, recomenda que a legislação dos estados Membros facilite, quando necessário, o acesso ao tribunal, das crianças que tenham uma compreensão suficiente para compreender os seus direitos, reconhecendo-lhe o direito de recorrer ao tribunal, quando os seus direitos são violados.

No direito interno, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, no seu artigo 105º, nº2, confere às crianças com idade superior a 12 anos, a iniciativa de requerer a intervenção do tribunal, quando decorridos seis meses após o conhecimento da situação pela comissão não tenha sido proferida qualquer decisão.

Vale isto para justificar a pertinência da alteração ao artigo 16º, nº 1, de molde a possibilitar a iniciativa processual a iniciativa processual a outras pessoas, em especial, às crianças com idade superior a 12 anos.

9. Constituição de advogado

Ao artigo 17º, deve ser aditado o número 2, consagrando a nomeação de advogado à criança, sempre que haja conflito de interesses, similar à que já existe no artigo 103º, nº 2 da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, a saber:

É obrigatória a nomeação de advogado à criança, quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto, sejam conflitantes, e ainda quando a criança com maturidade adequada o solicitar ao tribunal.

10. Instrução

10.1. Decisão instrutória

Define no artigo 20º, que «tendo em vista a fundamentação da decisão instrutória» o juiz pratica os actos referidos nas diversas alíneas do nº1, do mesmo preceito.

Porém, temos alguma dificuldade em perceber em que consiste tal decisão instrutória e bem assim a que se destina, porquanto nenhuma referência lhe é feita nem no artigo 20º, nem no processo tutelar comum (artigo 67º), nem nos processos especiais, designadamente, o de responsabilidades parentais.

Seria, pois, conveniente, que o legislador esclarecesse se quis introduzir uma acção tutelar cível comum que comportasse a fase da instrução, da audição técnica ou mediação, e/ou julgamento, definindo de que forma se articulam entre si.

10.2. Documentação em auto das declarações

10.2.1. Na sequência da alteração proposta ao artigo 4º, al. a), a redacção do nº1, do artigo 20º, será a seguinte:

a) Toma depoimento às partes, aos familiares e outras pessoas cuja relevância para a causa reconheça, designadamente pessoas de especial referência afectiva para a criança, gravando-se as declarações orais e os demais actos presididos pelo juiz gravados, nos termos previstos no artigo 155º, do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.

10.2.2. Pedido de informações a entidades externas

Parece resultar da aliene d) do artigo 20º, que o juiz solicita informações a duas equipas: as multidisciplinares de assessoria técnica e as entidades externas.

Ora, ponderado o princípio da economia processual e aproveitamento de actos, afigura-se-nos que as informações aqui aludidas *devem ser solicitadas às equipas multidisciplinares de assessoria técnica ou, quando necessário e útil, a entidades externas, com as finalidades previstas nestes diploma.*

11. Audição Técnica Especializada

É de louvar a consagração expressa de uma das práticas que se vinha adoptando nos tribunais, em casos de conflitos parentais, lamentando-se, contudo, a falta de rigor e clareza com que se encontra definida, nos termos já anteriormente apontados.

Contudo, pela importância que reveste a obtenção de consenso, através de meios não jurisdicionalizados, sugere-se a regulamentação da denominada «Audição Técnica Especializada»,

aproveitando-se, para esse efeito, a Portaria nº 139/2013, de 2 de Abril, onde já se prevê um modelo de intervenção na família, nos casos de conflito parental e que visa a promoção e facilitação de um clima de consenso e responsabilidade, através de um trabalho psicopedagógico e social, conducentes a uma mínima intervenção judicial [artigo 8º, nº 4, al. b)].

12. Contraditório

Na sequência da alteração que propusemos ao artigo 4º, al. a), não se torna necessária a menção aos depoimentos orais referida no nº1, porquanto, sendo, gravados e regulados nos termos do artigo 155º, do Código de Processo Civil, fica prevista a forma de acesso daqueles actos às partes e bem assim o princípio do contraditório.

13. Decisões provisórias e cautelares

O princípio do contraditório constitui-se como um dos pilares do nosso ordenamento jurídico-processual, devendo, por regra, ser assegurado, ainda que a decisão tenha natureza provisória e cautelar.

Em conformidade, sugerimos, que se adite ao artigo 27º, mais duas normas, que constituirão os nºs 4 e 5, com o seguinte teor:

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

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

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

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

14. Audiência de discussão e julgamento

14.1. Declarações às partes

As alíneas a) a c) do nº 1, do artigo 28º, reproduzem as alíneas a, b) e d) do nº1 do artigo 158º da Organização Tutelar de Menores.

A prática judicial mostra, muitas vezes, as partes proferem declarações antes da denominada produção de prova, sem que sejam valoradas como meios de prova.

Com fundamento no princípio da economia processual, seria útil e pertinente que aquelas declarações fossem tomadas de molde a poder ser consideradas em audiência de julgamento.

14.2. Proposta

Sugere-se a alteração das alíneas a) e b) como segue:

Alínea a)

Estando presentes ou representadas as partes, o juiz procura conciliá-las, tomando declarações às partes que estiverem presentes.

Alínea b)

Se não conseguir a conciliação passa-se á produção de prova, que se inicia com a tomada de declarações às partes que estiverem presentes.

14.2. Adiamento da audiência de discussão e julgamento

Na Proposta de Lei, mantém-se o regime do adiamento da audiência previsto no nº 2 do artigo 158º da Organização Tutelar de Menores.

Porém, se considerarmos que o adiamento da audiência já está previsto no Código de Processo Civil e que tal regime não contraria os interesses da criança, pelo contrário, os beneficia, sugere-se

que o nº 5 do artigo 28º, do Regime Geral de Processo Tutelar Cível, passe a ter a seguinte redacção:

A audiência só pode ser adiada por falta das partes, seus advogados ou testemunhas, nos termos previstos para a lei processual civil.

15. Homologação do Acordo

Certamente por lapso, faz-se referência, no nº 4, do artigo 33º, aos «articulados da decisão», razão pela qual se deve eliminar aquela expressão.

16. Conferência

Na sequência das alterações propostas ao artigo 4º, al. c) e 5º, o nº 3, do artigo 34º, passaria a ter a seguinte redacção:

A criança com idade superior a 12 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 4º e no artigo 5º, salvo se defesa do seu superior interesse o desaconselhar.

17. Ausência dos pais

O artigo 35º, mantém, no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a convocação de algum dos pais ausente em parte incerta, prevista na primeira parte do artigo 176º, nº 1 da Organização Tutelar de Menores, tendo eliminando a forma especial a que obedecia aquela citação.

O legislador continua a não exigir a nomeação de defensor ao ausente, deixando, assim, clara a posição que assumiu, sobre a questão que vinha sendo discutida jurisprudencialmente e que consistia em saber, se nos casos de citação edital, se deveria nomear ou não defensor ao ausente, nos termos do artigo 21º do Código de Processo Civil.

18. Declarações dos pais em Conferência

O n° 3, do artigo 36 estabelece que as declarações proferidas pelas pessoas que estiverem presentes na Conferência designada ao abrigo do artigo 34°, «são exaradas em auto».

Pelos motivos que já assinalámos nos comentários ao artigo 4°, alínea a), julgamos que a documentação da Conferência e das declarações orais que aí forem prestadas, deve ser efectuada pela forma já sugerida no citado artigo 4°, alínea a).

19. Termos posteriores à fase da Audição Técnica Especializada e Mediação

O artigo 38° n° 5 contém um lapso de escrita, devendo ler-se 20° onde consta 209°.

20. Incumprimento

20. 1. Competência do Tribunal

Não havendo regra especial definidora de competência territorial para apreciar o incumprimento à regulação do exercício das responsabilidades parentais, tem-se entendido, por via do disposto no artigo 155°, n° 6, da Organização Tutelar de Menores, que, nestes casos, é competente para apreciar e decidir este incidente, o tribunal onde correu o processo principal.

Ora, bem pode acontecer, que, no momento de instauração do incumprimento, a criança já não resida na área territorial do tribunal onde foi proferida a decisão principal. Se, nada se estipular sobre este aspecto, e, mantendo-se a disposição do artigo 9°, n° 6 da Proposta e 11°, n°1, estar-se-á a afastar a regra geral de competência do tribunal baseada na residência que a criança tiver, no momento em que se inicia o processo.

20.2. Proposta

A previsão de uma norma idêntica à que se estabelece para alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, parece-nos uma das soluções para minorar os efeitos referidos em 19.1.

Sugere-se, assim, alteração ao nº 1, do artigo 40º como segue:

a) Se, relativamente á situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa, não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o Tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, o outro interessado, requerer ao tribunal que, no momento, for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até 20 unidades de conta e, verificando-se os respectivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do requerente ou de ambos.

b) Se o acordo tiver sido homologado pelo tribunal ou este tiver proferido a decisão, o requerimento é atuado por apenso ao processo onde se realizou o acordo ou foi proferida decisão, para o que será requisitado ao respectivo tribunal, se, segundo as regras da competência, for outro o tribunal competente para conhecer do incumprimento.

21. Alteração de Regime

O artigo 1907º do Código Civil define os casos em que o exercício das responsabilidades parentais pode ser confiado a terceira pessoa, não se descortinando motivos que justifiquem que esta pessoa não tenha legitimidade para requerer a alteração do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Por isso, o nº 1, do artigo 41º, deveria, a nosso ver e salvo melhor opinião, conferir legitimidade àquelas pessoas, para requerem a alteração que se regula neste preceito.

Propõe-se, assim, a seguinte redacção:

1 – Quando o acordo ou a decisão final não sejam cumpridos por ambos os pais ou terceira pessoa a quem foi confiada, ou quando circunstâncias supervenientes tornem necessário alterar o que estiver estabelecido, qualquer um dos pais, a terceira pessoa, quem tenha a guarda de facto ou o

Ministério Público, podem requerer ao tribunal, que no momento for territorialmente competente, nova regulação do exercício das responsabilidades parentais.

22. Meios de tornar efectiva a prestação de alimentos

22.1. Inserção sistemática

A inserção sistemática do artigo 47º da Proposta de Lei na Secção II, pode sugerir uma interpretação restritiva, no sentido de restringir a aplicação deste meio processual apenas aos casos de alimentos fixados nos termos do artigo 44º e seguintes e não aos demais, como por exemplo, a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Para obviar a este entendimento jurisprudencial, seguindo, aliás, o que consideramos ser jurisprudência e doutrina maioritária, *propomos que os meios de tornar efectiva a prestação de alimentos constitua a Secção III, do Capítulo III.*

22.2. Audição do requerido

Na regulamentação proposta para este tipo de processo de natureza pré-executiva, continua a não se clarificar, quais os termos processuais que deve seguir, depois de deduzidas as quantias referidas no número 1 e 2 do artigo 47º.

Seria, pois, conveniente, que o legislador tomasse posição em relação a esta questão, designadamente, no que toca à observância do princípio do contraditório, não só na vertente, da forma de notificação ou citação para o incidente, mas também, na indicação dos fundamentos que podem servir de base a uma eventual oposição ou recurso.

De igual modo, seria de clarificar, qual o destino do processo, quando os alimentos não se conseguem cobrar coercivamente, por um dos meios previstos nas diversas alíneas do nº 1, do artigo em apreciação e bem assim, quais os actos e em que medida se podem aproveitar, quando no decurso do processo se conhecem outros bens, direitos ou expectativas penhoráveis não incluídos no citado preceito.

Eventualmente, poder-se-ia questionar a possibilidade do prosseguimento dos autos, com as necessárias, adaptações o regime processual da execução por alimentos previsto no artigo 933º e seguintes, do Código do Processo Civil.

Por último, seria pertinente, introduzir normas clarificadoras de articulação deste meio processual, não só com o Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores, implementado pela Lei nº 75/98 de 19 de Novembro e regulamentado pelo Decreto-Lei nº 164/99 de 13 de Maio, como também com os instrumentos internacionais que regulam a fixação de cobrança de alimentos no estrangeiro, tomando posição sobre as diversas questões que, a este título, se colocam.

23. Inibição e limitações ao exercício das responsabilidades parentais

23.1. A Designação réu

No artigo 53º, optou-se, por designar o sujeito passivo da relação processual como réu, não se adequando à que consta ao longo de todo o diploma, ou seja, requerido.

Não havendo motivos para esta diferenciação, propomos a substituição da denominação «réu» por requerido.

23.2. A sentença

O artigo 55º, mantendo o teor literal do artigo 198º da Organização Tutelar de Menores, determina que na sentença, deve o tribunal, segundo o seu prudente arbítrio e tomando em consideração todas as circunstâncias, fixar os limites de inibição e os alimentos devidos à criança.

Omitiu, assim, o legislador a tomada de posição em relação a algumas questões que, a este propósito se colocavam, como por exemplo, saber a inibição total implica a proibição de estabelecido um regime de convívios a favor do inibido do exercício das responsabilidades parentais.

23.3. Instauração de Tutela ou outra providência tutelar cível adequada

Julgada procedente a inibição, mantém o nº 2 do artigo 55º, a exigência de instauração de tutela.

Contudo, seria de ponderar, em obediência ao princípio da simplicidade processual defendido pelo legislador, de, no próprio processo de inibição ou por apenso, sempre que os autos contenham elementos necessários e suficientes para esse efeito, possibilitar a instituição de tutela ou de outra providência tutelar cível.

24. Acção Tutelar Comum

Sempre que a qualquer providência cível não corresponda nenhuma das formas de processo previstas nas secções anteriores da Proposta de Lei, aplica-se o processo tutelar comum, podendo o tribunal ordenar as diligências que repute necessárias antes de proferir a decisão final.

Se considerarmos que, nos tempos de hoje, as providências tutelares cíveis para as quais não se prevê, em termos legais, qualquer tramitação específica, podem assumir um complexidade processual que não se compadece com a simplicidade dos trâmites da acção tutelar comum, teria sido preferível, a nosso ver e salvo melhor opinião, a regulação do regime do processo tutelar comum, que poderia ser composta por várias, fases, possibilitando-se o suprimento de algumas delas, sempre que se revelasse inútil à finalidade da providência.

Por outro lado, as decisões proferidas em processo tutelar comum podem não ser cumpridas ou alteradas, em termos semelhantes ao que acontece com o acordo ou as decisões sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Seria, assim, conveniente, que se introduzisse preceitos, com os artigos 40º e 41º, definindo-se o regime do incumprimento e da alteração da decisão.

C. SÍNTESE CONCLUSIVA

A proposta do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, muito embora manifeste, na Exposição de Motivos, desígnios que são de louvar, como a simplicidade do processo, a consensualização e a audição da criança, bem como a redefinição da assessoria técnica ao tribunal, não consegue, a nosso ver e salvo melhor opinião, concretizar com rigor e clareza os propósitos que se propõe atingir com a aprovação deste diploma.

Por outro lado, não procedeu à alteração do modelo de intervenção nos processos tutelares cíveis, nos exactos termos em que é exigido pela Convenção Europeia dos Exercício dos Direitos da Criança, ficando, por definir, por exemplo, qual a posição processual que cabe à criança, neste tipo de processos, adequando-o às Directrizes do Conselho da Europa Sobre uma Justiça Adaptada às Crianças.

Lisboa, 25 de Junho de 2015

Alcina da Costa Ribeiro

Juiz de Direito