

Tribunal da Relação de Guimarães
Processo nº 165/20.5T8MGD-B.G1

Relator: JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS

Sessão: 18 Março 2021

Número: RG

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

RESPONSABILIDADES PARENTAIS

FIXAÇÃO DE REGIME PROVISÓRIO

INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO JOVEM DE MENOR IDADE

Sumário

Sumário (elaborado pelo relator – art. 663º, n.º 7 do CPC).

1- A obrigatoriedade de regular provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais nos casos em que, na conferência, se frustre o acordo dos progenitores (art. 38º do RGPTC), funda-se na presunção legal inilidível de que perante esse desacordo dos pais (a quem incumbe o exercício das responsabilidades parentais), os filhos menores encontram-se numa situação de potencial de perigo.

2- Trata-se de uma decisão cautelar e provisória, em que a decisão de regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais é tomada pelo tribunal com base em factos perfuntoriamente apurados (os elementos de prova já recolhidos no processo, sem prejuízo do tribunal ouvir os menores – o que é obrigatório em relação a jovens com mais de 12 anos – e de determinar a realização de outras diligências de prova que se mostrem estritamente necessárias e indispensáveis para a prolação dessa decisão cautelar e provisória) e que tem de ter por escopo fundamental a salvaguarda do superior interesse da criança ou do jovem de menor idade e, a título secundário e subsidiário e apenas na estrita medida em que esse interesse não colida com o interesse superior da criança ou do jovem, o interesse dos progenitores.

3- O interesse superior da criança e do jovem de menor idade passa por serem assegurados os bens e interesses prioritários, que garantam a sua sobrevivência, nomeadamente, a sua vida, integridade física, saúde e bem estar físico e emocional, mas também o respeito pelo seu desenvolvimento, personalidade, individualidade e liberdade, onde se inclui o direito a serem ouvidos e a emitirem a sua opinião em relação a processos que versem sobre assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade, e de serem consideradas, valoradas e respeitadas essas suas opiniões nas decisões a serem proferidas quanto a esses assuntos, influenciando, assim, aqueles ativamente para a formação de tais decisões, o que não significa que estas tenham de ir ao encontro dessa vontade.

4- Numa fase inicial e precoce do processo de regulação, o interesse superior do menor ou do jovem de menor idade reclama que a regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais seja no sentido de causar a menor perturbação possível na vida e no *modus vivendi* do menor, preserve a relação destes com os progenitores e, bem assim os eventuais entendimentos (“pontes”) que possam existir entre os pais quanto ao exercício de tais responsabilidades parentais, nunca devendo essa decisão provisória e cautelar contribuir para o agravamento do conflito parental ou entre estes e o menor.

Texto Integral

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Relatório

A. M. instaurou a presente ação especial de divórcio sem consentimento do outro cônjuge contra **J. J.**, pedindo que seja declarado extinto, por divórcio, o casamento celebrado entre ambos em 26 de abril de 2003.

Realizada a tentativa de conciliação entre os cônjuges, não foi possível conciliá-los, mas acordaram na conversão da presente ação em divórcio por mútuo consentimento, para o que prescindiram mutuamente de alimentos, apresentaram relação especificada dos bens comuns do casal, com a indicação dos respetivos valores, frustrando-se, contudo, o acordo entre ambos no que concerne ao destino da casa de morada de família e à regulação do exercício das responsabilidades parentais quanto às duas filhas menores do casal, R. M. e M. T., porquanto “*a mãe pretende que a guarda das mesmas lhe seja atribuída só a si, enquanto o pai pretende que a guarda das filhas seja partilhada*”.

Na sequência do desacordo dos progenitores quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais, nessa conferência, o tribunal tomou declarações a ambos os progenitores.

O Ministério Público promoveu que se designasse data para a audição das crianças para fixação de regime provisório quanto ao exercício das responsabilidades parentais, ao que ambos os progenitores nada opuseram. Nessa sequência, a 1ª Instância proferiu despacho determinando a convalidação da ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge em ação de divórcio por mútuo consentimento; que o destino da casa de morada de família seria processado por apenso, ficando subordinado ao regime dos incidentes da instância; designou data para a audição das menores, determinando que essa audição seria feita fora da presença dos progenitores, e determinou a remessa das partes para audição técnica especializada, nos termos do disposto nos arts. 38º e 43º do RGPTC, para o que ordenou a remessa à Segurança Social de cópia da petição inicial e dos documentos que a instruem, dos despachos entretanto proferidos nos autos e da ata da conferência. Mais determinou que o regime provisório relativo ao exercício das responsabilidades parentais seria fixado após a audição das menores.

Ouvidas as menores, concedeu-se o prazo requerido pelo Ministério Público para emitir parecer quanto à regulação provisória do regime do exercício das responsabilidades parentais.

O Ministério Público emitiu o aludido parecer no sentido de que, face às “*declarações concatenadas dos progenitores, emitidas em conferência, se alcança que o progenitor manterá residência em ..., sendo a progenitora que, presentemente, residirá na cidade de Braga, mesmo local onde as jovens frequentam o ensino obrigatório*”, promovendo que a residência das menores seja fixada provisoriamente junto da progenitora, fixando-se ao progenitor um regime de visitas provisório que elenca, e fixando-lhe uma prestação alimentar provisória de 125,00 euros mensais para cada uma das filhas, a pagar por transferência bancária para a conta da progenitora, sem prejuízo das despesas extraordinárias com educação e saúde, bem como as despesas médicas e medicamentosas deverem ser repartidas, de forma igualitária, por ambos os progenitores.

A progenitora alegou por escrito, concordando com o parecer emitido pelo Ministério Público no sentido de que a residência das filhas seja fixada junto daquela, em Braga, tendo o pai o direito de visitas aos fins-de-semana alternados, bem como sempre que entender querer estar com as filhas,

durante a semana, requerendo, porém, que a pensão alimentar provisória devida pelo progenitor seja fixada em montante nunca inferior a 400,00 euros mensais para cada uma das filhas, sem prejuízo das despesas extraordinárias deverem ser repartidas igualitariamente entre ambos os progenitores, alegando para tanto, em síntese, que as filhas nunca quiseram que os pais se divorciassem e desde que a mãe tomou a iniciativa em se divorciar, estão reticentes em relação a tudo o quanto esta faz;

As férias de verão foram passadas quinze dias com cada um dos progenitores; Aquando da audição das filhas, estas declararam preferir residir com o pai, o que se deve ao facto do último lhes conceder mais liberdade e, sobretudo, não lhes exigir ajudas nas tarefas domésticas;

Até ao momento em que a progenitora apanhou o namorado da R. M. debaixo da cama e a repreendeu, aquela e, por inerência, a M. T., tinham transmitido à mãe pretenderem residir com a última, decidiram morar com o pai;

Entende a progenitora que as suas filhas estarão melhor à sua guarda e residência, como sempre estiveram, uma vez que foi sempre ela quem tratou das mesmas;

O pai tem agricultura e apicultura no ..., onde necessariamente terá de ir, com alguma frequência e em determinadas épocas do ano, o que não acontece com a mãe, que tem residência em Braga, local onde leciona, numa escola a que está vinculada desde 2004;

Acresce que é em Braga que as filhas estudam e têm intenção, no futuro, de continuarem os seus estudos;

O pai recebe uma pensão de reforma de cerca de dois mil euros mensais, a que acresce uma outra pensão, em montante idêntico, pelo que tendo em conta as necessidades a que as filhas estão habituadas, a pensão alimentar deverá ser fixada em 400,00 euros mensais para cada uma delas, sem prejuízo das despesas extraordinárias deverem ser repartidas por ambos os progenitores.

O progenitor alegou por escrito, opondo-se ao parecer emitido pelo Ministério Público, sustentando que este faz “tábua rasa” da vontade das filhas, além de que o mesmo nunca referiu querer manter residência no ..., mas sempre disse que vai residir para Braga, para tomar conta das filhas e acompanhá-las nos estudos, pois foi sempre ele o encarregado de educação das filhas e que esteve sempre presente no seu crescimento, tanto no tempo em que ainda trabalhava como professor do ensino básico e secundário, como depois de reformado, em 2009;

A progenitora vive em Braga, num apartamento que é bem próprio do progenitor, porque no ano letivo de 2019/2020, o casal e as filhas deixaram a

sua residência sita no ..., onde residiam desde o ano letivo de 2012/2013 até 2019, passando então, desde o início do ano letivo de 2019/2020 e até março de 2020 a residir em Braga;

Em março de 2020, altura em que se iniciou o confinamento, as filhas regressaram novamente ao ..., porque foi aqui que sempre foi a casa de morada de família;

A progenitora só está no apartamento de Braga porque as filhas aí estudam e por mera tolerância do progenitor, que não quer problemas com a progenitora, pois sempre que vai ao apartamento para ver ou estar com as filhas, aquela insulta-o e não o deixa entrar no apartamento, que é dele;

As filhas foram explícitas e perentórias em afirmarem quererem ficar com a pai, e não com a mãe, e deram as suas razões para essa pretensão;

A progenitora nunca tratou ou cuidou das filhas sozinha, pois o pai esteve sempre presente em todos os momentos da vida daquelas;

A progenitora não impõe regras às filhas, sequer tem paciência para as ensinar, lidando com elas como se fossem já adultas e já soubessem de tudo e, por isso, é que discute e ralha com aquelas a toda a hora;

O superior interesse das filhas reclama que prevaleça a vontade das últimas, até porque a R. M. já tem 15 anos de idade e frequenta o 10º ano de escolaridade, enquanto a M. T. tem 11 anos de idade e frequenta o 6º ano, podendo a mãe visitá-las sempre que o entender, durante a semana, respeitando as horas de descanso e o período escolar destas, mediante concertação com o progenitor, e podendo passar os fins-de-semana alternados com as mesmas;

Não faz questão que a progenitora pague alimentos para prover ao sustento das filhas, uma vez que foi ele quem sempre sustentou todo o agregado familiar, sem nunca estar à espera de qualquer contributo da progenitora;

Requer que se fixe residência às filhas junto do progenitor, na casa de Braga, que é um bem próprio deste, e onde as filhas estudam, e se fixe à progenitora uma quantia mensal para cada uma das filhas, que será depositada ou transferida para a conta de cada uma delas e que constituirá uma poupança para as últimas, que irão utilizar no futuro, quando já forem de maioridade.

Por decisão proferida em 14/10/2020, a 1ª Instância regulou provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais relativamente às duas filhas menores do casal, constando essa decisão da seguinte parte dispositiva:

“Pelo exposto, ao abrigo do disposto nos artigos 28.º, n.º 1 e 38.º, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, 1905.º e 1906.º, ambos do Código Civil, fixa-se provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais de R. M. e M. T. nos seguintes termos:

1. Fixa-se a residência da jovem R. M. e da criança M. T. com a mãe, na Travessa ..., em Braga.
2. As questões de particular importância para a vida da jovem e da criança, designadamente, tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas não urgentes, opções religiosas até aos 16 anos de idade, alteração do concelho de residência, escolha de ensino público ou privado, serão exercidas em comum pelos progenitores, salvo nos casos de manifesta urgência em que os progenitores podem agir sozinhos devendo prestar informações ao outro logo que possível.
 - 2.1. A mãe exercerá as funções de encarregada de educação.
3. O exercício das responsabilidades parentais relativo aos atos da vida corrente da jovem e da criança caberão ao progenitor com quem a jovem e a criança se encontrem.
4. O progenitor tem direito a estar com a jovem e com a criança sempre que entender, mediante contacto prévio com a progenitora, com uma antecedência de vinte e quatro horas, sem prejuízo dos períodos escolares, de atividades extracurriculares e de descanso da jovem e da criança.
5. A jovem e a criança passarão um fim de semana de 15 em 15 dias com o pai, ainda que tenham que se deslocar para a residência de
6. Cada um dos progenitores terão a jovem e a criança consigo durante 15 dias consecutivos no período das férias escolares de Verão que serão a combinar previamente com o outro progenitor, a acordar entre ambos até ao dia 30 de abril, podendo ainda passar o período de cinco dias consecutivos de férias com aquelas, no período das férias escolares do Natal ou da Páscoa, avisando o outro com trinta dias de antecedência.
7. Na falta de acordo, a escolha caberá à mãe nos anos ímpares e ao pai nos anos pares.
8. No período do Natal, a jovem e a criança passarão a véspera de Natal e o dia de Natal com a mãe e a noite de passagem de ano e de ano novo com o pai, e assim alternadamente nos anos subsequentes.
9. A jovem e a criança passarão o domingo de Páscoa alternadamente com cada um dos progenitores.
10. No aniversário da jovem e da criança, a aniversariante tomará uma refeição com cada um dos progenitores, a acordar entre ambos.
11. A jovem e a criança passarão com cada um dos progenitores o dia do aniversário de cada um destes, passando com o pai o dia do pai e com a mãe o dia da mãe.
12. O pai contribuirá para alimentos da jovem e da criança com a quantia mensal de € 120,00 (cento e vinte euros), a cada uma delas, a pagar até ao dia 8 do mês a que respeita por meio de transferência bancária para o NIB a

indicar pela mãe da jovem e da criança.

13. A prestação de alimentos indicada em 12) será atualizada anualmente, em janeiro de cada ano, com início no mês de janeiro de 2021, e por referência ao ano anterior, sendo que essa atualização não deverá ser inferior a 2%.

14. Quanto às despesas médicas, medicamentosas, de educação (estas entendidas como livros, material escolar e explicações, ATL, frequência de colégio privados, ensino universitário ou equiparado, despesas de alojamento e de transporte com tal frequência), na parte não suportada pelo Estado ou por qualquer outra entidade, pública ou privada, as despesas com atividades extra-curriculares, serão estas pagas em partes iguais, devendo ser pagas no prazo de dez dias após a apresentação de documento descritivo dos serviços prestados e dos bens fornecidos, sempre em nome da criança e seu número de identificação fiscal, mediante transferência bancária para conta bancária a indicar pelo progenitor que efetuar as despesas. As despesas realizadas deverão ser apresentadas no prazo de um mês após a sua realização e comunicadas por qualquer meio eletrónico ou carta.

15. O abono devido à jovem e à criança será recebido pela mãe das mesmas.

16. Os progenitores obrigam-se a comunicar de imediato ao outro qualquer alteração de contactos telefónicos, email ou número de IBAN da conta bancária.

17. Os progenitores obrigam-se a comunicar de imediato ao outro qualquer situação de doença ou situação relevante ao nível escolar da jovem e da criança ou outras questões relevantes, bem como os locais e contactos onde estas se encontrarem nos períodos de fins de semana ou férias passadas fora da residência dos pais.

Este regime provisório vigorará enquanto não for proferida decisão final de regulação do exercício das responsabilidades parentais referentes à jovem R. M. e à criança M. T..

As custas serão fixadas a final.

Fixa-se o valor da ação em € 30.000,01 (trinta mil euros e um cêntimo)".

Inconformado com essa decisão o progenitor J. J., interpôs o presente recurso de apelação, em que formula as seguintes conclusões:

1 - A douda decisão, da qual se recorre, carece de absoluto fundamento e não defende nem acautela os superiores interesses das menores R. M. e M. T..

2 - Não tendo havido acordo na conferência de divórcio relativamente ao exercício das responsabilidades parentais das menores R. M. e M. T., filhas do

casal, a meritíssima juíza “a quo” tomou declarações a estas, a R. M. de 15 anos e a M. T. de 11 anos que ficaram exaradas na ata de 17-09-2020.

3 - Nestas declarações prestadas com espontaneidade e maturidade, as menores expressaram de forma clara e perentória que queriam viver só com o pai e no apartamento em Braga onde estudam no colégio, e justificaram e argumentaram, tanto uma como a outra a razão da sua vontade.

4 - Antes de ser proferida a douta decisão objeto do presente recurso, decisão, ainda que provisória o Ministério público emitiu duto parecer, no sentido de “que a residência das menores seja fixada junto da progenitora em Braga”, fazendo tábua rasa das declarações que as menores prestaram e contra a sua vontade.

5 - O progenitor que já tinha prestado depoimento em sede de conferência de divórcio, respondeu ao duto parecer do Ministério Público e apresentou as suas alegações conforme notificado, onde se disponibilizou para tomar conta das filhas e a exercer sozinho o exercício das responsabilidades parentais, vivendo com elas em Braga, num apartamento que é só dele e onde as filhas estudam num colégio particular que ele paga, como é também a vontade das filhas.

6 - Na douta Sentença que fixou provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais de R. M. e de M. T., seguiu o duto parecer do Ministério Público, fixando a residência das menores com a mãe no apartamento em Braga, decidindo assim, contra a vontade destas, fazendo tábua rasa do seu depoimento e da sua vontade, violando assim os superiores interesses das menores.

7 - Interesses superiores das menores R. M. e M. T. que salvo o devido respeito, mas devem se sobrepor aos interesses da progenitora, que porque está a dar aulas perto de Braga, não tem que ficar no apartamento que é do pai e onde vivem as menores.

8 - Ademais, a douta decisão devia ter em conta, salvo o devido respeito, que a alteração da denominação pelo legislador do que antes se denominava - **regulação do poder paternal** para - **regime das responsabilidades parentais**, não foi por uma mera operação linguística, mas uma mudança que marcou o foco principal nesta matéria - que deixou de ser *o direito dos progenitores*, passando o objeto principal deste regime a ser: - **o superior interesse das crianças**.

9 - Na douta decisão, da qual se recorre, não foi tido em conta a vontade das menores, nem os seus **superiores interesses**, pois a decisão, é oposta à vontade que demonstraram no seu depoimento prestado com toda a maturidade, sendo perentórias a afirmar que querem residir em Braga, onde estudam, mas com o **Pai** e não com a mãe, tendo dado as justificações porque

não querem ficar com a mãe.

10 - Deste modo, deve com todo o respeito por melhor opinião, prevalecer acima de tudo a vontade das menores, até porque a R. M. já tem 15 anos e frequenta o 10º ano de escolaridade e a M. T. tem 11 anos e frequenta o 6º ano de escolaridade, pelo que não se compreende porque não foi tido em conta o seu interesse e a sua vontade. Vide na mesma esteira o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20-03-2018, Proc. 1910/16.9T8BRG-A.G1, Relator: Exma. Senhora Desembargadora Dra. Margarida Sousa; Acórdão da Relação do Porto, de 26-10-2017, Proc. 572/16.8T8ETR-E.P1, Relator: Exmo. Senhor Desembargador Dr. Vieira e Cunha, onde no ponto VI do Sumário “É de valorizar sobre o mais, na regulação provisória das responsabilidades parentais, a vontade expressa do menor em passar agora a residir com o progenitor pai, (...)”.

11 - Também não se compreende como na douta decisão se atendeu apenas ao depoimento da progenitora e o vertido nas suas alegações e não se atendeu à vontade e ao depoimento do progenitor que até foi corroborado pelas declarações das menores, que também foram ignoradas, pergunta-se para que se ouviram as menores? Bastava decidir apenas com os depoimentos dos progenitores.

12 - É certo que a meritíssima Juíza “a quo” julga por convicção e está vinculada ao princípio da livre apreciação da prova, mas com todo o respeito, não pode ignorar o depoimento das menores, nem sobrepor os interesses da progenitora, aos superiores interesses das menores, quando estas foram perentórias ao afirmar que querem viver só com o pai em Braga e não se importam de passar os fins de semana com a mãe ou até irem jantar com ela.

13 - Por outro lado a progenitora só está no apartamento em Braga, porque as filhas aí estudam e por tolerância do Pai, que não quer conflitos com aquela, pois sempre que este vai lá ao apartamento para visitar ou estar com as filhas, aquela insulta-o, e não permite que entre no apartamento que é dele, até porque, a progenitora nunca tratou e cuidou das menores sozinha, como falsamente alega, o pai esteve sempre presente em todos os momentos da vida das menores, mesmo quando viveram em Braga antes de 2012 e o Pai ainda trabalhava chegava a ir de ... a Braga e vir no mesmo dia como ainda hoje o faz, só para estar com as filhas.

14 - Ademais, a progenitora nem é exigente nem impõe regras às filhas, nem tem sequer paciência para as ensinar, lida com elas como se estas já fossem adultas e já soubessem tudo, por isso é que discute e ralha com elas a toda a hora e bate-lhe por tudo e por nada, como as menores referiram nas suas declarações que ficaram exaradas na Ata.

15 - Relativamente aos alimentos, o pai ao ficar com a guarda e cuidados das

filhas, vai continuar a fazer o que sempre fez até ao presente, isto é sustentar todo o agregado familiar que agora passa a ser só ele e as filhas, pagando todas as despesas (água, luz, das duas casas, telefone internet, colégio, livros, material escolar das menores, despesas de saúde, médicas e medicamentosas com alimentação e vestuário etc.) sem nunca estar à espera de qualquer contribuição da progenitora, que depois de um interregno de 6 anos sem trabalhar recomeçou neste ano letivo de 2020/2021.

16 - O decidido no ponto 14 relativamente à partilha em partes iguais pelos progenitores das despesas extraordinárias, nomeadamente de educação e saúde, a progenitora já afirmou mais do que uma vez que mal tem dinheiro para prover ao seu sustento, quanto mais pagar metade destas despesas, nomeadamente a mensalidade do Colégio que as menores frequentam, se isso acontecer, diz a progenitora, tem que as tirar do colégio e metê-las numa escola pública, situação que nem o pai aceita nem defende os interesses superiores das menores.

17 - Por todo o exposto deve ser alterada a douda sentença, porque além do mais, é vontade das menores R. M. e M. T., que fixem a sua residência na casa de Braga onde já vivem e estudam, mas só com o Pai, se assim for, como espera, este, não faz questão que a progenitora lhe pague alimentos para prover ao sustento das filhas, no entanto a progenitora deverá pagar uma quantia mensal a cada filha, depositando-a ou transferindo-a para a conta de cada uma, constituindo assim uma poupança que irão utilizar no futuro, quando já forem de maioridade, situação que na douda decisão, aparece fora de contexto no ponto 14 da fundamentação fáctico-jurídica.

18 - A douda Sentença, apesar de provisória, proferida contra a vontade manifestada pelas menores R. M. e M. T. nos seus depoimentos, é contrária aos superiores interesses destas, violando assim o disposto no nº 7 do artigo 1906º do Código Civil, artigo 5º, 27 e 40º do RGPTC, aprovado pela Lei 141/2015 de 8 de setembro.

TERMOS EM QUE DANDO PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO, E REVOGANDO A DOUTA SENTENÇA RECORRIDA, FIXANDO A RESIDÊNCIA DAS MENORES R. M. E M. T. EM BRAGA JUNTO DO PAI.

A progenitora A. M. contra-alegou, pugnando pela improcedência da apelação e concluindo as suas contra-alegações nos seguintes termos:

1. A A. concorda com a douda sentença proferida pelo Tribunal “*a quo*”, pelo que nenhuma censura lhe merece.
2. O recorrente alega que a Mma. Juiz *a quo* não respeitou a vontade das

menores em quererem residir com o pai e na casa de Braga, decidindo o Tribunal contra os superiores interesses das menores, o que se discorda.

3. A Mma. Juiz *a quo* não está de modo algum, vinculada às declarações prestadas pelas menores.

4. Decidiu e muito bem que as menores residam com a mãe, o que se entende ser o conveniente e adequado, uma vez que estamos já a meio do ano letivo e qualquer mudança poderia ser prejudicial para a estabilidade das menores.

5. Para o recorrente, as menores prestaram depoimento com toda a maturidade e que por tal a sua vontade deve prevalecer acima de tudo, o que se discorda.

6. O superior interesse das menores não é a vontade destas, contrariamente ao alegado pelo recorrente, que entende que deve ser a vontade das mesmas decisiva para assim se acautelar o superior interesse das menores.

7. A vontade das menores muda e altera-se de dia para dia.

8. Até ao momento em que a progenitora apanhou o namorado da R. M. debaixo da cama e a repreendeu, transmitindo-lhe que não lhe consentia tais comportamentos, o que melindrou a jovem, era intenção desta, e consequentemente da sua irmã, de residir de forma habitual com a progenitora em Braga.

9. Após a ter repreendido mudou de ideias, o que ocorreu uns dias antes da sua audição, situação que foi comprovada pelos pais e mandatários no dia da conferência de divórcio, e por mensagens enviadas pela menor.

10. Ficou provado que a R. M. exerce uma grande influência sobre a mais nova, a M. T., no que às suas declarações se refere, facto que deve sopesar na questão alegada pelo recorrente de maturidade da vontade destas.

11. As menores encontram-se, como é típico neste tipo de processos divididas, não podendo ser a sua vontade decisiva nem vinculante para o Tribunal.

12. Decidiu e muito bem, a Mma. Juiz do tribunal *a quo*, de modo a poder manter a estabilidade escolar e emocional das menores, que estas residam junto da mãe, em Braga, local onde têm, as três, a sua vida, contrariamente ao recorrente que tem a sua residência e vida em ..., o que ficou provado.

13. O progenitor, ora recorrente parece estar mais preocupado no destino da casa de morada de família e com a residência da progenitora nesta, no que propriamente o superior interesse das menores, pois não estamos perante a atribuição de casa de morada de família, mas sim e apenas perante o regime provisório do exercício das responsabilidades parentais das menores.

14. A douta sentença recorrida deve, por todo o exposto, manter-se e ser em consequência, ser negado provimento ao recurso apresentado pelo recorrente, com o sempre mui douto suprimento de Vossas Excelências.

Nestes termos e nos melhores de direito deverá o recurso apresentado pelo R.

ser considerado inteiramente improcedente por não provado, mantendo V^a EX^a a douta sentença recorrida.

O Ministério Público contra-alegou, pugnando igualmente pela improcedência da apelação e formulando as conclusões que se seguem:

1. Censura alguma deverá merecer a decisão provisória proferida e ora posta em crise.
2. O Recorrente confunde decidir contra a vontade das jovens e decidir contra o superior interesse das mesmas.
3. A situação em apreço conhece particularidades relacionadas com a circunstância de, não obstante presentemente se encontrar pendente Apenso de *“Atribuição de Casa de Morada de Família”* e se discutir, por sua iniciativa, se a mesma é seu bem próprio ou património conjugal, ser a progenitora que aí se encontra a residir, com as jovens, e que, conforme considerou a Mma. Juiz *a quo*, *“não pode o tribunal, pura e simplesmente decidir que a progenitora deve abandonar a referida habitação”*.
4. Não deve perder-se de vista, conforme aos factos dados por provados pelo Tribunal *a quo*, que *«3. A. M. e J. J. separaram-se em julho deste ano; 4. (...) e, nessa data, J. J. regressou a ..., onde, atualmente, reside»*,
5. Do mesmo modo que *«6. Desde que iniciaram as aulas, a Jovem e a Criança residem em Braga, com a mãe;»* (...) e que *«9. A Jovem e a Criança estudam no colégio ..., em Braga.*
6. Parece olvidar o Recorrente, na verdade, que conforme à factualidade dada por assente pelo Tribunal *a quo* e que o mesmo não contesta, tem a sua residência em ... e que é a progenitora das jovens que permanece a residir na casa de morada de família, residência habitual das jovens, sita na cidade onde estas frequentam o ensino básico e secundário e onde conhecem o seu centro de vida,
7. Além de que tal sucede *“por – boa ou má - opção dos progenitores”* e que o Tribunal *“não tem, neste momento, de se pronunciar quanto a tal”*, uma vez que *“a progenitora é que ficou a residir naquela casa, com as filhas”*.
8. Igualmente, silenciando já nós próprios que o Recorrente pretendia, inclusivamente, um regime que estabelecesse a *“residência alternada”*, o que seria absolutamente impraticável, que o mesmo, *«pese embora tenha referido que pretende deslocar-se para Braga, localidade onde é comumente aceite que será onde a jovem e a criança irão continuar a estudar, para acompanhar as filhas, o certo é que a única solução que apresentou circunscreve-se à de ir residir para o apartamento onde se encontram a residir as filhas e a progenitora, solução que esta, naturalmente, não aceita»*.

9. O que o Recorrente parece pretender é que o Tribunal, através da sentença proferida e no âmbito da Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais das suas filhas, houvesse não só fixado a residência destas – o que naturalmente lhe incumbe – mas também a sua própria residência, o que é manifestamente despropositado.

10. O apelo do Recorrente para a circunstância de as jovens terem declarado pretender continuar a residir em Braga, mas com o Pai, desconsidera o ponderado juízo do Tribunal *a quo*, na medida em que sopesou que estando em litígio a propriedade da casa sita em Braga, mormente se é bem comum do casal ou próprio do progenitor, e ainda que seja por mera tolerância deste que aquela lá resida, “*sem mais, não pode decidir-se que a progenitora deve abandonar a referida habitação para aí ir morar o progenitor, de modo a que as jovens fiquem a residir com ele*”.

11. E é aqui que, em nossa opinião, sucumbe a noção concreta dada pelo progenitor Recorrente ao princípio do superior interesse da criança, que invoca, pois que o “*superior interesse da criança*” é um conceito indeterminado que deve ser preenchido em função de cada caso concreto, e na densificação do seu conteúdo não deve valer, por si só, a vontade expressa por aqueles expressa.

12. Entendemos que o superior interesse da M. T. e R. M., à luz das vindas de aludir particularidades com a irresolução quanto à propriedade da residência sita em Braga, mas também considerando, conforme ao ponto 15. dos factos provados - *existir um grande conflito entre os progenitores relativamente à residência das filhas*, se concretiza em proporcionar-lhes um regime que seja exequível, que provoque as menores alterações possíveis nos seus quotidianos, e que não seja origem de nocivo conflito parental, especialmente se considerarmos tratar-se de um regime provisório.

13. Foi acertada a fundamentação do Tribunal *a quo* quando, a respeito, refere que uma putativa decisão pela saída da progenitora da casa de Braga poderia criar nas jovens o *perigoso estigma de que tal ocorreu em virtude da posição manifestada pelas mesmas em sede de conferência de pais*.

14. A juntar, não somos tão imediatos como o Recorrente na consideração pela convicção das jovens ao declararem pretender residir consigo.

15. Efetivamente, resulta do confronto entre os pontos 10 e 11 dos factos provados, os quais o Recorrente não contesta, que as jovens manifestaram vontade de residir com o pai, mas que, pouco tempo antes, manifestavam uma posição totalmente distinta e pretendiam residir com a mãe.

16. Parece-nos, por isso, que a preferência das jovens deve ser analisada com grão de sal, por ser patente que as mesmas, mercê das recentes mudanças no ambiente familiar, se encontram divididas e fragilizadas, tendo sido perceptível,

ainda, a influência do declarado pela R. M., mais velha, sobre a M. T.

17. Não pode deixar de ser considerada a vontade manifestada pelas jovens, cuja audição é obrigatória e, diferentemente do que levianamente afirma o Recorrente a propósito do parecer do Ministério Público e da sentença proferida, não foi *“perda de tempo”* ou desconsiderado. Porém, entendemos que, em razão da divisão das jovens, devem as suas declarações servir para afirmar a vinculação destas a ambos os progenitores e para ter por certo o reconhecimento de competências a ambos, ainda que com diferentes expressões concretas.

18. Os pontos 13, 14, 15, e 16 das conclusões do Recorrente configuram alegações que os autos desconhecem e que não encontram arrimo na prova produzida, sendo facto, diferentemente, que *“nada foi demonstrado nos autos que evidenciasse que a mãe não exerce convenientemente as funções parentais”*.

19. Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis, deve ser negado provimento ao recurso apresentado e, em consequência, ser mantida a decisão recorrida.

*

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

*

II- FUNDAMENTOS

O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação do apelante, não podendo este Tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, a não ser que as mesmas sejam de conhecimento oficioso - cfr. artigos 635.º, nº 4, e 639.º, nºs 1 e 2 do CPC.

No seguimento desta orientação, a única questão que se encontra submetida pelo apelante à apreciação desta Relação consiste em se saber se a decisão sob sindicância, que fixou provisoriamente a residência das menores junto da progenitora, em Braga, padece de erro de direito, por ignorar a vontade expressa pelas menores em residirem com o pai e por se mostrar contrária ao interesse superior das menores.

Precise-se que perante o teor das conclusões 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª e 16ª apresentadas pelo apelante nas suas alegações de recurso, este dá a entender pretender impugnar o julgamento da matéria de facto realizado pela 1ª instância no sentido de ver aditada à facticidade julgada provada a que indica nas conclusões 13ª, 14ª, 15ª e 16ª das suas alegações de recurso, mas que do objeto da presente apelação não faz parte a impugnação do julgamento da matéria julgada provada e não provada pela 1ª Instância, uma vez que o apelante não é expreso, sequer suficientemente implícito, no sentido de

pretender efetivamente impugnar o julgamento da matéria de facto, ao ponto da apelada e do Ministério Público terem assumido como facto certo que aquele não impugna o julgamento da matéria de facto.

Acresce que o apelante não cumpre com os ónus impugnatórios do julgamento da matéria de facto fixados pelo art. 640º, n.ºs 1 e 2, al. a) do CPC, pelo que caso fosse efetivamente seu ensejo impugnar o julgamento da matéria de facto, sempre se impunha rejeitar a presente apelação quanto a essa impugnação.

Com efeito, apesar de na sequência das alterações legislativas introduzidas ao CPC pelos Decretos-Leis n.ºs 39/95, de 15/02 e 329-A/95, de 12/12, ter sido ensejo do legislador que em relação ao julgamento da matéria de facto realizado pela 1ª Instância, que seja impugnado pelo recorrente e sujeita ao princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal da Relação efetuasse um novo julgamento, não foi seu propósito que o julgamento a realizar pelo tribunal *ad quem* se transformasse na repetição do antes efetuado pela 1ª Instância, uma vez que conforme se escreve no Preâmbulo do D.L. n.º 329-A/95, de 12/12, a garantia do duplo grau de jurisdição em sede de impugnação do julgamento da matéria de facto “nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência”, mas apenas “detetar e corrigir pontuais, concretos e seguramente excecionais erros de julgamento”. Daí que o legislador tenha rodeado a impugnação do julgamento da matéria de facto à imposição ao recorrente de determinados ónus que enuncia no art. 640º do CPC, com vista a obstar à interposição de recursos genéricos e que o julgamento a realizar pela Relação se transformasse na repetição do antes efetuado pela 1ª Instância.

Com vista a atingir esses desideratos, o legislador optou “por restringir a possibilidade de revisão de concretas questões de factos controvertidas relativamente às quais sejam manifestadas e concretizadas divergências por parte do recorrente”, pelo que se mantém o entendimento que, como tribunal de 2ª Instância que é, este deverá ter competência residual em sede de reponderação ou reapreciação da matéria de facto (1), estando subtraída ao seu campo de cognição a matéria de facto fixada pelo tribunal *a quo* que não seja alvo de impugnação.

Depois, tal como se impõe ao juiz a obrigação de fundamentar as suas decisões, também ao recorrente é imposto, como correlativo do princípio da autorresponsabilidade e dos princípios estruturantes da cooperação, da lealdade e da boa-fé processuais, a obrigação de fundamentar o seu recurso, demonstrando o desacerto em que incorreu o tribunal *a quo* em decidir a matéria de facto impugnada em determinado sentido, quando se impunha

decisão diversa, devendo no cumprimento desses ônus, o recorrente indicar não só a matéria de facto que impugna, como a concreta solução que, na sua perspetiva, reclama que tivesse sido proferida, os concretos meios de prova que ancoram esse julgamento diverso que postula, com a respetiva análise crítica, isto é, com a indicação do porquê dessa prova impor decisão diversa daquela que foi julgada pelo tribunal *a quo*.

Dito por outras palavras, “nos termos do n.º 1, da al. b), recai sobre o apelante o ônus de fundamentar a discordância quanto à decisão de facto proferida, ônus esse que atua numa dupla vertente: cabe-lhe rebater, de forma suficiente e explícita, a apreciação crítica da prova feita no tribunal *a quo* e tentar demonstrar que tal prova inculca outra versão dos factos que atinge o patamar da probabilidade prevalecente. Deve o recorrente aduzir argumentos no sentido de infirmar diretamente os termos do raciocínio probatório adotado pelo tribunal *a quo*, evidenciando que o mesmo é injustificado e consubstancia um exercício incorreto da hierarquização dos parâmetros de credibilização dos meios de prova produzidos, ou seja, que é inconsistente” (2).

Na verdade, “à Relação não é exigido que, de *motu próprio*, se confronte com a generalidade dos meios de prova que estão sujeitos à livre apreciação e que, ao abrigo desse princípio, foram valorados pelo tribunal de 1ª instância, para deles extrair, como se se tratasse de um novo julgamento, uma decisão inteiramente nova. Pelo contrário, as modificações a operar devem respeitar em primeiro lugar o que o recorrente, no exercício do seu direito de impugnação da decisão de facto, indicou nas respetivas alegações que servem para delimitar o objeto do recurso”, conforme o determina o princípio do dispositivo (3), e como decorrência desse princípio, mas também do contraditório, terá o recorrente de indicar qual a concreta decisão fáctica que se impõe extrair da prova produzida em relação à matéria de facto que impugna, as concretas provas que alicerçam esse julgamento diverso que propugna e as concretas razões pelas quais essa prova em que funda o recurso afasta os fundamentos probatórios invocados pelo tribunal *a quo* para motivar o julgamento de facto que realizou, mas antes impõem o julgamento de facto propugnado pelo recorrente.

Deste modo é que o art. 640º, n.º 1 do CPC, estabelece que “quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição: a) os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; b) os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida; c) a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

Depois, caso os meios probatórios invocados como fundamento de erro na apreciação da prova tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes (al. a), do n.º 2 do art. 640º).

Precise-se que cumprindo a exigência de conclusões nas alegações a missão essencial de delimitação do objeto do recurso, fixando o âmbito de cognição do tribunal *ad quem* (4), é entendimento jurisprudencial uniforme que, nas conclusões, o recorrente tem de delimitar o objeto da impugnação de forma rigorosa, indicando os concretos pontos da matéria de facto que impugna. E é entendimento de uma parte da jurisprudência do STJ que, nas conclusões, o recorrente tem, também, de indicar a concreta resposta que, na sua perspetiva, deve ser dada à matéria de facto que impugna.

Já quanto aos demais ónus, os mesmos, porque não têm aquela função delimitadora do objeto do recurso, mas se destinam a fundamentar o último, não têm de constar das conclusões, mas sim das motivações.

Sintetizando, à luz deste regime, seguindo a lição de Abrantes Geraldês (5), sempre que o recurso de apelação envolva matéria de facto, terá o recorrente:

a) em quaisquer circunstâncias indicar sempre os concretos factos que considere incorretamente julgados, com a enunciação na motivação do recurso e síntese nas conclusões; b) especificar, na motivação, os meios de prova constantes do processo ou que nele tenham sido registados que, no seu entender, determinam uma decisão diversa quanto a cada um dos factos; c) relativamente a pontos de facto cuja impugnação se funde, no todo ou em parte, em provas gravadas, para além da especificação obrigatória dos meios de prova em que o recorrente se baseia, cumpre-lhe indicar, com exatidão, na motivação, as passagens da gravação relevantes e proceder, se assim o entender, à transcrição dos excertos que considere oportunos; d)...; e) o recorrente deixará expressa, na motivação (segundo uma parte da jurisprudência do STJ, nas conclusões), a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas, tendo em conta a apreciação crítica dos meios de prova produzidos, exigência que vem na linha do reforço do ónus da alegação, por forma a obviar à interposição de recurso de pendor genérico ou inconsequente.

O cumprimento dos referidos ónus, conforme adverte Abrantes Geraldês, tem a justificá-lo a enorme pressão, geradora da correspondente responsabilidade de quem, ao longo de décadas, pugnou pela modificação do regime da impugnação da decisão da matéria de facto e se ampliasse os poderes da Relação, a pretexto dos erros de julgamento que o sistema anterior não

permitia corrigir; a consideração que a reapreciação da prova produzida em 1ª instância, enquanto garantia do duplo grau de jurisdição em sede de matéria de facto, nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida; a ponderação de que quem não se conforma com a decisão da matéria de facto realizada pelo tribunal de 1ª instância e se dirige a um tribunal superior, que nem sequer intermediou a produção da prova, reclamando a modificação do decidido, terá de fundamentar e justificar essa sua irresignação, sendo-lhe, consequentemente, imposto uma maior exigência na impugnação da matéria de facto, mediante a observância de regras muito precisas, sem possibilidade de paliativos, sob pena de rejeição da sua pretensão e, finalmente, o princípio do contraditório, habilitando a parte contrária de todos os elementos para organizar a sua defesa, em sede de contra-alegações, uma vez que só na medida em que se conhece especificamente o que se encontra impugnado e qual a lógica de raciocínio expandido pelo recorrente na valoração e conjugação deste ou daquele meio de prova, é que se habilita o recorrido de todos os elementos que lhe permitam contrariar essa impugnação em sede de contra-alegações.

A apreciação do cumprimento das exigências legalmente prescritas em sede de impugnação do julgamento da matéria de facto deve ser feita à luz de um “critério de rigor” como decorrência dos enunciados princípios da autorresponsabilização, cooperação, lealdade e boa fé processuais e salvaguarda cabal do princípio do contraditório a que o recorrente se encontra adstrito, sob pena da impugnação da decisão da matéria de facto se transformar numa “mera manifestação de inconsequente inconformismo” (6). Como consequência, impõe-se a rejeição total ou parcial do recurso respeitante à impugnação da decisão da matéria de facto quando ocorra: “a) falta de conclusões sobre a impugnação da matéria de facto (art. 635º, n.º 4 e 6411º, n.º 2, al. b) do CPC); b) falta de especificação, nas conclusões, dos concretos pontos de facto que o recorrente considera incorretamente julgados (art. 640º, n.º 1, al. a) do CPC); c) falta de especificação, na motivação, dos concretos meios probatórios constantes do processo ou nele registados (v.g. documentos, relatórios periciais, registo escrito, etc.); d) falta de indicação exata, na motivação, das passagens da gravação em que o recorrente se funda; e e) falta de posição expressa, na motivação (segundo parte da jurisprudência do STJ, nas conclusões), sobre o resultado pretendido a cada segmento da impugnação” (7).

Esta posição tem sido a que tem sido seguida, de forma praticamente uniforme, pela jurisprudência do STJ, cuja jurisprudência, em parte, defende que a decisão que, na perspetiva da apelante, deve ser proferida quanto à

concreta matéria de facto que impugna, deve constar, também, das conclusões (8), sem que se olvide que de acordo com o aresto dessa instância superior, “se o recorrente, na enunciação das conclusões do recurso de apelação, seguir uma determinada orientação jurisprudencial acerca do ónus da alegação quanto à impugnação da matéria de facto e de direito, nos termos dos arts. 639º e 640º do CPC, é vedado à Relação abster-se de apreciar o mérito do recurso de apelação” (9).

Ora, conforme já enunciado, o apelante não é expresso, sequer suficientemente implícito, no sentido de que é seu propósito impugnar o julgamento de facto realizado pela 1ª Instância.

Porém, a ser esse o seu efetivo ensejo e pretender ver aditados aos factos julgados provados na decisão sob sindicância a facticidade que enuncia nas conclusões 13ª, 14ª, 15ª e 16ª das suas alegações de recurso, sempre se impunha rejeitar o recurso que interpôs quanto a essa concreta impugnação, uma vez que não indica os concretos meios de prova constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada que impõem o julgamento positivo que propugna em relação a essa concreta facticidade, com o que incumpriu o ónus da impugnação primário da al. b), do n.º 1 do art. 640º do CPC.

Aliás, caso essa eventual impugnação do julgamento da matéria de facto se funde em prova gravada (o que desconhecemos, dado que, reafirma-se, o apelante nem sequer indica quais os concretos meios de prova que imporão a eventual prova positiva da facticidade que enuncia nas identificadas conclusões 13ª, 14ª, 15ª e 16ª das suas alegações de recurso), o mesmo não cumpre com o ónus impugnatório secundário estatuído na al. a), do n.º 2 do art. 640º.

Destarte, como referido, do objeto da presente apelação não faz parte a impugnação do julgamento da matéria de facto realizado pela 1ª Instância, sendo certo que caso o apelante pretenda efetivamente impugnar esse julgamento de facto, sempre se impunha, perante os fundamentos fáctico-jurídicos que se acabam de enunciar, rejeitar o recurso por ele interposto quanto a essa eventual e hipotética impugnação do julgamento da matéria de facto.

*

A- FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

A 1ª Instância julgou indiciariamente provados os seguintes factos:

1. R. M. nasceu em - de abril de 2005, na freguesia e concelho de ..., e é filha de J. J. e A. M. (*fls. 5 verso e 6*);
2. M. T. nasceu em - de fevereiro de 2009, na freguesia e concelho de ..., e é

filha de J. J. e A. M. (fls. 8 verso e 9);

3. A. M. e J. J. separaram-se em julho deste ano,

4. (...) e, nessa data, J. J. regressou a ..., onde, atualmente, reside;

5. Durante as férias de Verão, a jovem e a criança residiram, alternadamente, 15 dias com cada um dos pais, entre Braga e ...;

6. Desde que iniciaram as aulas, a jovem e a criança residem em Braga, com a mãe;

7. A. M. é professora e leciona numa escola perto de Braga e,

8. (...) J. J. está reformado;

9. A jovem e a criança estudam no colégio ..., em Braga;

10. A jovem e a criança referiram, em sede de conferência, que gostavam de continuar a residir em Braga, com pai,

11. (...) mas admitiram que anteriormente (até uns dias antes da conferência) manifestaram aos pais que preferiam residir com a mãe;

12. A. M. pretende que seja definida uma residência única com repartição dos tempos de convívio com o progenitor, bem como o pagamento de uma pensão de alimentos no valor mensal de € 400,00, a favor de cada uma das filhas (fls. 30 a 32);

13. A. M. refere que o progenitor pode visitar as filhas aos fins de semana, alternados, bem como pode estar com elas, durante a semana, sempre que entender;

14. J. J. requer que a jovem e a criança residam consigo, no apartamento em Braga, para onde se pretende mudar, sem prejuízo da fixação definitiva através de um regime de residência alternada e, a prestação de alimentos deverá ser depositada numa conta poupança das filhas para utilizarem no futuro (fls. 15 verso e 33 a 36);

15. Existe um grande conflito entre os progenitores relativamente à residência das filhas.

*

E considerou que “com relevância para a presente decisão provisória não resultaram indiciados quaisquer outros factos”.

*

B- FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Tendo a apelada A. M. instaurada ação de especial de divórcio sem consentimento do outro cônjuge contra o apelante progenitor, J. J., realizada a tentativa de conciliação entre os cônjuges a que alude o art. 931º, n.º 1 do CPC, frustrou-se a conciliação entre ambos, mas aqueles acordaram na conversão da ação intentada em ação de divórcio de mútuo consentimento, mas dissentiram quanto ao destino da casa de morada de família e à regulação

do exercício das responsabilidades parentais relativa às duas filhas menores do casal, R. M., nascida em - de abril de 2005, e M. T., nascida em - de fevereiro de 2009.

Nessa sequência, a 1ª Instância, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais relativo às menores, remeteu os progenitores para audição técnica especializada, nos termos do disposto nos arts. 38º e 43º do RGPTC, e na sequência da promoção do Ministério Público para que fosse regulado provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais referentes às menores e se procedesse à audição destas, após essa audição, emanação de parecer por parte do Ministério Público e de alegações escritas apresentadas pelos progenitores quanto a essa regulação provisória das responsabilidades parentais, nos termos do disposto nos arts. 28º, nº 1 e 38º do RGPTC, 1905º e 1906º do CC, regulou provisoriamente o exercício dessas responsabilidades parentais, em que atribui o exercício das responsabilidades parentais quanto a questões de particular importância para a vida das menores a ambos os progenitores; fixou a residência das menores junto da progenitora, em Braga, com quem já residiam e onde estudam, atribuindo o exercício das responsabilidades parentais relativos a atos da vida corrente das menores ao progenitor com quem as menores se encontrem; e fixou ao progenitor um regime amplo e flexível de visitas, a quem fixou uma prestação alimentar devida pelo sustento das filhas.

Para fundamentar essa sua decisão quanto à fixação da residência das menores junto da progenitora, expendeu a 1ª Instância que:

“No **concreto caso** constata-se que a jovem e a criança se encontram atualmente a residir com a mãe, em Braga, no apartamento onde residiu o agregado familiar até junho, data em que ocorreu a separação e, o progenitor decidiu vir residir para a casa morada de família que detêm em

Ora, em face dos factos expendidos considera-se que, na sede provisória em que nos encontramos, deve ser mantido o regime de facto que tem sido executado.

Com efeito, além de a jovem e da criança continuarem a sua residência, na habitação onde detêm os seus pertences, não podemos ignorar que, por opção dos progenitores - boa ou má, o certo é que não tem o Tribunal neste momento de se pronunciar quanto a tal -, a progenitora é que ficou a residir naquela casa, com as filhas.

É verdade que estas, no período de férias, alternaram a sua residência entre a residência em Braga, onde se encontrava a mãe e, a residência em ..., onde se encontra a residir o pai, todavia, tal regime, em período letivo, é impraticável

e prejudicial aos interesses e rotinas da jovem e da criança.

Ademais, o progenitor, pese embora, tenha referido que pretende deslocar-se para Braga, localidade onde é comumente aceite que será onde a jovem e a criança irão continuar a estudar, para acompanhar as filhas, o certo é que, a única solução que apresentou circunscreve-se à de ir residir para o apartamento onde se encontram a residir as filhas e a progenitora, solução que esta, naturalmente, não aceita.

Ora, estando, também em litígio a referida casa, mormente se é bem comum do casal ou próprio do progenitor e, conforme já referido, ainda que por mera tolerância do progenitor, é onde reside a progenitora, sem mais, não pode o tribunal, pura e simplesmente decidir que a progenitora deve abandonar a referida habitação para aí ir morar o progenitor, de modo a que as filhas fiquem a residir com ele.

Na verdade, o Tribunal nunca deverá funcionar como um instrumento de conflito, mas sim o local onde os mesmos são resolvidos. E, estando, repete-se, por opção dos progenitores, a residir na referida habitação, com a jovem e com a criança, a mãe, não pode o Tribunal, para já e antes de se decidir a questão relativa à casa de morada de família, alterar tal regime.

Por último, sempre se dirá que, se tomasse, eventualmente, essa decisão, como parece pretender o progenitor, dúvidas não tem o Tribunal que estaria acicatar o conflito interparental, que já por si é caótico, e consequentemente estaria a propiciar um ambiente desestabilizador à jovem e à criança e, naturalmente, a violar os seus interesses. E são estes os interesses que, unicamente, relevam para o Tribunal e, já não o interesse pessoal de cada um dos progenitores.

Deste modo, **deve a residência oficial da jovem R. M. e da criança M. T. ser provisoriamente fixada junto da mãe**, no apartamento onde o agregado familiar residia até à data da separação dos progenitores.

É certo que a jovem e a criança manifestaram vontade de residir com o pai, mas o certo é que pouco tempo antes, manifestavam uma posição totalmente distinta e pretendiam residir com a mãe. Assim, pese embora, a opinião das mesmas tenha sido relevada e considerada, o certo é que, nada foi demonstrado nos autos que evidenciasse que a mãe não exerce convenientemente as funções parentais e, nenhuma outra alternativa, menos evasiva para a vida da jovem e da criança, foi apresentada. De certo, retirar a mãe de casa não será, de todo, a vontade da jovem e da criança, até porque tal poderia criar o estigma de que tal ocorreu em virtude da posição manifestada pelas mesmas em sede de conferência de pais.

Assim sendo, por todo o exposto, provisoriamente, esta é a solução que melhor se adequa e zela os interesses da jovem e da criança e preserva a manutenção

da estabilidade emocional e afectiva destas”.

É precisamente contra esta argumentação que se insurge o progenitor (apelante), imputando à decisão recorrida, na parte em que fixou a residência das filhas junto da progenitora, erro de direito, sustentando que essa decisão não teve em conta a vontade perentória e expressamente manifestada pelas filhas quando foram ouvidas em tribunal, em que disseram pretenderem residir com o pai (não com a mãe), isto apesar de contarem, respetivamente, 15 e 11 anos de idade e de frequentarem o 10º e o 6º ano de escolaridade, e de terem apresentado os concretos argumentos e razões para essa sua opção, além de que o decidido se mostra contrário ao interesse superior das filhas.

Vejamos se lhe assiste razão.

A ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais consubstancia um processo tutelar cível e, como tal, tem natureza de processo de jurisdição voluntária (art. 12º do RGPTC).

Como é sabido, os processos de jurisdição voluntária caracterizam-se por neles não existir propriamente um conflito de interesses a conformar, mas um único interesse a regular, que é a satisfação do interesse superior da criança ou do jovem em perigo.

Do que se acaba de dizer não deriva contudo, que no âmbito dos processos de jurisdição voluntária não existam conflitos e, frequentes vezes, profundos conflitos a propósito das representações ou opiniões sobre o que seja o interesse superior da criança ou do jovem em perigo e sobre a melhor forma de acautelar esse interesse, mas apenas que, quando tal aconteça, cumpre ao tribunal indagar qual seja o interesse superior da criança e do jovem em perigo no caso concreto e determinar a decisão mais conveniente e oportuna para satisfazer esse interesse, à margem dos eventuais conflitos e interesses, designadamente, dos progenitores.

Porque assim é, embora nos processos de jurisdição voluntária se discutam matérias que necessitam de julgamento, trata-se de um julgamento que recai sobre matérias específicas, as quais, por natureza, reclamam que o julgamento não se possa subordinar a critérios rígidos de normas gerais e abstratas, isto é, a critérios de legalidade estrita, mas antes reclamam e apelam a critérios de oportunidade, ao bom senso e à razoabilidade do julgador e à capacidade criativa e inventiva deste, no sentido do apuramento da verdade material, sem espartilhos que impeçam essa descoberta, sequer ao dilucidar sobre qual seja o interesse superior da criança ou do jovem em perigo e a promover a satisfação desse interesse pela forma mais conveniente e oportuna possível (10).

Como tal, nos processos de promoção e proteção o juiz não se encontra sujeito, nas providências a tomar, a critérios de legalidade estrita, mas antes a critérios de conveniência e de oportunidade, que lhe impõe a obrigação legal de adotar, em cada caso e por referência às circunstâncias específicas do caso concreto, a solução que entenda ser a mais conveniente e oportuna face ao interesse superior da criança e do jovem em perigo (art. 987º do CPC) (11). Esta imposição legal que impende sobre o juiz concede-lhe alguma liberdade na condução do processo e na investigação dos factos e na decisão a proferir, o que significa que o juiz não pode, nos processos de jurisdição voluntária em geral, e nos processos de promoção e proteção e tutelares cíveis em particular, estar sujeito aos espartilhos rígidos decorrentes do pedido e dos fundamentos (causa de pedir e exceções) invocados pelas partes, sequer pode ver limitada a sua atividade instrutória aos meios de prova requeridos pelas últimas, sem prejuízo dos poderes inquisitoriais que, em geral, lhe são concedidos pelo CPC na busca da verdade material.

Com efeito, se nos processos de jurisdição voluntária em geral e nos processos de promoção e proteção e tutelares cíveis em particular, o juiz deve tomar as providências que julgue mais convenientes e oportunas para o interesse da criança e do jovem em perigo, face às circunstâncias específicas do caso concreto (art. 987º do CPC), naturalmente que com vista a atingir esse desiderato, têm de lhe ser concedidos amplos poderes inquisitoriais no coligir das provas, impondo-se-lhe que oficiosamente determine a realização das provas que repare essenciais face às finalidades concretas do processo e indefira os requerimentos probatórios apresentados pelas partes que repare de inúteis ou de difícil obtenção e que, por conseguinte, se mostrem incompatíveis com as finalidades do processo, que, como referido, no que tange aos processos de promoção e proteção e tutelares cíveis, é o interesse superior da criança e do jovem em perigo em obter uma decisão que satisfaça o seu interesse, mas uma decisão em tempo útil e razoável (12).

Assim é que se compreende e justifica que nos processos de jurisdição voluntária, para além do tribunal, em sede de providências a tomar, não se encontrar sujeito a critérios de legalidade estrita, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 986º do CPC, assiste-lhe o dever de investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, só sendo admitidas as provas que o juiz considere necessárias. Como decorrência da natureza intrínseca desses processos, exige-se, também, que às decisões proferidas, ainda que transitadas em julgado, sejam provisórias ou definitivas, não se possa aplicar de forma irrestrita a regra do caso julgado material, que impõe a imodificabilidade do decidido e a imposição do decidido às partes e aos terceiros, sem ser admitida nova

discussão sobre a relação jurídica material submetida ao tribunal a julgamento e que este decidiu, em definitivo, na decisão transitada em julgado.

Com efeito, se nos processos de jurisdição voluntária se impõe que o tribunal tome as decisões mais convenientes e oportunas face às circunstâncias concretas e específicas do caso concreto, atentos os específicos interesses que neles lhe incumbe acautelar, naturalmente que tal como é consagrado no n.º 1 do art. 988º do CPC, as decisões que profere não-de ser necessariamente alteráveis sempre que ocorram factos supervenientes que o justificam, isto é, que tornam necessária essa alteração.

Deste modo é que os processos de jurisdição voluntária, onde se inserem os processo de promoção e proteção e tutelares cíveis, se caracterizam pelo predomínio do princípio do inquisitório sobre o princípio do dispositivo, pelo predomínio do critério da equidade na decisão a proferir sobre o critério da legalidade estrita e, finalmente, pela livre revogabilidade das decisões neles proferidas perante a ocorrência de factos supervenientes que justificam e reclamam, tornando necessária, a alteração ou revogação dessas decisões (art. 988º do CPC).

Em consonância com os princípios que norteiam os processos de jurisdição voluntária, em sede de processo tutelar cível, o art. 27º do RGPTC estabelece que as decisões que apliquem medidas tutelares cíveis e de promoção e proteção, ainda que provisórias, devem conjugar-se e harmonizar-se entre si, tendo em conta o interesse superior da criança, podendo o juiz, para o efeito, por despacho fundamentado, proceder, se necessário, à revisão da medida decretada.

Por sua vez, o art. 28º do mesmo diploma é expresso em estabelecer que em qualquer estado de causa sempre que entenda conveniente, a requerimento ou oficiosamente, o tribunal pode decidir provisoriamente questões que devam ser apreciadas a final, impondo, inclusivamente, o seu art. 38º, a obrigatoriedade do tribunal regular provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais nos processos de regulação, sempre que não exista acordo entre os progenitores a propósito desse exercício.

Com efeito, em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais, frustrando-se o acordo dos progenitores quanto ao exercício dessas responsabilidades na conferência a que alude o art. 38º do RGPTC, o n.º 1 deste normativo impõe ao juiz a obrigação de regular provisoriamente o exercício das mesmas, ao estatuir que o *“juiz decide provisoriamente”* sobre o pedido em função dos elementos já obtidos, pelo que se trata de um poder/dever atribuído ao juiz, contrariamente ao poder discricionário conferido pelo n.º 1 do art. 28º.

Deste modo, sempre que no âmbito da regulação do exercício das

responsabilidades parentais, ambos os progenitores estejam presentes ou representados na conferência e não seja possível obter o acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais e não se mostre viável a suspensão da conferência nos termos do n.º 5 do art. 37º, cumpre ao juiz regular provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais em função dos elementos provisórios, suspendendo a conferência e, (havendo acordo dos progenitores), remete-los para mediação, nos termos e com os pressupostos previstos no art. 24º, por um período máximo de três meses; ou para audição técnica especializada (independentemente do acordo dos progenitores), nos termos previsto no art. 23º, por um período máximo de dois meses (art. 38º do RGPTC) (13).

A imposição da regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais em tais situações, como não podia deixar de ser, prossegue a tutela do superior interesse da criança e do jovem em perigo.

O desacordo dos pais quanto a esse exercício faz gerar de *per se* a presunção legal inilidível de que face ao interesse superior dos filhos menores, existe a necessidade de regular, a título provisório e cautelar, o exercício dessas responsabilidades, sabendo-se que o exercício do poder paternal compete aos pais, no interesse dos filhos, em plano de igualdade que, porém, estão desavindos (em desacordo) quanto ao exercício dessas suas responsabilidades, reclamando, por isso, a intervenção do tribunal, face à potencial situação de perigo para a criança e o jovem decorrente desse desacordo dos pais - arts. 1877º, 1878º, n.º 1, 1882º, 1885º a 1887º-A e 1901º a 1904º, 1906º, 1909º a 1912º do CC.

Deriva do que se vem dizendo que toda a intervenção do juiz no sentido de proferir decisões de promoção e proteção, sejam definitivas ou provisórias e, bem assim no sentido de alterar essas decisões, a título oficioso ou a requerimento, não é, em caso algum, um poder discricionário do juiz, mas obedece sempre ao primado da necessidade de salvaguarda do interesse superior da criança ou do jovem em perigo.

O interesse superior da criança ou do jovem em perigo, enquanto sujeito de direitos e não mero objeto de proteção, é assim o principal e fundamental critério orientador que terá de presidir a toda e qualquer atuação do tribunal no âmbito dos processos de promoção e proteção e tutelares cíveis, sejam provisórias ou definitivas, e que terá de presidir às decisões judiciais a proferir.

Quanto aos direitos e interesses dos pais, estes, nos processos de promoção e proteção e tutelares cíveis, apenas podem ser considerados a título subsidiário ou secundário e na estrita medida em que não colidam ou ponham em crise o interesse superior dos filhos.

Na verdade, embora o poder paternal seja um direito natural dos pais em relação aos filhos e, inclusivamente, se trate de um direito constitucional, com natureza de direito fundamental, que goza da proteção constitucional que lhes é conferida pelos arts. 36º, n.º 5, 67º e 68º, n.º 1 da CRP, trata-se também de um dever dos pais para com os filhos.

O poder paternal é um poder-dever que é atribuído aos pais, em função e na medida da satisfação do interesse superior dos filhos menores, tratando, por isso, de um poder-dever funcionalizado e modelado pelo interesse superior dos filhos, pelo que em caso de colisão entre direitos e interesses dos pais *versus* direitos e interesses dos filhos menores, terão de prevalecer os direitos e o interesse superior dos últimos em detrimento dos pais.

O poder paternal não consubstancia, assim, um direito subjetivo dos pais em relação aos filhos menores, mas “uma situação jurídica complexa em que avultam poderes funcionais, ao lado de puros e simples deveres. Por conseguinte, o poder paternal não é um conjunto de faculdades de conteúdo egoísta e de exercício livre, mas de faculdades de conteúdo altruísta, que devem ser exercidos primariamente no interesse do menor (e não dos pais) e de exercício vinculado ou funcional” (14).

Neste sentido, dispõe o art. 36º, n.º 5 da CRP, que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

O direito dos pais à educação dos filhos não é uma simples garantia institucional ou uma norma programática. É um direito mas, simultaneamente, um dever, e esse direito e dever encontram-se funcionalizados e terão de ser exercidos pelos pais com vista à satisfação do interesse preponderante dos filhos menores.

Conforme ponderam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito dos pais à educação dos filhos, consubstancia um direito, mas simultânea e concomitantemente um dever, “um dever ético-social” e “um dever jurídico, nos termos estabelecidos na lei civil (arts. 1877º e ss. do CC)” (15).

Nesta mesma linha de pensamento e densificando o comando constitucional é que se compreende que se estabeleça no art. 1878º, n.º 1 do CC, competir aos pais, **no interesse dos filhos**, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros e administrar os seus bens”.

Note-se que o legislador não define o que seja o “interesse dos filhos”, isto é, o “interesse superior da criança e do jovem” de menor idade, estando-se perante um conceito vago e genérico, uma cláusula geral que incumbe ao juiz concretizar perante as circunstâncias concretas e específicas do caso concreto que lhe é submetido a julgamento.

Essa atitude omissiva do legislador na definição do que seja o “interesse de

criança e do jovem” de menor idade, foi por ele intencionalmente querida, de modo a permitir ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e alguma criatividade, de molde a permitir que o respetivo conteúdo fosse apurado em cada caso concreto e por referência às circunstâncias específicas desse caso (16).

Note-se, contudo, que na definição desse interesse nunca se pode esquecer e deixar de ponderar a idade e o grau de desenvolvimento sócio psicológico da criança e do jovem menor, uma vez que o processo de crescimento e de maturação do ser humano é um processo gradual, que se processa por uma sucessão de estádios, em que em cada estágio o ser humano apresenta características de maturidade e de responsabilidade e necessidades próprias e específicas, e que esse interesse só será respeitado quando se respeite o estágio de desenvolvimento em que se encontra a concreta criança ou jovem de menor idade, cuja situação pessoal e familiar reclamem a adoção de medidas tutelares, posto que, apenas assim, se respeitará a sua dignidade enquanto pessoa humana, isto é, enquanto sujeito de direitos e não mero sujeito de proteção.

O respeito por essa dignidade passará por serem asseguradas à criança e ao jovem de menor idade os bens e interesses prioritários, como a vida, a sua sobrevivência, integridade física e psíquica e a liberdade, mas também o respeito pelo desenvolvimento da sua personalidade, quer no plano da liberdade física e da liberdade ideológica (17).

Dito por outras palavras, o interesse superior da criança e do jovem menores de idade, passa por respeitá-los, enquanto cidadãos, com dignidade próprias, pelo respeito da sua opinião, em função da sua idade e maturidade, e por lhe ser assegurado um “desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (18).

Em caso de rutura da vida em comum dos progenitores, esse interesse tem de ser entendido em estrita “conexão com a garantia das condições materiais, sociais, psicológicas e morais, que possibilitem o seu desenvolvimento saudável, equilibrado e estável, à margem dos compreensíveis conflitos que, eventualmente, surjam entre os pais, e que assegurem o estabelecimento de relações afetivas contínuas com ambos os pais, particularmente, e como bem se compreende, com o progenitor a quem o menor não tenha sido confiado” (19), mas também o direito a ser ouvido e a emitir a sua opinião em relação aos assuntos que lhe digam respeito, em função da sua idade e maturidade, e de ver considerada e valorada, isto é, respeitada, essa sua opinião nas decisões a proferir quanto a esses assuntos, influenciando, assim, ativamente, para a formação dessa decisão.

Não sendo, como dito, a criança e o jovem de menor idade objeto de proteção,

mas sujeitos de direitos, com dignidade próprias enquanto ser humano irreduzível, insubstituível e irrepetível, cujos direitos fundamentais a Constituição se limita a reconhecer e a tutelar, por serem, inclusivamente, anteriores à própria ideia de comunidade estadual e de ordem jurídica, e sendo essa dignidade da pessoa humana eleita pelo art. 1º da CRP como axioma fundamental ou *prius* da ordem jurídica nacional, constituindo, por isso, o fundamento e o limite da ação do Estado, à qual a vontade popular, inclusivamente, se subordina, na medida em que “não há respeito pela vontade do povo sem respeito pela dignidade da pessoa humana” (20), compreende-se que o art. 5º, n.º 1 do RGPTC preveja como direito da criança e do jovem menor o de serem ouvidos em todos os processos que lhes digam respeito e que a sua opinião seja tida em consideração pelas autoridades judiciais na determinação do seu superior interesse, influenciando, assim, ativamente para a decisão a ser proferida.

Mais se compreende que concretizando esse direito, o art. 35º, n.º 3 do mesmo diploma, em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais, estatua 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, salvo se a defesa do seu interesse o desaconselhar.

O direito da audição do jovem de idade superior a 12 anos é, assim, um direito que se impõe obrigatoriamente ao tribunal e cuja obrigatoriedade apenas pode ser afastada quando a defesa do interesse superior do jovem o desaconselhem. Já em relação a crianças de idade igual ou inferior a 12 anos, está-se na presença de um poder discricionário que é atribuído ao juiz, a quem incumbe aquilatar da necessidade ou não de ouvir a criança, tendo em conta a respetiva maturidade e capacidade de compreensão e expressão dos seus interesses (21).

Note-se que esse direito de audição é um direito da criança e do jovem de menor idade e não um dever dos mesmos, conforme resulta das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, ao assegurar e concretizar esse direito no ponto IV-3, nos seguintes termos: “44- *Os juízes devem respeitar o direito das crianças a serem ouvidas em todos os assuntos que lhes digam respeito ou, pelo menos, quando se considerar que têm compreensão suficiente dos assuntos em questão. Os meios utilizados para esse efeito devem ser adaptados ao nível da compreensão e à capacidade de comunicação da criança e ter em conta as circunstâncias do caso. As crianças devem ser consultadas quanto à forma como desejam ser ouvidas. 45- Devem ser tidos em devida conta os pontos de*

vista e as opiniões da criança de acordo com a sua idade e maturidade. 46- O direito a ser ouvido é um direito, e não um dever da criança”.

O mencionado direito da criança e do jovem menor de idade de serem ouvidos sobre os assuntos que lhe digam respeito e de serem consideradas a sua opinião nas decisões que recaiam sobre esses assuntos de acordo com a sua idade e maturidade, encontra-se igualmente explanado no art. 12º, n.º 1 da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, nos termos do qual a criança com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, devendo ser tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade.

Na mesma linha, o art. 3º, als. b) e c) da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças impõe, no direito interno, que a criança seja oficiosamente consultada e exprima a sua opinião, devendo ser informada sobre as possíveis consequências de agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão, mas nos termos do n.º 3 desse art. 3º essa opinião só será relevante se a criança for devidamente informada sobre o significado e alcance das suas declarações.

Resulta do exposto, que quer por imposição constitucional (arts. 1º, 26º, 36º, n.º 6, 67º, n.ºs 1 e 2, als. c), 68º, n.ºs 1 e 2, 69º, n.ºs 1 e 2 e 70º, n.ºs 2 e 3 da CRP), quer por via de várias convenções internacionais a que o estado português se autovinculou, e de legislação europeia, a qual constitui direito interno (art. 8º, n.ºs 3 e 4 da CRP), quer por via da legislação infraconstitucional interna, de que o art. 5º do RGPTC, mas também os arts. 1874º, n.º 1, 1877º, 1878º, n.º 2, 1881º, n.º 1, 1888º, al. d) e 1901º, n.º 3 do CC, são exemplo, as crianças e os jovens de menor idade, enquanto sujeitos de direitos e titulares de dignidade próprias, que é imanente a todo o ser humano, têm o direito de, em função da sua idade, maturidade e discernimento, não só de serem ouvidos pelos pais sobre os assuntos familiares importantes e que, por isso, necessariamente as afeta, e de ser-lhes concedida autonomia na organização da sua própria vida, devendo paulatinamente, em função da sua idade e maturidade, assumirem os seus direitos e responsabilidades, inclusivamente, na administração dos seus bens, como na relação com o Estado, designadamente, no âmbito dos processos tutelares cíveis que lhe digam respeito, têm o direito de em função da sua idade e maturidade de serem informadas, consultadas e ouvidas e de serem considerada a sua opinião na definição do que seja o seu interesse superior e de, assim, influírem ativamente na decisão a ser proferida, sendo, relembra-se, esse direito de audição obrigatório para jovens de idade superior a 12 anos, obrigatoriedade essa que apenas pode ser afastada quando o interesse superior do jovem o desaconselhe, em concreto e mediante a indicação das

concretas razões e circunstâncias que desaconselhem essa audição. Esse direito, conforme se pondera no aresto desta Relação de 20/03/2018, “é uma concretização do princípio do interesse superior da criança, traduzindo-se (...): i) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade; ii) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração; e iii) uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos”. Esse direito à audição e à participação “não se esgota no momento em que a criança exprime livremente a sua opinião, sendo ainda necessário levá-lo a sério, sem que isso signifique fazer-lhe a vontade ou transferir para si a responsabilidade da decisão. Essa responsabilidade é do adulto, que antes de a tomar, considera, valora, tem em conta a opinião da própria criança de acordo com o seu desenvolvimento físico e psíquico” (22). Logo, aos menores, em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento físico e psíquico, assiste o direito a serem ouvidos nos processos tutelares cíveis que lhes digam respeito, quer se trate de proferir decisões provisórias, definitivas ou de alterar essas decisões, e de verem aí consideradas, isto é, levadas a sério, as suas opiniões na definição do que seja o seu interesse superior e de contribuir, assim, ativamente para a concreta decisão a ser proferida pelo tribunal, o que naturalmente não equivale a que essa decisão tenha de ir necessariamente ao encontro da vontade da criança ou do jovem de menor idade.

Reafirma-se, a decisão a proferir pelo tribunal apenas pode ter em vista a satisfação do interesse superior da criança ou do jovem menor de idade em risco, impondo-se que o tribunal valore devidamente (levando-a a sério) a vontade expressa pela criança ou pelo jovem na definição desse superior interior, podendo, no entanto, essa vontade ser contrária ao interesse superior que lhe convém.

Assente nessas premissas, tendo-se frustrado o acordo dos progenitores quanto ao exercício das responsabilidades parentais relativamente à jovem R. M. e à criança M. T. na conferência a que aludem os arts. 37 e 38º do RGPTC, a lei presume *iuris et de iure* e, portanto, de modo inilidível, que perante esse descordo dos pais, aquelas se encontram presuntivamente em perigo e impõe ao juiz a obrigação de regular provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais, com vista a afastar essa potencial situação de perigo em que se encontram, face ao interesse superior destas, em que o interesse dos pais é apenas considerado a título secundário ou subsidiário e na estrita medida em que não colida com o interesse preponderante dos filhos menores.

Trata-se de uma regulação provisória e cautelar, destinada a afastar o denominado *periculum in mora*, e que, por conseguinte, tem vigência pré-

determinada, na medida em que vigorará apenas enquanto o exercício das responsabilidades parentais não seja, em definitivo, estabelecido, isto é, enquanto não for proferida sentença, regulando, em definitivo, o exercício de tais responsabilidades.

À semelhança do que acontece com as decisões proferidas no âmbito das providências cautelares, em que a lei se basta que uma prova perfunctória quanto aos factos em que se alicerça a decisão cautelar – *fumus boni iuris* –, no âmbito da regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais, o art. 38º, n.º 1 do RGPTC, impõe ao juiz o dever de regular provisoriamente esse exercício “em função dos elementos já obtidos”, isto é, já recolhidos no processo, sem prejuízo de naturalmente proceder à audição dos menores, quando essa audição seja legalmente obrigatório, como acontece, no caso, em relação à jovem R. M., e de no exercício dos seus poderes inquisitoriais, tanto mais que como referido, se está perante um processo de jurisdição voluntária, poder determinar a realização de outras diligências que se lhe prefigurem necessárias e imprescindíveis com vista a se apetrechar dos elementos necessários e imprescindíveis para proferir essa decisão cautelar de modo fundado e seguro.

No entanto, tratando-se de uma decisão cautelar, destinada a remover a potencial situação de perigo em que eventualmente se encontrem os menores face ao desacordo dos pais quanto ao exercício das suas responsabilidades parentais, o tribunal (e os progenitores) nunca poderão perder de vista que se trata de uma decisão provisória, urgente, que terá de ser prolatada no mais curto espaço de tempo possível, com vista a afastar essa situação de potencial perigo em que se encontrem os menores, em que a prova produzida tem de ser necessariamente perfunctória, e que maiores indagações sobre a situação e o contexto familiar dos menores e restantes familiares não poderão ser realizadas nesta fase processual, mas terá de o ser necessariamente posteriormente, após parecer dos técnicos especializados, caso permaneça o conflito, ao longo da ulterior fase do processo e que, inclusivamente, essa regulação provisória poderá ser alterada em função de factos supervenientes (objetiva e subjetivamente supervenientes) que possam vir a ser entretanto apurados e que imponham, face ao interesse superior dos menores, essa alteração.

Acresce que não se pode perder de vista que será, em sede de sentença final, caso subsista o conflito, uma vez recolhidos todos os elementos de prova, incluindo, pareceres de técnicos e produzida a prova que venha a ser carreada para os autos pelos progenitores ou que o tribunal venha a determinar oficiosamente, que se irá regular, em definitivo, o exercício das responsabilidades parentais.

Em sede de regulação provisória das responsabilidades parentais terá o julgador, enquanto aguarda que os técnicos especializados se pronunciem, que adotar a solução que atente os termos do litígio, em função dos elementos já carreados para o processo, garanta, numa fase transitória e cautelar, o interesse superior da criança e do jovem menor de idade em perigo. E apenas, a título subsidiário, poderá ir ao encontro do interesse dos progenitores e na estrita media em que esse interesse não colida com o superior interesse dos filhos menores.

Nessa fase nunca se poderá perder de vista que numa fase inicial e tão precoce do processo, as decisões a proferir pelo tribunal, designadamente, a atinente à regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais, nunca podem/devem contribuir para o agravamento do conflito parental ou entre estes e os filhos, gorando qualquer hipótese de um acordo entre os progenitores que ainda possa vir a ser obtido na segunda fase da conferência, finda a intervenção técnica especializada (art. 39º, n.º 1 do RGCT). Uma decisão que contribua para o agravamento desse conflito entre os progenitores ou destes em relação aos filhos menores é seguramente contrária ao superior interesse dos últimos.

Acresce que ditam as regras da experiência comum e do bom senso que, em sede de decisão provisória, o interesse superior dos filhos menores passa seguramente por lhes “causar o menor estrago possível”, isto é, por preservar o convívio destes com ambos os progenitores e causar a menor perturbação na vida dos filhos menores e no seu *modus Vivendi* (23).

Estas foram as premissas que, sem dúvida alguma, presidiram ao decidido pela 1ª Instância na bem ponderada, estruturada e fundamentada decisão recorrida o que, salvo o devido respeito por entendimento contrário, não é levado em devida consideração pelo apelante, mas antes é por ele desconsiderado/desvalorizado, confundindo vontade das filhas com o interesse superior destas, desvalorizando a circunstância de se estar perante uma decisão meramente provisória e cautelar, em que o interesse das filhas passa por causar-lhes a menor perturbação possível na sua vida quotidiana e no seu *modus vivendi* e, bem assim na relação que mantêm com ambos os pais e na manutenção e salvaguarda das “pontes” que atualmente existem entre os próprios progenitores, tendo em vista alcançar-se um potencial acordo daqueles quanto ao exercício das responsabilidades parentais relativo às filhas que salvasse o interesse superior destas, sem desconsiderar o interesse secundário dos próprios pais ou, na ausência desse acordo, a potenciar a adesão de ambos os progenitores (e, inclusivamente, das filhas) à decisão definitiva que venha a ser proferida pelo tribunal relativamente a esse exercício.

Advoga o apelante que na decisão provisória o tribunal desconsiderou, fazendo “tábua rasa” da vontade manifestada pelas filhas em viverem com aquele, em Braga.

É certo que a R. M. e a M. T., em sede de conferência, manifestaram ser sua vontade residirem com o pai, em Braga (cfr. ponto 10º dos factos apurados), mas também não é menos certo que, até uns dias antes dessa conferência, a R. M. e a M. T. manifestaram aos pais que preferiam residir com a mãe (cfr. ponto 11º dos factos apurados), o que significa que a vontade manifestada pelas mesmas, em sede de conferência, não é livre, sequer fundada, mas antes que se está perante menores, de escassos 15 e 11 anos de idade, com personalidades que, como é próprio dessas idades, ainda estão em formação, e que ainda não atingiram a maturidade e o calejamento necessários e suficientes, como é próprio de idades mais avançadas, para sofrerem os “embates da vida” e para lidar com o sofrimento que esses embates frequentes vezes acarretam.

Está-se perante pessoas, emocional e psicologicamente, fragilizadas e divididas perante a ainda recente rutura da vida conjugal dos pais e dos conflitos que, nessa sequência, surgiram entre estes a propósito do exercício das responsabilidades parentais, em que, sentindo-se emocionalmente ligadas a ambos os progenitores, a quem reconhecem competências para exercer as suas responsabilidades parentais para com as mesmas, mais do que certezas, R. M. e M. T. têm dúvidas e receios, ora vogando essas suas certezas e dúvidas num sentido, ora noutro, em função das suas vivências quotidianas e do relacionamento quotidiano que mantêm com cada um dos progenitores e dos sentimentos que então experienciam, ora inclinando-se para o lado do pai, ora para o lado da mãe.

Acresce que sem dúvida alguma que o apelante não leva em devida conta, *quicá* desconsidera, que quando as filhas, em sede de conferência, manifestaram o seu próprio de continuarem a residir em Braga, com o pai, estão a referir-se à casa onde residem atualmente, e desde julho de 2020, com a mãe, altura em que o casal se separou e o apelante regressou ao ..., onde passou a residir (cfr. pontos 3 e 4 dos factos apurados).

Acontece que quando o apelante deixou a casa de morada de família, sita em Braga, e foi residir para o ..., continuando a progenitora e as filhas a residirem na casa de morada da família, em Braga, é porque certamente considerou que essa era a melhor solução para a salvaguarda do interesse superior das filhas, posição que foi implicitamente secundada pelo tribunal *a quo*, ao fixar a residência da R. M. e da M. T. junto da mãe, importando unicamente, nesta sede, verificar se assim é efetivamente.

Ora, dir-se-á que ainda que a vontade manifestada da R. M. e da M. T. filhas

fosse verdadeiramente livre e consciente, que não é, afirma-se ser indiscutível que na fase em que foi proferida a decisão recorrida, essa pretensa vontade é contrária aos próprios interesses da R. M. e da M. T.

Na verdade, conforme já enunciado e escarpelizado, em sede de regulação provisória do exercício do poder paternal, numa fase tão inicial e prematura do processo de regulação, o interesse superior dos filhos menores de idade passa por lhes causar o mínimo de perturbação possível na sua vida quotidiana e, bem assim na preservação dos laços afetivos e emocionais que os ligam a ambos os progenitores e, inclusivamente, pela preservação dos laços que entre todos existem, nunca pelo agravamento do conflito.

Ciente dessa realidade, revertendo ao caso dos autos, verifica-se que os progenitores e as filhas residiam na casa de morada de família, sita em Braga, onde as mesmas estudavam.

Em julho de 2020, os progenitores separaram-se, altura em que o progenitor (apelante), saiu dessa casa e foi residir para o ... (cfr. pontos 3º e 4º dos factos apurados).

Durante as férias de verão de 2020, as filhas residiram, alternadamente, quinze dias com cada um dos pais, entre Braga e ..., mas desde o início das aulas residem em Braga, com a mãe, naquela que fora a casa de morada de família do casal.

As filhas estudam no colégio ..., em Braga, enquanto a progenitora leciona numa escola perto de Braga (cfr. pontos 5º a 9º dos factos apurados).

Logo, o interesse superior das filhas do casal, em sede de regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais, não passa por se acrescentar à necessária desestabilização que as mesmas já sofreram, e que continuarão a sofrer, por via da separação dos pais, à total e completa desestabilização da vida e do *modus vivendi* destas, que decorreria necessariamente da solução preconizada pelo apelante, que passa pelo total desenraizamento das filhas daquela que é (e foi), até aqui, a sua vida familiar e de estudantes, desenraizando-as do local e da casa onde residiram com os pais e onde, na sequência da separação dos últimos, com exceção do curto interlúdio de tempo de quinze dias de férias, em que residiram com o pai, continuaram (e continuam) a residir com a mãe, separando-as de professores, amigos, colegas e conhecidos, das suas rotinas e estilos de vida quotidianos, e recambiando-as para o ..., que é o local onde o pai reside, ou expulsando dessa casa a progenitora para que o apelante passasse a residir nela com as filhas, o que igualmente provocaria semelhante alteração do *modus vivendi* das filhas, com igual ou semelhante desestabilização da vida destas, a que se acrescentaria a desestabilização do *modus vivendi* da mãe, com previsíveis repercussões nefastas no relacionamento desta com o seu ex-marido, mas também no

relacionamento com as filhas, levando ao agravamento do conflito entre os progenitores, para o qual seriam naturalmente arrastadas as menores. Logo, semelhante decisão, além de ser, no presente, a todas as luzes injustificada (não há nada nos autos que a justifique), é indiscutivelmente gravemente lesiva do interesse superior das filhas, único que se impõe acautelar.

Pelo contrário, o superior interesse da R. M. e da M. T. demanda que se preserve ao máximo a sua vida familiar e escolar, as suas relações intersubjetivas, estilos de vida e rotinas diárias, e se procure preservar os laços que as unem a ambos os pais e, bem assim, “as pontes” que ainda existem entre estes, e por afastar as menores de qualquer conflito entre os pais, que importa não agravar, o que tudo passa, tal como decidido pela 1ª Instância, por ser-lhes fixada residência em Braga, naquela que fora a anterior casa de morada de família, onde residem com a mãe, na sequência da separação dos progenitores.

Destarte, em face dos fundamentos fácticos e jurídicos que se acabam de enunciar, a decisão recorrida não padece de nenhum dos erros de direito que o apelante lhe assaca, impondo-se julgar improcedente a presente apelação e confirmar a bem ponderada, estruturada e fundamentada decisão recorrida.

*

Decisão:

Nestes termos, os Juízes Desembargadores da 1ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Guimarães acordam em julgar a presente apelação totalmente improcedente e, em consequência:

- confirmam a decisão recorrida.

*

Custas pelo apelante (art. 527º, n.ºs 1 e 2 do CPC).

Notifique.

*

Guimarães, 18 de março de 2021

Assinado eletronicamente pelos Juízes Desembargadores:

José Alberto Moreira Dias (relator)

António José Saúde Barroca Penha (1º Adjunto)

José Manuel Alves Flores (2º Adjunto)

1. António Abrantes Geraldès, “Recursos no Novo Código de Processo Civil”, 2017, 4ª ed., Almedina, pág. 153.
2. Abrantes Geraldès, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, “Código de Processo Civil Anotado”, vol. I, 2ª ed., Almedina, pág. 797.
3. António Abrantes Geraldès, ob. cit., pág. 228.
4. Ac. STA de 23/11/2017, Proc. 0958/17, in base de dados da DGSI.
5. Abrantes Geraldès, ob. cit., pág. 155.
6. Abrantes Geraldès, in ob. cit., pág. 159. Ac. R.C. de 11.07.2012, Proc. n.º 781/09, in base de dados da DGSI, onde se lê que este “especial ónus de alegação, a cargo do recorrente, deve ser cumprido com particular escrupúlo ou rigor”, constituindo “simples decorrência dos princípios estruturantes da cooperação e lealdade e boa fé processuais, assegurando, em última extremidade, a seriedade do próprio recurso”. No mesmo sentido vide Acs. S.T.J. de 18/11/2008, Proc. 08A3406; 15/09/2011, Proc. 1079/07.0TVPRT.P.S1; 04/03/2015, Proc. 2180/09.0TTLSB.L1.S2; 01/10/2015, Proc. 824/11.3TTLSB.L1. S1; 26/11/2015, Proc. 291/12.4TTLRA.C1; 03/03/2016, Proc. 861/13.3TTVIS.C1.S1; 11/02/2016; Proc. 157/12.8TUGMR.G1.S1, todos in base de dados da DGSI.
7. Abrantes Geraldès, ob. cit., págs. 158 e 159.
8. Acs. do STJ de 26/09/2018, Proc. 141/17.5T8PTM.E1-S1; 05/09/2018, Proc. 15787/15.8T8PRT.P1-S2; 01/03/2018, Proc. 85/14.2TTMAI.P1.S1; de 06/06/2018, Proc. 4691/16.2T8LSB.L1.S1; 06/06/2018, Proc. 1474/16.38CLD.C1.S1; 06/06/2018, Proc. 552/13.5TTVIS.C1.S1; e de 16/05/2018, Proc. 2833/16.7T8VFX.L1.S1, todos in base de dados da DGSI. Abrantes Geraldès, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, o. Cit., pág. 798, nota 8, onde escrevem: “É objeto de debate saber se os requisitos do ónus impugnatório devem figurar no corpo das alegações ou se também devem ser levados às conclusões sob pena da rejeição do recurso. O Supremo tem vindo a sedimentar como predominante o entendimento de que as conclusões não têm de reproduzir (obviamente) todos os elementos do corpo das alegações e, mais concretamente, que a especificação dos meios de prova, a indicação das passagens das gravações e mesmo as respostas pretendidas não têm de constar das conclusões, diversamente do que sucede, por razões de objetividade e de certeza, com os concretos pontos de facto sobre que incide a impugnação”.
9. Ac. STJ. de 09/06/2016, Proc. 6617/07.5TBCSC.L1.S1, in base de dados da DGSI.
10. Antunes Varela, in “Os Tribunais Judiciais, a Jurisdição Voluntária e as Conservatórias do Registo Civil”, RLJ, 128º, págs. 131 e ss.
11. Ac. STJ. de 01/07/2008, in base de dados da DGSI.

12. Ac. RP. de 14/06/2010, Proc. 148/09.6TBPFR.P1, in base de dados da DGSJ.
13. Tomé d'Almeida Ramião, "Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado", 2ª ed., Quid Juris, pág. 120.
14. Castro Mendes, "Direito da Família", Lições do Curso Jurídico de 1978 - 1979, FDL, pág. 274. Ainda, Antunes Varela, "Das Obrigações em Geral, vol. I, 10ª ed., Almedina, pág. 199, onde pondera que "os deveres pessoais e familiares são verdadeiros deveres impostos também, se não principalmente, no interesse da própria pessoa vinculada e ainda no interesse superior da sociedade conjugal ou da comunidade familiar. Daí que os direitos correspondentes (dos pais em relação aos filhos; do marido em relação à mulher; do tutor quanto ao incapaz) chamem alguns autores, (...), poderes-deveres ou poderes funcionais".
15. Gomes Canotilho e Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", Coimbra Editora, pág. 108
16. Clara Sottomayor, "Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio", 2ª ed., Almedina, págs. 36 e 37.
17. Tomé d'Almeida Ramião, ob. cit., págs. 23 e 24.
18. Almiro Rodrigues, "Interesse do Menor Contributo para uma Definição", Revista Infância e Juventude", n.º 1, 1985, págs. 18 e 19.
19. Paulo Guerra, Área de Família e Menores, Sentença de regulação do exercício do poder paternal, novembro de 2002, citado no Ac. RG. de 07/07/2019, Proc. 784/18.0T8FAF-B.G1, in base de dados da DGSJ.
20. Jorge Miranda e Rui Medeiros, "Constituição da República Portuguesa Anotada", tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer e Coimbra Editora, pág. 77.
21. Acs. RL. de 17/11/2015, Proc. 761/15.2T8CSC.L1-7; RP. de 26/10/2017, Proc. 576/16.8T8ETR.E.P1; de 22/11/2016, Proc. 292/12.2TMMTS-A.P1, in base de dados da DGSJ.
22. Ac. RG. de 20/03/2018, Proc. 1910/16.9T8BRG-A.G1, in base de dados da DGSJ. No mesmo sentido Tomé d'Almeida Ramião, ob. cit., pág. 30, em que em anotação ao art. 5º do RGPTC pondera que: "Neste preceito reafirma-se o direito da criança a ser ouvida e a ser tida em consideração a sua opinião. Não se exige que a decisão a tomar respeite integralmente essa opinião, mas que seja considerada na ponderação dos interesses em causa e que respeite o seu superior interesse - n.º 1"
23. Ac. RG. de 12/01/2017, Proc. 996/16.0T8BCL-D.G1, in base de dados da DGSJ.