

**Tribunal da Relação do Porto**  
**Processo nº 21/05.7TBVLP-A.P1**

**Relator:** VIEIRA E CUNHA

**Sessão:** 14 Janeiro 2014

**Número:** RP2014011421/05.TTBVLP-A.P1

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** APELAÇÃO

**Decisão:** REVOGADA EM PARTE

## REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

### INTERESSE DO MENOR

### CONVÍVIO DA CRIANÇA COM O PROGENITOR SEM A SUA GUARDA

### NEGAÇÃO DO DIREITO AO CONVÍVIO

## Sumário

I - Nos processos de regulação das responsabilidades parentais, enquanto processos de jurisdição voluntária, a concretização do interesse do menor sobrepõe-se à obediência ao iter formal do processo, extraída do princípio dispositivo.

II - Decorre da lei, de regulamentos da União Europeia e de convenções internacionais vinculantes do Estado Português que o decurso do convívio da criança com o progenitor não guardião também não dispensa a audição prévia da criança.

III - Não pode porém o progenitor que tem a guarda facilmente se refugiar em impressões momentâneas da criança, ou, ao menos, não estruturadas, para nada fazer e, até na prática, vir a impedir o convívio com o progenitor não guardião.

IV - Como na vida e em todo o ordenamento jurídico, também no direito das crianças e jovens não existem absolutos, realidades rígidas ou intocáveis, cumprindo ao tribunal, na auscultação da vontade da criança ou do jovem, distinguir o verdadeiro do falso, a opinião do facto, quer naquilo que a criança ou o jovem se contam a si próprios, quer por via daquilo que os outros lhes dizem.

V - A negação ou supressão do direito ao convívio com o progenitor sem a guarda dos filhos apenas poderá justificar-se - e como última ratio - no quadro de um conflito extremo entre o interesse da criança e o direito referido.

## **Texto Integral**

● Rec. 21/05.7TBVLP-A.P1. Relator - Vieira e Cunha. Adjuntos - Des. Maria Eiró e Des. Proença Costa. Decisão de 1ª Instância de 6/8/2013.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

### **Súmula do Processo**

Recurso de apelação interposto na acção com processo especial incidental de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais nº21/05.7TBVLP-A, da Comarca de Valpaços.

Requerente - B....

Requerido - C....

Menor - D... (n. 12/8/99).

Recorrido - Digno Procurador da República.

### **Pedido**

Que seja executado coercivamente o direito a férias da progenitora a passar com o menor o período de 30 dias, com entrega do menor em 2/8/2013.

Que o Requerido seja condenado em multa até € 249,90 e indemnização, no valor de € 1.000, a favor do menor e da progenitora (esta para compensação de despesas de deslocação em vão).

Que o Requerido seja condenado em sanção pecuniária compulsória, prevista no artº 829º-A CCiv, no montante de € 50,00, por cada dia de atraso na entrega do menor.

### **Tese da Requerente**

O menor, filho de Requerente e Requerido, viram reguladas as responsabilidades parentais por decisão judicial de 25/10/2010, através da qual o menor ficou confiado à guarda e cuidados do pai, o aqui Requerido. Foi fixado um “regime de visitas” à mãe, aqui Requerente.

Designadamente, ficou determinado que “nas férias escolares de Verão, a mãe passará com o D... 30 dias do respectivo período, devendo cada um dos pais avisar o outro até ao dia 30 de Abril de cada ano do período em que pretendem gozar as férias com o filho; se os períodos de férias dos pais forem coincidentes, o D... passará com cada um deles 15 dias de férias”.

O Requerido sempre dificultou o cumprimento do direito de visitas, nas férias de 2011 e de 2012.

Em 2013, foi acordado que o menor passaria o período de 14/6/2013 a 12/7/2013 com sua mãe; todavia, em 13/6, o menor comunicou à mãe um adiamento para a semana seguinte; no dia 20/6, tendo a Requerente efectuado a viagem de Andorra a Portugal, o menor transmitiu por mensagem à mãe que o pai não o deixava ir e para a mesma não ir falar com ele. A Requerente foi forçada a regressar a Andorra sem o filho.

Em Conferência de Pais, foi ouvido em declarações o menor, que as prestou, do seguinte teor, constante da acta de conferência de pais:

“Que não foi o seu progenitor que inviabilizou as visitas junto da sua mãe, não o tendo impedido nem o influenciado. As mesmas apenas não foram concretizadas de acordo com o estabelecido uma vez que o mesmo realizou provas para ingressar na escola de música de ..., as quais tiveram lugar no dia 9 de Julho de 2013, tendo havido necessidade de se preparar para o efeito. Os resultados ainda não são conhecidos. O menor declarou que não é possível ir de férias com a sua mãe desde o dia 2 de Agosto de 2013 até 31 de Agosto de 2013 uma vez que fazendo parte da banda de música de ... tem várias festas onde vai participar com a mesma, nomeadamente em ... no dia 3 de Agosto de 2013, o que para si é muito importante por ter necessidade de se preparar para o ano lectivo de 2013/2014 caso ingresse na escola de música. Declarou o menor que para si é muito importante participar nas festas com a Banda por estar em causa o seu futuro como estudante na escola de música e que apenas por esse motivo não pode ir de férias com a sua mãe no período referido.”

A Digna Procuradora Adjunta pronunciou-se no sentido do indeferimento do requerido, face a não ser detectável qualquer situação de incumprimento.

#### Sentença Recorrida

Foi proferida, a final, a sentença de que se recorre, na qual o pedido foi julgado, na íntegra, improcedente.

#### Conclusões do Recurso de Apelação da Requerente:

A.- A Recorrente intentou o presente incidente de incumprimento do regime de visitas, tendo requerido, além do mais, a “convocação dos Progenitores para uma Conferência de Pais, com audição da Criança e na presença de um Psicólogo nomeado pelo Tribunal (de preferência aquele que já teve intervenção nos autos de regulação do Poder Paternal).

B.- No entanto o Tribunal a quo entendeu que «Não se mostra necessário

proceder a quaisquer outras diligências nem assegurar o contraditório em relação á posição da Digna magistrada do Ministério Público por manifesta desnecessidade (artº 3º, nº 3, do Código de Processo Civil).

C.- Se o menor fosse ouvido na presença de um Psicólogo nomeado pelo Tribunal (de preferência aquele que já teve intervenção nos autos de Regulação do Poder Paternal), teria manifestado a sua real vontade, tal como aconteceu em situações anteriores.

D.- Necessariamente que o menor estando a viver com o Pai, vinha preparado pelo mesmo, pelo que, ser ouvido na sala de audiências, com o formalismo inerente, sem a presença do Psicólogo que lhe transmitiria confiança para exprimir a sua real vontade, o D... sentiu-se inseguro.

E.- Resulta devidamente provado nos autos que: Por Doutra Sentença proferida em 25.10.2010 nos autos de Regulação do Poder Paternal, já transitada em julgado, foi decidido que:

I) - «O D... fica confiado á guarda e cuidados do pai, que exercerá o poder paternal»; e

IX) - «Nas férias escolares de Verão, a mãe passará com o D... 30 dias do respectivo período, devendo cada um dos pais avisar o outro até ao dia 30 de Abril de cada ano do período em que pretendem gozar as férias com o filho; se os períodos de férias dos pais forem coincidentes, o D... passará com cada um deles 15 dias de férias».

F.- Logo de seguida, por requerimento de 08.11.2010, o Recorrido/Pai veio apresentar requerimento junto aos autos a fls. 276, que foi considerado pelo Ministério Público como «manifestação do progenitor no sentido de que não irá colaborar com o regime de visitas fixado».

G.- Aliás, é relevante todo o comportamento desenvolvido pelo progenitor e plasmado no Relatório elaborado pelos Serviços Sociais Internacionais em Andorra, com data de 05.03.2010 e junto aos autos a fls 197 e ss, nomeadamente que: «Esta supervisão das visitas é realizada pela Sra E..., Assistente Social, a qual expõe que a Progenitora mostrou-se muito motivada por levar a cabo estes contactos assim como o menor D.... As mesmas foram levadas a cabo com normalidade, demonstrando afecto mútuo e mediante uma progressiva comunicação sincera entre ambos. É de salientar vários impedimentos que o progenitor demonstrou no respeitante às visitas, aspecto que denota o seu desacordo sobre esta decisão adotada pela barra de Andorra».

H.- Quanto ao presente incidente, pela audição do menor resulta de forma clara provada toda a matéria de facto alegada quanto ao incumprimento de direito de visitas, pois o D... confirmou a marcação do período de férias, o adiamento para a semana seguinte, a vinda da mãe e a recusa.

I.- Bem como deixou bem claro que o Recorrido teve conhecimento de todos estes factos, nomeadamente da vinda da Mãe de Andorra a Portugal e não a avisou, nem mandou o D... avisar a mãe, violando de forma grosseira todas as regras e demonstrando indiferença e falta de respeito e consideração devidos a esta.

J.- O incumprimento por parte do Progenitor foi serio, definitivo e culposo, pois o mesmo mostrou intenções de não entregar o D... á Mãe e não apresentou um motivo qualquer, apenas mostrou a sua autoridade ao Filho.

L.- Por outro lado, a posição de vontade manifestada pelo menor, não corresponde à vontade real e íntima do D..., antes foi preparada pelo Recorrido, disto a Recorrente não tem dúvidas.

M.- Veja-se, o depoimento do D... foi inconsistente e por vezes chorou, deixando escapar o seu sofrimento provocado pelo terror da situação de obedecer ao Pai e não poder usufruir do Amor e Carinho da Mãe.

N - Neste âmbito atendemos ás declarações do D... prestadas em 25.07.2013 **desde as 14:58:24 às 15:18:37** e ás declarações do D... prestadas em 25.07.2013 **desde as 15:20:30 às 15:32:26** a instâncias da Patrona da Recorrente:

O.- De salientar que ao longo do depoimento do D... verificam-se muitas pausas e praticamente é sempre a Meritíssima Juíza quem fala, respondendo o D... com curtas palavras e quando foi pressionado pelo Ministério Público para decidir entre a mãe e a festas, o D... chorou, sendo que daqui concluímos que a vontade real do D... era ir de férias com a Mãe.

P.- Tendo em conta as declarações prestadas pelo Menor, nomeadamente as transcritas nos itens 32 e 33 o Tribunal a Quo deveria ter decidido que a vontade real do D... era passar férias com a Mãe, mas que não podia mostrar essa vontade abertamente. Caso contrário, não hesitava, não chorava, nem soluçava. Mas mostrar-se-ia firme e seguro.

Q.- Por outro lado: tendo em conta os factos dados como provados na Doutra Sentença recorrida nos itens 4.1.1.1. a 4.1.1.9., o sentido da decisão do tribunal a quo deveria ser de incumprimento do direito de visitas por parte do Recorrido.

R.- Ainda que fosse verdade o facto dado como provado no item 4.1.1.10., o mesmo não poderia ser considerado como válido e justificativo para o Incumprimento: o D... já havia realizado os exames, apenas esperava resultados.

S.- O Doutra Tribunal a quo decidiu indeferir o requerimento de incumprimento, essencialmente, com base no seguinte: «De facto, é o próprio menor quem manifesta vontade no sentido de não passar as férias com a sua mãe, não porque não gosta da mesma (acredita-se que goste e muito) mas por

força da sua participação na banda de ... e pelo facto ter necessidade de ser preparar para o ano lectivo de 2013/2014, caso ingresse na escola de música de ...».

T.- Este facto, não pode justificar, não pode ser um impedimento para durante o período de férias de 3 (três) meses (de 14 de Junho a 16 de Setembro) o menor não passar um mês com a sua Mãe.

U.- Conforme se referiu os exames já estavam efetuados, era só aguardar os resultados e caso ingressasse na escola de música de ... frequentaria o ano letivo normalmente, não se justificando passar as férias a tocar na Banda de ... em festas.

V.- Esta facto de tocar na banda não se pode sobrepor ao superior interesse do Menor que é estar com a sua Mãe e com o Irmão e com os mesmos desenvolver laços de afetividade essenciais ao seu desenvolvimento harmonioso.

X.- O D... não demonstrou ao Tribunal que não quer estar com a Mãe, ou que as visitas com a mesma o perturbam, ou que não se estabeleceram laços de afetividade, nada disso.

Z.- Se assim aconteceu este ano e o Tribunal considera que não há incumprimento, então nos próximos anos e até o D... atingir a maioridade vai acontecer da mesma forma, bem como se pode repetir nas festividade de Natal e Páscoa, e, conseqüentemente a Recorrente não vai poder ter o menor consigo.

AA.- Foram violadas as disposições legais seguintes:

- artigo 36º, nºs 5 e 6 a Constituição da República Portuguesa;
- artigos 1905º , 1906º e 1978º do Código Civil;
- artigo 181º da OTM

Nestes termos, deve a Sentença recorrida ser revogada e substituída por outra que, de harmonia com o primordial interesse do D... de estabelecer laços de afetividade com a Mãe, julgue provado e procedente o presente incidente de incumprimento das responsabilidades parentais por parte do Recorrido, e, conseqüentemente condene o Recorrido em multa até Eur. 249,90 (duzentos e quarenta e nove euros e noventa cêntimos) e indemnização no valor de Eur. 1.000,00 (mil euros), a favor do Menor e da Progenitora (a esta para compensar as despesas de deslocação em vão).

Em contra-alegações, o Digno Agente do Ministério Público, sustenta a confirmação da sentença recorrida.

## Factos Provados

**1.** O incidente de incumprimento das responsabilidades parentais iniciou-se

em 11 de Junho de 2013.

**2.** Por sentença proferida em 25.10.2010 nos autos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, transitada em julgado, foi decidido que:

“I) - O D... fica confiado á guarda e cuidados do pai, que exercerá o poder paternal»;

IX) - Nas férias escolares de Verão, a mãe passará com o D... 30 dias do respectivo período, devendo cada um dos pais avisar o outro até ao dia 30 de Abril de cada ano do período em que pretendem gozar as férias com o filho; se os períodos de férias dos pais forem coincidentes, o D... passará com cada um deles 15 dias de férias”.

**3.** O requerido apresentou um requerimento nos autos principais, datado de 08.11.2010, a fls. 276 (cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais), que o Ministério Público, na promoção datada de 30.11.2010, a fls. 295, entendeu ser “uma manifestação de vontade do progenitor no sentido de que não irá colaborar com o regime de visitas fixado”.

**4.** No relatório elaborado pelos Serviços Sociais Internacionais em Andorra, com data de 05.03.2010, a fls. 197 e ss. dos autos principais, lê-se que “Esta supervisão das visitas é realizada pela Sra E..., Assistente Social, a qual expõe que a Progenitora mostrou-se muito motivada por levar a cabo estes contactos assim como o menor D.... As mesmas foram levadas a cabo com normalidade, demonstrando afecto mútuo e mediante uma progressiva comunicação sincera entre ambos. É de salientar vários impedimentos que o progenitor demonstrou no respeitante às visitas, aspecto que denota o seu desacordo sobre esta decisão adotada pela barra de Andorra” (cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais).

**5.** A requerente e o requerido acordaram que o menor D... passaria com aquela o período de 14.06.2013 até 12.07.2013, o que foi transmitido ao menor.

**6.** O menor D... não passou com a requerente o período mencionado em 5., combinando que as férias ficariam adiadas para a semana seguinte.

**7.** A requerente, no dia 20 de Junho de 2013, inicia a sua viagem desde Andorra até Valpaços, onde chega no final da manhã, tendo comunicado ao menor D... que o iria buscar a sua casa cerca das 14h00m, ao que o mesmo respondeu para o ir buscar mais tarde.

**8.** Na sequência do descrito em 4.1.1.7., o menor transmitiu à mãe que não iria com ela de férias.

**9.** A requerente regressou a Andorra sem o menor D....

**10.** O menor D... manifestou, nas suas declarações, estar impossibilitado de passar com a requerente as férias de Verão de 2013 atenta a sua participação

na banda de ... e pelo facto ter necessidade de ser preparar para o ano lectivo de 2013/2014 caso ingresse na escola de música de ....

Factos não provados

1. O requerido, desde a data da prolação da sentença mencionada em 1. (factos provados) não tem colaborado com o regime de visitas de fim-de-semana.
2. Na sequência do descrito em 5., no dia 13 de Junho de 2013, o menor D... transmitiu à requerente que o requerido não o deixava ir naquele fim-de-semana.
3. Em consequência do descrito em 7., a requerente deslocou-se à residência do menor e este não se encontrava lá, mas sim com o requerido no local de trabalho deste, ou seja, um restaurante em Valpaços.
4. O menor D... transmitiu por mensagem à requerente que o requerido não o deixava ir e para a mesma não ir falar com ele.
5. O menor transmitiu à requerente que o requerido não lhe comunica o período de férias a passar com a mesma.

## **Fundamentos**

A questão colocada pelo presente recurso resume-se a conhecer do bem fundado da dita sentença recorrida, quando isentou de responsabilidade o Requerido pai no incumprimento do convívio do menor com a Requerente sua mãe, para o efeito levando em conta sobre o mais a opinião expressa pelo menor.

Vejamos pois.

### **I**

Em primeiro lugar, e por mero ordenamento da presente fundamentação, temos de assinalar que nos autos se não encontra em causa a impugnação da decisão relativa à matéria de facto.

Para que assim acontecesse, haveriam os Recorrentes de ter procedido nos termos do disposto no **artº 685º-B nº1** CPCiv, indicando os pontos de facto que considerassem incorrectamente julgados, acrescidos dos meios de prova que impusessem decisão diversa.

A Recorrente alude, é facto, ao depoimento do menor D... (então com 13 anos de idade, embora prestes a completar 14 anos), mas apenas como elemento corroborante e co-adjuvante da respectiva conclusão de que, dos próprios factos provados, se pode extrair a conclusão de que foi o Requerido que inviabilizou o direito ao convívio, do menor com sua mãe.

Ater-nos-emos assim à factualidade provada e não provada no processo.

De outro ponto de vista, porém, entendemos conveniente para a decisão a

audição das declarações do menor, registadas em suporte áudio, prestadas na Conferência de Pais realizada no processo - estamos habilitados a tal por força da investigação livre dos factos, cometida ao tribunal, com a prevalência dada ao princípio inquisitório sobre o princípio dispositivo (cf. **Ac.R.E. 27/2/97** Bol.464/639, relatado pelo Cons<sup>o</sup> Mário Pereira), e, na mesma linha de raciocínio, por via de não nos encontrarmos sujeitos a critérios de legalidade estrita - **art<sup>os</sup> 1409<sup>o</sup> n<sup>o</sup>2 e 1410<sup>o</sup>** CPCiv.

O interesse do menor sobrepõe-se, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, à obediência ao iter formal do processo.

## **II**

É entendimento pacífico na doutrina, decorrente da lei, de regulamentos da União Europeia e de convenções internacionais vinculantes do Estado Português que nos casos em que haja necessidade de regular o exercício de responsabilidades parentais se impõe a audição prévia da criança - cf., nesse apontado sentido, **art<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> al.i**) LPPCJP ex vi **art<sup>o</sup> 147<sup>o</sup>-A** OTM (na redacção da Lei n<sup>o</sup> 133/99 de 29 de Agosto), **art<sup>o</sup> 24<sup>o</sup> n<sup>o</sup>2** da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (aprovada em protocolo anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, tal como resultou do Tratado de Lisboa, e com idêntica força vinculante no espaço da União) e **art<sup>o</sup> 12<sup>o</sup> n<sup>o</sup>2** da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas.

Da conjugação dos preceitos citados, ressalta que os tribunais devem ouvir a criança, tendo em conta a sua idade e grau de maturidade.

De salientar é igualmente o Regulamento (CE) n<sup>o</sup> 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro, também conhecido por Regulamento Bruxelas II-bis, hoje em vigor, relativo à competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, quando alude nos considerandos e no corpo de normas a que a criança deva ser ouvida no processo cujo reconhecimento se almeja, excepto se for considerada inadequada uma audição, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade (cf. **art<sup>o</sup> 41<sup>o</sup> n<sup>os</sup> 1 e 2 al.c**) Regulamento Bruxelas II-bis).

Vasta jurisprudência se tem pronunciado também quanto à necessidade de audição dos menores nos processos relativos a responsabilidades parentais, estabelecendo que tal audição se consagra como a forma mais lúdima de auscultar o “superior interesse da criança” (cf., a título exemplificativo, **Ac.R.L. 5/7/00** Col.IV/79, relatado pelo Desemb. Freitas Carvalho, **Ac.R.E. 14/4/2011** Col.II/266, relatado pelo Desemb. Eduardo Tenazinha, **Ac.R.L. 17/11/2011**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), p<sup>o</sup> 3473/05.1TBSXL-D.L1-8, relatado pela Desemb. Carla Mendes, **Ac.R.L. 4/10/07**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), p<sup>o</sup> 5221/2007-8, relatado pelo Desemb. Bruto da Costa, ou **Ac.R.L. 14/4/05**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), p<sup>o</sup> 1634/2005-6, relatado pelo Desemb. Manuel Gonçalves).

A citada jurisprudência é particularmente segura acerca da necessária audição dos menores com, pelo menos, 10 anos de idade.

Em vigor para o processo tutelar cível está também o disposto no **artº 10º nº2** LPPCJP, também por remissão do **artº 147º-A** OTM, norma essa que, quanto à intervenção para promoção de direitos de jovens em perigo, estipula que “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”. É esse também o critério seguido pela Lei em matéria de adopção - **artºs 1981º nº1 al.a) e 1984º al.a)** CCiv.

De todo o modo, como se exprime o Sr. **Consº Salazar Casanova**, em artigo publicado na revista Scientia Jurídica, 306º, pgs. 205ss. (O Regulamento CE nº 2201/2003 do Conselho e o Princípio da Audição da Criança), a pgs. 228, nota 31, a audição do menor não tem que obrigatoriamente ser efectuada pelo tribunal, “podendo ser suficientes elementos que venham ao conhecimento do tribunal por via de relatório ou informações prestadas por aqueles que contactaram com a criança”.

Como se evidencia, a afirmação de princípios é sempre matizada pela exegese da concreta situação que se depara ao aplicador do direito.

### **III**

A par do direito de audição do menor, o progenitor e o menor gozam do direito ao convívio.

Nos termos do **artº 14º nº1** da Convenção sobre os Direitos da Criança, “os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental”.

Tal direito extrai-se do disposto, em direito nacional, no actual **artº 1906º nº7** CCiv e do **artº 180º nº2** OTM - o primeiro enfatizando o interesse do menor em manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, devendo o tribunal favorecer amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles; o segundo, regulando o regime de visitas ao progenitor que não tem a guarda, mas salvaguardando a hipótese (“excepcional”) de que “o interesse do menor o desaconselhe”.

Verifica-se assim, dos normativos citados de normas nacionais e das convenções que obrigam o Estado que o interesse da criança sobrevaloriza o interesse do progenitor visitante em se realizar na sua parentalidade (neste sentido, **Drs. Helena Bolieiro e Paulo Guerra**, A Criança e a Família, 2009, pg. 190).

Em complemento da observação supra, afirma a jurisprudência que o direito de convívio ou “visitas” não é um direito absoluto, designadamente nos casos em que os menores verbalizam não desejar a companhia do progenitor – **Ac.R.L. 19/5/09**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pº 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, relatado pelo Desemb. Arnaldo Silva, e **Ac.R.L. 14/9/2010**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pº 1169/08.1TBCSC-A.L1-1, relatado pelo Desemb. Pedro Brighton.

É de salientar, porém, que, pelo menos no caso do primeiro acórdão, as menores, de 10 e 8 anos de idade, vivenciavam uma rejeição total da figura masculina, ou até da simples “masculinidade”, relacionada com a confrontação ao longo dos anos com possíveis abusos sexuais por parte do progenitor, traduzida em diversos exames médicos e avaliações psicológicas, desde a sua mais tenra idade.

Já porém em ponderação concreta da possibilidade de denegação do direito de convívio, o **Ac.R.P. 13/7/06**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pº 0633817, relatado pelo Desemb. Fernando Baptista, afirma que “a negação ou supressão do direito de visita do progenitor sem a guarda dos filhos apenas poderá justificar-se - e como última ratio - no quadro de um conflito extremo entre o interesse da criança e o direito do progenitor”. O acórdão reafirma a letra da OTM, que, no seu **artº 180º nº2**, explicita a necessidade de se fixar em sentença um regime de visitas, a não ser que excepcionalmente o interesse da criança o desaconselhe. Da mesma forma, o **artº 36º nº6** CRP prevê que os filhos não podem ser separados dos pais, podendo estes tê-los consigo quer em termos de guarda, quer em termos de direito de convívio, salvo quando os pais não cumpram os seus deveres fundamentais para com os filhos e sempre mediante sentença judicial.

Também o **Ac.R.P. 18/5/06**, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pº 0632170, relatado pela Desembª Ana Paula Lobo, se expressou significativamente nestes termos “o direito da mãe conviver com o seu filho é igual ao do pai conviver com o seu filho e, verdadeiramente, só são relevantes se resultarem do direito que o menor tem de conviver com ambos, porque terão sempre, em todas as situações, que estar subordinados aos direitos e interesses dos menores, como se define no artº 1878º do Código Civil; por essa razão, o incumprimento repetido da regulação do poder paternal terá, se for necessário, que conduzir à alteração da guarda do menor; o menor não é propriedade privada da sua mãe e ela, se assim o entende, representa um enorme perigo para o desenvolvimento harmonioso da criança, que o Tribunal não pode continuar a ignorar; a mãe, só porque é mãe, não é necessariamente uma boa mãe”.

Na obra já citada, os **Drs. Helena Bolieiro e Paulo Guerra**, a pgs. 200ss., dão nota de ter sido suscitada junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a necessidade da adoção, pelas instâncias judiciais portuguesas, de

mecanismos de prevenção dos incidentes de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais, por forma a evitar que sejam introduzidas mais queixas desse teor naquele tribunal e ainda de forma a que se cumpram Recomendações já adoptadas, relativamente a Portugal, pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa.

No **Ac. TEDH de 22/11/05** (disponível, segundo os distintos Autores que citamos, em [http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/reigado\\_ramos.pdf](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/reigado_ramos.pdf)), concluiu-se que “as autoridades portuguesas omitiram o desenvolvimento de esforços adequados e suficientes para fazer respeitar os direitos de visita do requerente, desconhecendo assim o seu direito ao respeito da vida familiar garantido pelo artº 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Censura o Tribunal Europeu, na sua jurisprudência, que se deixe consolidar uma situação de facto que despreza seriamente uma decisão judicial que determinou o “direito ao convívio”.

O Comité de Ministros do Conselho da Europa, por recomendação de 19/1/00, solicitou também às autoridades portuguesas que informassem se existe um arsenal jurídico capaz de assegurar o respeito pelo cumprimento das obrigações decorrentes do **artº 8º** da Convenção, no sentido da efectivação prática do direito de visita por parte do progenitor não guardião relativamente à filha menor de idade.

No seguimento destas tomadas de posição, o Conselho Superior da Magistratura de Portugal emitiu circular de que deu conhecimento a todos os magistrados judiciais, do seguinte teor:

“Confrontado com a existência de queixas contra o Estado Português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, atinentes aos incidentes de incumprimento das responsabilidades parentais (nomeadamente na efectivação do direito ao convívio com o filho menor, vulgarmente intitulado de “direito de visita”, que assiste ao progenitor não exercente das mesmas), considerando, por outro lado, que boa parte das mesmas poderia ser evitada, o que traria vantagens de diversa ordem, entende o CSM, sem de qualquer modo pôr em causa a independência e a liberdade de julgamento dos juízes portugueses, ser oportuno alertar para a existência de um arsenal de mecanismos preventivos e dissuasores da eclosão de tais incumprimentos, designadamente medidas de execução directa e indirecta.”

Acresce finalmente que, no seguimento da Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro que, entre outros, reviu o Código Civil, foi alterado o preceito incriminador do **artº 249º nº1 al.c)** CPen, de acordo com o qual “quem, de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento é punido

com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias”.

E mais, muito significativamente a norma punitiva acrescenta no inciso **nº2**: “Nos casos previstos na alínea c) do nº1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos”.

#### **IV**

A existência de direitos absolutos não é conforme com a realidade da vida, muito menos com a discussão que subjaz ao ordenamento jurídico e à própria lei.

A aplicação do direito do direito das crianças exige uma redobrada dose de bom senso, espírito conciliador e pacificação das ideias rígidas ou extremas, que bastas vezes povoam o espírito dos humanos e ainda mais dos cidadãos e pais desavindos.

Há que fazer apelo ao princípio da proporcionalidade, aplicado como critério de concordância prática para a resolução de conflitos de direito.

Como reconhece a douta sentença recorrida, existe prova nos autos que o menor D... gosta de sua mãe rectius, acrescentamos nós, de conviver com sua mãe; assim o fez, nos anos de 2011 e de 2012, nas férias de Verão; assim o declarou perante o tribunal.

Já em princípios do ano de 2010, o relatório social de Andorra recomendava os contactos entre o menor e a progenitora (“aspecto essencial para o adequado desenvolvimento psico-emocional do menor”) e assinalava os pequenos impedimentos e desculpas postos pelo ora Requerido para impedir o convívio do menor com a mãe, nas datas combinadas.

A Requerente, já nesses anos, mostrava apego ao convívio com seu filho, embora a grande dramatização que pusesse na ausência desse convívio (cujas causas certamente se não deviam apenas ao comportamento do ora Requerido, mas também às próprias condições de vida que se vieram a seguir no passadio da Requerente – a sua nova família, o anunciado regresso a Portugal do menor) igualmente não ajudassem a uma solução serena, apta à estabilidade emocional do menor D....

Neste contexto dubitativo, de pequenos incómodos e pequenas arrelias, deslocações para Andorra, onde o menor se inseriria, de forma temporária, noutra agregado familiar (não falamos de abusos, de que não existe notícia, caso em que o convívio estaria naturalmente vedado), há que afirmar o princípio de que se não protege a segurança da relação entre o progenitor que detém a guarda e seu filho privando a criança do convívio com o outro progenitor.

“Trata-se ao invés da promessa de uma enorme insegurança futura, pois representa a anulação de uma parte da criança, pela qual lhe é transmitido

implicitamente que o outro pai é alguém desvalorizado e falível” (**Françoise Dolto**, Quando os Pais se Separam, Ed. Notícias, pg. 45).

Por outro lado, uma situação de pais separados, por mais difícil de gerir, sobretudo pela existência de horários de visitas, apela aos pais para a existência de ainda mais bom senso do que aquele que possa existir numa situação em que se encontrem juntos.

“O objectivo fundamental da educação é o de ajudar a criança a distinguir o verdadeiro do falso, a opinião do facto, quer naquilo que ela se conta a si própria, quer naquilo que os outros lhe dizem”, sendo certo que a percepção impregnada de emoções, por parte das crianças, é sempre apta a retirar conclusões extravagantes de premissas simples ou insuficientes – assim, **Lucien Auger**, Les Enfants (in Le Temps d` Apprendre à Vivre, Montreal, 1996, pg. 199).

Volvendo de novo ao caso dos autos, se é certo que o menor D... declarou que desejava acompanhar a Banda de Música de ..., cujos quadros integra, no mês de Agosto de 2013, não menos verdade é que, em 9 de Julho de 2013, o menor tinha já realizado a sua admissão à escola de música de ..., sendo que, após, apenas aguardaria os resultados do exame.

O objectivo da permanência em Portugal era apenas o de praticar o instrumento musical que toca e do qual tem aulas diárias.

O menor apenas referenciou a data de 3 de Agosto como a do concerto/festa em ..., onde desejava estar presente com a Banda Musical (embora se conceda que outras festas ou deslocações ocorreriam). Mas é necessário sublinhar, a este propósito, que as férias de um menor de 13/14 anos não são reconduzíveis, em são bom senso, à “preparação do futuro profissional”.

Há que recordar que a primeira sentença produzida no processo, transitada em julgado, a fls. 274 dos autos, referenciava já que o período de férias de Verão do menor passadas com sua mãe poderia ser reduzido a 15 dias, desde que existisse impedimento a um período mais prolongado. Entendemos que tal tentativa deveria ao menos ter sido ensaiada, naturalmente pelo acordo dos progenitores.

Desta forma, e salvo o merecido e devido respeito, parece-nos não apropriada a posição que descortine uma impossibilidade prática absoluta de o menor conviver com sua mãe, posto que este convívio até se encontra quase que reduzido às férias escolares de Verão (como se assinalou, a mãe reside em Andorra, onde vive em comunhão de habitação com outro companheiro ou marido, de quem tem um filho, como existe notícia nos autos).

As situações relatadas demonstram a responsabilidade do pai, se não em incutir, do que não existe prova directa, ao menos em nada fazer, reforçando, ideias “feitas”, “preconcebidas” na criança sobre o convívio com o outro

progenitor, na prática sendo ele o pai a caucionar, com a sua autoridade, tais ideias.

Tal responsabilidade reconhece-se também no facto de os contactos para agendamento de datas serem tidos entre a Requerente mãe e o menor, pouco se sabendo de contactos (que se impõem) entre a Requerente e o Requerido (os pais), isentando o menor de responsabilidades num conflito que os pais devem, eles apenas, mais ninguém, regular por forma conciliada (sabendo eles encontrar, como adultos maduros e responsáveis, a menor distância entre os seus pontos de vista).

Não pode assim o progenitor que tem a guarda facilmente se refugiar em impressões momentâneas da criança ou do pré-adolescente (este menor, apesar de ter entre 13/14 anos à data da sua audição no processo, é ainda muito novo para criticamente reflectir sobre a separação dos pais), não estruturadas, para nada fazer e, até na prática, vir a impedir o convívio com o progenitor não guardião.

Há assim que alterar a douta decisão, fazendo actuar, como requerido por esta via de recurso, o disposto no **artº 181º nº1** OTM e, considerando as condições de vida do Requerido, que vêm referidas na douta sentença proferida no processo principal de regulação das responsabilidades parentais (designadamente o vencimento de € 1.100), condenar o mesmo Requerido em multa, a fixar em € 100, e em indemnização, esta exclusivamente a favor da Requerente, como compensação para as deslocações em vão a Portugal, a fixar em € 400.

Uma última nota - nem sempre a intervenção formalizada de um técnico de saúde mental (psicólogo) tem utilidade no processo (poderá ser o técnico social, não de saúde mental, quem mais utilidade ou atenção poderá trazer, quanto à envolvente familiar e afectiva do menor). Provavelmente, o menor não mudasse conceitos, formas de sentir ou de pensar, no contacto com esse técnico, por forma diversa do que revelou em audiência de pais, e a repetição das mesmas perguntas e entrevistas, é, com o devido respeito pela opinião contrária, potencial causadora de medo/ansiedade, em nada ajudando a mais racional visão das questões, por parte da criança ou jovem.

A única vantagem evidente da intervenção do técnico estaria na própria condução do interrogatório, com a possibilidade de abertura das perguntas, isto é, dessas perguntas não conterem implícitas soluções, ou a responsabilização da criança/jovem pelas soluções que as perguntas contêm, facto que, aliviando um pouco o interrogatório, do ponto de vista do jovem, cremos porém que, com elevado grau de probabilidade, em nada alteraria a visão rígida ou meramente dúplice (pai/mãe, trabalho/lazer, certo/errado) em que o menor incorreu, no decurso do interrogatório judicial (à medida que o

interrogatório evoluiu, o menor não conteve a emoção, chorando, indício a nosso ver da difícil escolha que a visão dos seus assuntos pessoais, que mostra ter, lhe impõe ainda) - em suma, tudo apontando para a responsabilização dos pais, que não do menor, nesta matéria do convívio com o progenitor não guardião.

Desta forma, em resposta à questão colocada pela via de recurso, não se mostrava indispensável ou necessário, tendo em vista as circunstâncias do caso, fazer intervir o psicólogo, na presente fase do processo.

Resumindo a fundamentação:

**I** - Nos processos de regulação das responsabilidades parentais, enquanto processos de jurisdição voluntária, a concretização do interesse do menor sobrepõe-se à obediência ao iter formal do processo, extraída do princípio dispositivo.

**II** - Decorre da lei, de regulamentos da União Europeia e de convenções internacionais vinculantes do Estado Português que o decurso do convívio da criança com o progenitor não guardião também não dispensa a audição prévia da criança.

**III** - Não pode porém o progenitor que tem a guarda facilmente se refugiar em impressões momentâneas da criança, ou, ao menos, não estruturadas, para nada fazer e, até na prática, vir a impedir o convívio com o progenitor não guardião.

**IV** - Como na vida e em todo o ordenamento jurídico, também no direito das crianças e jovens não existem absolutos, realidades rígidas ou intocáveis, cumprindo ao tribunal, na auscultação da vontade da criança ou do jovem, distinguir o verdadeiro do falso, a opinião do facto, quer naquilo que a criança ou o jovem se contam a si próprios, quer por via daquilo que os outros lhes dizem.

**V** - A negação ou supressão do direito ao convívio com o progenitor sem a guarda dos filhos apenas poderá justificar-se - e como última ratio - no quadro de um conflito extremo entre o interesse da criança e o direito referido.

Com os poderes conferidos pelo disposto no artº 202º nº1 da Constituição da República Portuguesa, decide-se neste Tribunal da Relação:

Julgar procedente, por provado, o interposto recurso de apelação e, em consequência, revogar em parte a douda decisão proferida sobre incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, condenando agora o Requerido em multa, que se fixa em € 100,00, e em indemnização a favor da Requerente, que se fixa em € 400,00.

Sem custas.

**Porto, 14/I/2014**

Vieira e Cunha

Maria Eiró

João Proença