

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 371/12.6TBAMT-F.P1

Relator: JORGE SEABRA

Sessão: 30 Abril 2020

Número: RP20200430371/12.6TBAMT-F.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: ANULADA

AUDIÇÃO DO MENOR

SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Sumário

I - O direito de audição da criança surge como expressão do direito à palavra e à expressão da sua vontade mas funciona igualmente como pressuposto de um efectivo direito à participação activa da criança nos processos que lhe digam respeito no âmbito de uma cultura judicial que afirme a criança como sujeito de direitos.

II - No âmbito de um processo de regulação das responsabilidades parentais ou alteração dessa regulação terá sempre de existir um despacho a reflectir a necessidade ou não da audição da criança, devidamente fundamentado em função da sua idade e da sua maturidade.

III - A falta deste despacho afecta a validade da decisão proferida com preterição daquele direito de audição da criança por corresponder à violação de princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais.

Texto Integral

Processo n.º 371/12.6TBAMT-F.P1

Comarca do Porto Este - Juízo de Família e Menores de Paredes - J4

Relator: Des. Jorge Miguel Seabra

1º Juiz Adjunto: Des. Pedro Damião e Cunha

2º Juiz Adjunto: Desª. Maria de Fátima Andrade

*

Sumário (elaborado pelo Relator):

.....

.....
.....

* *

Acordam, em conferência, no Tribunal da Relação do Porto:

I. RELATÓRIO:

1. Nos autos de alteração da regulação das responsabilidades parentais atinentes ao menor B..., nascido a 14.06.2007, filho de C... e D..., na sequência das diligências realizadas, o Digno Magistrado do Ministério Público, com vista do autos e com data de 1.10.2019, promoveu o seguinte:

“Tendo em consideração o estado dos autos e bem assim o processo de promoção e protecção apenso, e ponderando, por um lado, a idade da criança e, por outro, os efeitos perniciosos que a interrupção de contactos com o progenitor pode implicar para o seu desenvolvimento e a necessidade de se restabelecerem os laços e a reaproximação da criança ao pai, afigura-se que a situação da criança ficará suficientemente acautelada com a realização de visitas supervisionadas por técnico da Segurança Social.

Assim sendo, promovo que se determine a realização de visitas supervisionadas entre a criança e o progenitor, pelo CAPAF de Amarante, por um período de quatro meses, devendo remeter-se para melhor conhecimento cópia da petição inicial, das atas deste apenso e dos relatórios periciais juntos e ainda a PI e cópia das atas do processo de promoção e protecção, informando do carácter reservado que foi atribuído a este processo, e se solicite que seja dado conhecimento ao Tribunal do agendamento de tais convívios. “

*

2. Foram ouvidos os progenitores quanto à promoção antecedente, vindo apenas (segundo o que consta dos autos) a progenitora D... responder à mesma, requerendo, em síntese, que o menor seja ouvido sobre as visitas propostas e dizer se as aceita ou não, ou, a assim não se entender, que essas visitas sejam supervisionadas também pela psicóloga que acompanha o menor.

3. Nesta sequência, veio a ser proferido, a 28.11.2019, o despacho ora recorrido e cujo teor é o seguinte:

“No seguimento das duntas promoções que antecedem, tendo em consideração o estado dos autos, o teor das perícias realizadas aos progenitores, e bem assim o processo de promoção e protecção apenso, e ponderando, conforme fundamentado pela DMMP, por um lado, a idade da criança (12 anos) e, por outro, os efeitos perniciosos que a interrupção de contactos com o progenitor podem implicar para o seu desenvolvimento e a

necessidade de se restabelecerem os laços e a reaproximação da criança ao pai, afigura-se efectivamente que a situação da criança ficará suficientemente acautelada com a realização de visitas supervisionadas por técnico da Segurança Social.

Acresce que, relativamente à presença da psicóloga que acompanha o menor nos convívios supervisionados a realizar pelo CAPAF de Amarante, também como consta da douda promoção, afigura-se-nos que tal não se mostrará viável ou sequer curial tendo em vista a intervenção técnica que se pretende, sem prejuízo de o menor poder continuar a beneficiar de tal acompanhamento psicológico que lhe tem vindo a ser prestado pela Exm^a psicóloga Dr^a E... enquanto tal se revelar benéfico para o mesmo e se mostrar compatível com a intervenção que agora se pretende implementar.

Assim sendo, determino a realização de vistas supervisionadas entre a criança e o progenitor, pelo CAPAF de Amarante, por um período de 4 meses, devendo remeter-se para melhor conhecimento cópia da petição inicial, das atas deste apenso e dos relatórios periciais juntos e ainda a PI e cópias das atas do processo de promoção e protecção, informando do carácter reservado que foi atribuído a este processo, e se solicite que seja dado conhecimento ao Tribunal do agendamento de tais convívios."

3. Inconformada, veio recorrer a progenitora, oferecendo alegações e concluindo a final no seguintes termos

CONCLUSÕES

1. O despacho de 23 de Outubro de 2019 não cumpriu normativos legais que assentam na audição do menor, princípio reconhecido não só pelo direito interno, mas também pelo direito internacional.

2. O menor conta, a esta data, com 12 anos de idade.

3. O menor não foi ouvido, mesmo depois de requerimento datado de 31.10.2019, com referência (...), nesse sentido.

4. Porquanto o Tribunal a quo decidiu, por despacho de 29.11.2019, manter a aplicação de um regime, sem ouvir o menor.

5. Está o Tribunal a quo a ignorar preceitos legais imperativos que decorrem de Convenções Internacionais, como é o caso da CDC.

6. A omissão de um acto ou de uma formalidade que a lei prescreva produz a nulidade quando a lei o declare, ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa, conforme estatui o art.º 195º, n.º 1, do CPC.

7. A omissão de audição do menor fere o despacho de nulidade, violando o direito deste menor e toda a criança envolvida em processo de regulação de responsabilidades parentais, com garantia constitucional.

8. O despacho recorrido tampouco fundamenta a não audição do menor, o que só por si o fere de nulidade.

9. O Tribunal não fica vinculado, mas tem que ouvir o menor para que se cumpram os princípios da audição da criança e, conseqüentemente, possa ser respeitado o superior interesse da mesma.

10. A concretização do Superior interesse da criança passa por assegurar o cumprimento do direito da mesma ser ouvida e a sua opinião ser tida em conta nos processos e decisões que lhe digam respeito.

11. Só assim se pode alcançar o verdadeiro cumprimento da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Regime Tutelar Cível.

12. Devendo, à luz do disposto no art.º 4º do CDC, tomar-se as medidas necessárias para aplicar os direitos contidos nesse mesmo diploma, entre os quais, o da audição do menor.

13. Assim, deve o despacho de 29.11.2019 (...) ser revogado e ser, conseqüentemente, determinada a audição do menor.

*

4. O Digno Magistrado do Ministério Público ofereceu contra-alegações em que pugna pela improcedência do recurso.

*

9. Observados os vistos legais, cumpre decidir.

*

II. DELIMITAÇÃO do OBJECTO do RECURSO:

O objecto do recurso é definido pelas conclusões da alegação do recorrente, não podendo este Tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, a não ser que as mesmas sejam de conhecimento oficioso - artigos 635º, n.ºs 3 e 4 e 639º, n.ºs 1 e 2, do novo Código de Processo Civil, na redacção emergente da Lei n.º 41/2013 de 26.06 [doravante designado apenas por CPC].

No seguimento desta orientação a única questão a dirimir consiste em saber se o despacho recorrido enferma de nulidade por ter sido preterida a audição do menor B... em momento prévio à sua prolação.

*

III. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO:

Os factos que relevam à decisão são os que constam do relatório que antecede e, ainda, o que emerge da certidão junta.

*

IV. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Como acima se expôs a questão suscitada no presente recurso contende apenas e só com a alegada nulidade do despacho recorrido por preterição da audição do menor B..., sendo que no mesmo foi proferida decisão provisória que determinou a realização de visitas supervisionadas pelo CAFAP de

Amarante durante 4 meses entre o mesmo menor e o seu progenitor, C....
No que se refere ao direito da audição da criança, consagra, desde logo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de Junho de 1990, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de Setembro, no seu artigo 12º, que *“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 directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”*

De igual modo, nos artigos 3º e 6º da Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança adoptada em Estrasburgo, em 25 de Janeiro de 1996, acolhida na nossa ordem jurídica pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de Dezembro de 2013, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de Janeiro, determina-se que *“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”*.

A este respeito e no mesmo sentido refira-se, ainda, o Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, designado por *“Regulamento Bruxelas II BIS”*.

No que se refere à nossa legislação interna realce-se, em matéria de processo de regulação das responsabilidades parentais ou alteração do regime das responsabilidades parentais, o que se mostra estabelecido nos artigos 35º, n.º 3 e 42º, n.º 5, do RGPTC (Lei n.º 141/2015, de 8.09, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 24/2017, de 24.05), que refere que *“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 a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.”* Por outro lado, ainda, na alínea c) do citado artigo 4º, sob o título *“Audição e participação da criança”*, salienta-se que *“a criança, com capacidade de*

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

Este mesmo princípio mostra-se, ainda, reforçado no já citado artigo 5º, em cujo n.º 1, se refere que *“A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse.”*

Da concatenação destas disposições legais resulta que presentemente é assegurada à criança uma ampla e extensiva oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais que lhe digam respeito, sendo a sua opinião tida em consideração na fixação do que seja, no caso concreto, o seu superior interesse.

Nesse contexto, como refere RUI ALVES PEREIRA, *“o princípio da audição da criança traduz-se: (i) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade; (ii) no direito à participação activa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração; (iii) numa cultura da Criança enquanto sujeito de direitos.”* [1] (itálico e sublinhados nossos)

Dito isto, a questão que se coloca e que importa dirimir é a de saber a partir de que idade deve a criança ser ouvida.

A reforma legislativa operada pelas Leis nºs 141/2015 e nº 142/2015 (para as quais remete o RGPTC) foi no sentido de fomentar essa audição, sendo que para tal deixou de se falar de idades para realização da mesma, ficando a realização da audição judicial da criança a depender, fundamentalmente, do critério da *“capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade ”* - cfr. artigo 4º, nº 1 al. c), do RGPTC.

A consagração da audição judicial da criança deixou de se filiar num critério objectivo (como, por via de regra, sucedia na lei pretérita, onde se estabelecia a obrigatoriedade de audição relativamente a toda e qualquer criança de 12 anos ou mais), passando antes a assentar em critérios subjectivos de aferição, como a *“capacidade de compreensão”, a “maturidade” e o “discernimento”*. Esta capacidade de *“compreensão suficiente”,* ou capacidade de entendimento mínimo, consubstancia-se então numa capacidade de compreensão relativa, assente na capacidade de compreender qual o assunto que será objecto das suas declarações, ou de, pelo menos, identificá-lo, o que, logicamente, pressupõe uma ponderação casuística a levar a cabo pelo julgador.

Tendo presente o antes exposto, resulta dos autos que o menor B..., **que à data da decisão tinha 12 anos** (pois nasceu a 14.06.2007) não foi efectivamente ouvido no decurso deste processo de alteração da regulação das

responsabilidades parentais e, em particular, não foi ouvido antes da prolação da decisão ora em causa (apesar de ter sido requerida pela sua progenitora essa sua audição), nem, ainda, foi proferido qualquer despacho a dispensar essa audição, fundamentando-se essa opção, nos termos legais.

Ora, na esteira de jurisprudência que se vem firmando sobre esta matéria, a ponderação acerca da maturidade da criança terá de se revelar na decisão, somente estando dispensada a justificação para a sua eventual não audição quando for notório que a sua baixa idade (que se tem considerado ser o caso de crianças com idade inferior a três anos - o que não é o caso do B... que tem doze) não o permite ou o aconselhe.

Dito de outro modo, quando a criança não é ouvida, sobretudo quando ela tem 12 anos, como ora sucede, terá sempre de existir um despacho a reflectir a necessidade ou não da sua audição, devidamente fundamentado, não podendo, pois, com o devido respeito, o tribunal desconsiderar, sem mais, a audição da criança/jovem, audição essa que, como já se expôs, é um direito seu, seja para exprimir a sua opinião, seja, ainda, para ficar inteirado da decisão que o tribunal julga ser, à partida, a mais adequada ao seu superior interesse, explicitando-a e procurando obter a adesão voluntária do menor (em função da sua idade e da sua maturidade) à medida que tendencialmente o tribunal tenha por aplicável no caso.

Nesta perspectiva, em nosso ver e como decorre da lei, o tribunal tem, quando está em causa uma criança com a idade de 12 anos, como o B... (à partida com maturidade bastante para se pronunciar sobre a situação em apreço), que levar em consideração a sua opinião pessoal (ainda que não esteja, naturalmente, compelido a segui-la), o que só é possível ouvindo-o pessoalmente sobre a matéria que o Tribunal pretende vir a decidir.

Isto assente, o problema que tem sido equacionado é o de saber quais as consequências processuais dessa não audição, sendo que, como se vê das alegações do recurso, a progenitora configura a não audição do menor como preterição de uma formalidade imposta por lei, ou seja, subsume a mesma ao regime das nulidades processuais e ao previsto no artigo 195º, do CPC.

Embora não exista nesta matéria uma resposta unívoca [2], afigura-se-nos, na esteira do Acórdão do STJ de 14.12.2016, antes citado, que essa omissão afecta a validade da decisão proferida por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo, à partida, adequado aplicar-lhe o regime das estritas nulidades processuais.

Isso mesmo é especialmente sublinhado por SALAZAR CASANOVA, quando afirma que as razões que permitem a audição de uma criança em juízo 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. “ [3]

Esta não audição da criança, não justificada, configura, assim, uma falta processual mas também a clara violação de regras de direito material, não devendo o tribunal limitar-se a ver essa omissão numa estrita visão processual, reconduzindo, antes, a falta de audição da criança a uma violação inegável ao dito princípio geral com relevância substantiva, e, por isso mesmo, processual, afectando a validade da decisão assim proferida.

Note-se que não se esgrime se o menor B... foi ouvido ou não em Outubro de 2018 (como invoca o Ministério Público nas suas contra-alegações), o que se esgrime e invoca, pois é indiscutido, é que o menor B..., apesar de ter, à data da decisão recorrida, 12 anos, não foi ouvido quanto à mesma e, além disso, não foi dada qualquer justificação fundamentada para essa não audição do mesmo quanto à decisão que o envolvia directa e pessoalmente.

Procedem, assim, em nosso julgamento, as conclusões da apelação da Recorrente, com a conseqüente anulação do despacho recorrido.

**

V. DECISÃO:

Pelos fundamentos acima expostos, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação em conceder provimento à apelação, anulando o despacho recorrido e determinando que seja ouvido o menor B... quanto à decisão a adoptar nos presentes autos, ou, em alternativa, a dispensar essa sua audição, fundamentando, em tal caso, nos termos legais, essa dispensa.

**

**

Sem custas - artigo 4º, n.º 2, al. f), do Regulamento das Custas Processuais.

**

Porto, 30.04.2020

(O presente acórdão foi elaborado por meios informáticos e contém a assinatura electrónica dos seus subscritores)

Jorge Seabra

Pedro Damião e Cunha

Fátima Andrade

(O presente acórdão não segue na sua redacção o Novo Acordo Ortográfico)

[1] RUI ALVES PEREIRA, “Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos - o Princípio da Audição da Criança”, disponível in Revista Julgar Online (www.julgar.pt) - Setembro de 2015.

[2] Vide, por todos, AC STJ de 5.04.2018, relatora ROSA RIBEIRO COELHO, AC STJ de 14.12.2016, relatora MARIA dos PRAZERES PIZARRO BELEZA, AC RC de 8.05.2019, relator ISAIÁS PADUA, todos in www.dgsi.pt.

[3] “O regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança”, in Scientia Juridica, Tomo LV, n.º 306 - Abril/Junho 2016, pág. 236; no mesmo sentido, vide, ainda, o citado acórdão do STJ de 14.12.2016.