jurisprudência.pt

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 1117/14.0TMLSB-F.L1-7

Relator: LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA
Sessão: 09 Novembro 2021
Número: RL
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: PROCEDENTE

RESPONSABILIDADES PARENTAIS

INCIDENTE DE INCUMPRIMENTO

QUESTÃO DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA

EDUCAÇÃO RELIGIOSA DO MENOR **AUDIÇÃO DA CRIANÇA**

Sumário

I.– A questão atinente à educação religiosa da criança constitui uma questão de particular importância, mesmo que não tenha sido enumerada como tal no acordo de regulação das responsabilidades parentais

II.– Deduzindo o progenitor incidente de incumprimento das responsabilidades parentais com fundamento na mãe, à revelia da vontade daquele, inscrever a criança na catequese, deve proceder-se à audição da criança antes de ser proferida decisão (Artigos 44º, nº2, 35º, nº3, do RGPTC e Artigo 1901º, nº3, do Código Civil).

III.– Tendo sido omitida a audição da criança, cabe ao Tribunal da Relação anular oficiosamente a decisão proferida em 1ª instância com fundamento na necessidade de ampliação da matéria de facto porquanto o apuramento da opinião da criança integra matéria de facto essencial para apreciação e decisão deste processo de jurisdição voluntária.

IV.– Não tendo sido tal anulação da decisão requerida pelos progenitores, em matéria de custas não operam os critérios do vencimento ou do proveito

(Artigo 527º do Código de Processo Civil), não sendo admissível fixar as custas, na vertente de custas de parte, pela parte vencida a final.

V.– Na situação referida em IV, haverá que aplicar analogicamente o Artigo 532º, nº3, do Código de Processo Civil, condenando as partes nas custas, na vertente de custas de parte, em partes iguais

Texto Integral

Acordam os Juízes na 7ª Secção do Tribunal da Relação de (...):

RELATÓRIO

Em 16.12.2019, BB intentou contra DD incidente de incumprimento das responsabilidades parentais, relativamente ao filho menor de ambos, MM, pedindo que a Ré seja condenada pelo incumprimento e que se determine que o menor não frequente qualquer educação religiosa, cristã ou outra.

Foi realizada conferência de pais, na qual os progenitores não chegaram a acordo.

As partes foram notificadas nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 39.º, n.º 4, aplicável *ex vi* do artigo 41.º, n.º 7, do RGPTC, tendo apresentado alegações e requerimentos probatórios.

O progenitor Requerente alegou, em síntese e com relevo, que:
§ O menor nascido em 25.2.2010 foi batizado contra a vontade do aqui Requerente em 28.5.2011.
§ Em data que não sabe precisar mas que crê em finais do ano de 2015 a Requerida inscreveu o menor na catequese, a frequentar todas as quintas-feiras e realizada na Igreja de (...).
§ Durante vários anos, a Requerida escondeu esse facto do Requerente bem sabendo que este se oporia a tal frequência de doutrinação religiosa.
§ O menor tem receio que o pai descubra que está a frequentar a educação religiosa cristã, por a Requerida sem qualquer pejo instruir o menor a mentir ao pai sobre essa situação, e outras.
§ Apesar de a Requerida manipular o menor para mentir ao pai sobre essa questão, o Requerente confirmou que o menor foi novamente inscrito e frequenta a catequese no corrente ano letivo.

§ O Requerente é ateu mas de descendência judaica e tal facto é do conhecimento da Requerida, assim como a oposição deste a que o filho seja formado na fé cristã.

A progenitora Requerida alegou, em síntese e com relevo, que:

- O menor foi batizado na religião Cristã, com a aceitação e participação do Requerente e sua família.
- O Menor veio a ser batizado na Igreja de (...), em (...), aos 28 de maio de 2011.
- Nunca, em momento algum, mencionou a sua oposição, tampouco desconforto, na cerimónia do Batismo, tendo estado presente, participado e, até como o mesmo refere, contribuído para o almoço de comemoração no seio familiar.
- O Requerente, durante a relação com a Requerida, nunca mencionou a sua "ascendência judaica" ou o seu "ateísmo".
- Enquanto mantiveram uma relação, o Requerente e a Requerida comemoraram sempre o Natal (Católico).
- A Catequese é uma das várias formas do Menor entender a sua religião (religião na qual foi batizado), tal como a oração, a participação em celebrações religiosas, a comemoração do Natal e Páscoa, reitere-se, eventos que o Requerente e a Requerida celebravam enquanto casal e na presença do menor.
- O filho menor de ambos está inscrito na catequese há quase 4 (quatro) anos, com o conhecimento do Requerente.
- O menor não é obrigado a frequentar a catequese, antes apreciando as atividades desenvolvidas pela paróquia.

Terminou pedindo que o presente incidente seja julgado improcedente.

Após julgamento, foi proferida sentença que julgou improcedente o incidente de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais.

***

Não se conformando com a decisão, dela apelou o requerente, formulando, no final das suas alegações, as seguintes *CONCLUSÕES:*
«
1.–A presente decisão foi proferida ao abrigo do art. 41.°, RGPTC, devendo as mesmas serem sempre fundamentadas de facto e de direito.
2.–Na decisão de fixar o superior interesse do menor em continuar a

frequência da catequese, tendo sido carreada para os autos a oposição do requerente na educação religiosa do menor, tendo a essa frequência sido completamente omitida deste, pelo menos até 2018, e não ponderando os alegados normativos de a educação religiosa ser questão de particular importância e de autodeterminação religiosa dos menores, consequentemente, não foi efetuada uma apreciação fundamentada de facto e direito.
3.–A decisão final relativamente à frequência do menor na catequese e resultante destes autos carece de fundamentação, ficando assim ferida de nulidade nos termos do artigo 615. °, n.° 1, alínea b) do CPC e por violação do disposto no 607.°, n.° 4, ambos do CPC aplicável pelo disposto no artigo 986.° n.° 1 do CPC.
4.–Caso assim não se entenda, à cautela, arguiu-se a fundamentação deficiente com vista à devolução do processo à 1ª Instância para devida fundamentação de facto e absolutamente de Direito sobre o superior interesse de frequentar a catequese, porque,
5.–A falta de fundamentação da decisão da matéria de facto, bem como a sua deficiência ou insuficiência, em violação do disposto no n.° 4 do art.° 607.° do CPC não gera nulidade, mas tem como sanção a devolução dos autos à 1ª instância, a fim de que a matéria de facto aí seja devidamente fundamentada (art.° 662.°, n.° 2, al. c) do CPC).
6.–Devem nesse caso, os autos ser devolvidos à primeira instância, com vista à fundamentação de facto e de Direito porque ao menor ficou decido ser instruída a religião católica, quando tal decisão depende do consentimento de ambos os pais, e do menor a partir dos dezasseis anos.
7.–Pois ao determinar que o menor deverá continuar na educação religiosa imposta pela mãe, a douta sentença violou os normativos invocados de liberdade religiosa do menor, sobre questão de vital sensibilidade na educação do menor, sem ouvi-lo e baseando-se num juízo sobre a conveniência que extrapolou a prova produzida; e
8.–Não fundamentando a nível de Direito nos normativos em que se baseou, tal decisão de determinar a continuação da frequência do menor na catequese, tal sentença, encontra-se viciada de falta de fundamentação absoluta de Direito pelo menos.
9.– Quanto aos factos incorretamente julgados são os que o ora recorrente considera que deveriam ter sido dados como provados, conforme mencionado e identificado supra, já que o Tribunal *a quo* os ignorou em absoluto;
10.–Com efeito, o tribunal ignorou a prova que foi junta aos autos, de enorme relevância para o objeto da presente decisão, que ora se recorre, e que foi discriminadamente identificada nas presentes alegações;
11.–Ignorou também o depoimento da requerida nas partes transcritas acima

de minutos 1.50, 6.15, 10.00 e de CC com início de transcrição ao minuto 1:53, em que confirma-se o alegado pelo requerente, de que demonstrou a sua oposição ao batizado.
12.–Devendo assim dar como provado os factos não provados de a) e b) da douta sentença em reparo.
13.–Como ignorou o Tribunal, no mesmo depoimento da requerida de minutos 23.50, 31.14, 32.30 acima transcritos, onde confirma ter inscrito o menor sabendo de antemão a oposição do requerente na catequese, e sem o informar;
14.–Tal qual o depoimento do Requerente e de PG (gravações transcritas respetivamente a 1.33 e minutos 3.43 supratranscritos);
15.–Deverá a sentença proferida ser substituída no facto não provado c), por uma que determine que a decisão da educação religiosa do menor foi tomada "às escondidas" do pai e dele culposamente omitida pela requerida do requerente até 2018 pelo menos, 2019 certamente;
16.–Por as mesmas declarações da requerida verbalizar que tinha conhecimento da ascendência judaica do requerente por meio de uma avó (cf. transcrição depoimento desta de minuto 27.54) deve o facto e) ser dado como provado.
17.–E assim condenando-se a requerida pelo incumprimento alegado e provado
18.–Na reapreciação da matéria de facto o tribunal da Relação fazendo uso dos seus poderes de livre apreciação dos meios de prova, deve alterar o decidido pelo tribunal a quo quando verifique erro de julgamento.
19.–Impõem-se a verificação dos factos a), b) na parte em que tal oposição do requerente foi presenciada pelo menos pela requerida e pelo pároco por, além do alegado pelo requerente na sua P.I., das suas declarações, das declarações da aqui recorrida e de CC todas transcritas, que o batizado na verdade realizou-se contra a vontade deste.
20.–Também o facto c) deve ser dado como provado face à prova documental junta e ao depoimento do requerente, da requerida e de PG, de que o menor foi inscrito sem conhecimento/consentimento do Requerente.
21.–Sobre o facto do conhecimento de pelo menos antes do batizado, por parte da requerida, que o requerente é de ascendência judaica, deve também ser dado como provado o facto e). Assim,
22.–Conforme mencionado e identificado supra, os factos incorretamente julgados são os que o ora recorrente considera que deveriam ter sido dados como provados, já que o tribunal a quo os ignora em absoluto;
23.–Com efeito, o tribunal ignorou a abundante prova que foi junta aos autos, de enorme relevância para o objeto da presente decisão, que ora se recorre, e

que foi discriminadamente identificada nas presentes alegações;
24.– É dessa prova que resultam os pontos de facto que deveriam ter sido dado como provados e que foram discriminados supra e que se dão, neste segmento conclusivo, como integralmente reproduzidos.
25.–Toda esta prova foi admitida por acordo, porquanto a ora recorrida não impugnou a documentação em que ela se encontra suportada, em concreto os emails juntos pelo requerente.
26.–Pelo que se encontram incorretamente julgados os factos não provados em a), b) c) e e), pelas razões expostas, e em especial por confirmado pela requerida em diversos momentos do seu depoimento que a inscrição na catequese não é algo consensual, assim como, que a mesma foi realizada unilateralmente, por tal facto omitir deliberadamente do aqui recorrente pai.
27.–Tudo com vista à alteração da sentença por uma que não determine a decisão de doutrinar o menor na fé religiosa cristã, por entender-se ao abrigo de todo o normativo invocado violar o artigo 11.° n.° da Lei 16/2001 e o n.° 1 do 1885.° do Código Civil, entre outro acima plasmados;
28.–Entendendo-se assim não ser do superior interesse do menor verbalizar que "as pessoas devem acreditar em Jesus", e por ter sido encaminhado para a fé cristã, uma vez tal opinião que limita a sua autodeterminação religiosa.
29.–Sendo uma questão de particular importância impunha-se outra sentença, sobre a matéria de facto provada por um lado, mas especialmente pela falta de certeza jurídica na decisão leviana de determinar a frequência do menor à catequese, uma que deixasse aos pais, ambos, a escolha da orientação do menor.
Termos em que deve o presente recurso ser julgado procedente e provado e após a reanálise da prova testemunhal produzida e da apreciação crítica da prova junta aos autos à luz das mesmas testemunhas e conclusões; ser julgado a presente ação de incumprimento das responsabilidades parentais provada e procedente condenando-se a requerida pelo incumprimento da questão de vital importância que é a educação religiosa, e;
Fixando o superior interesse do menor, de acordo com a legalidade, face à oposição fundamentada do requerente, e não continuar com a doutrinação religiosa do menor, por violação das invocadas leis nacionais e internacionais invocadas; atendendo-se, igualmente, ao superior interesse da menor e à sua liberdade de escolha após os 16 anos.
Em consequência ser a douta sentença revogada e substituída por outra que impeça a requerida de unilateralmente decidir a educação religiosa do menor e que a condene ao incumprimento nos termos e para os efeitos do artigo 41.° pela inscrição do menor na catequese em violação da liberdade religiosa do menor.

***

Contra-alegaram a progenitora e o Ministério Público, pugnando pela improcedência da apelação (fls. 166-175 e 176-177).

QUESTÕES A DECIDIR

Nos termos dos Artigos 635º, nº4 e 639º, nº1, do Código de Processo Civil, as conclusões delimitam a esfera de atuação do tribunal *ad quem*, exercendo um função semelhante à do pedido na petição inicial.[1] Esta limitação objetiva da atuação do Tribunal da Relação não ocorre em sede da qualificação jurídica dos factos ou relativamente a questões de conhecimento oficioso, desde que o processo contenha os elementos suficientes a tal conhecimento (cf. Artigo 5º, nº3, do Código de Processo Civil). Também não pode este Tribunal conhecer de questões novas que não tenham sido anteriormente apreciadas porquanto, por natureza, os recursos destinam-se apenas a reapreciar decisões proferidas, ressalvando-se as questões de conhecimento oficioso, v.g., abuso de direito.[2]
Nestes termos, as questões a decidir são as seguintes:
i.- Nulidade da sentença por falta de fundamentação;
ii.- Ampliação da decisão de facto;
iii.- Impugnação da decisão da matéria de facto;
iv.- Frequência da catequese pelo menor.

Corridos que se mostram os vistos, cumpre decidir.

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO
A sentença sob recurso considerou como provada a seguinte factualidade:
1.–MM nasceu no dia 25 de fevereiro de 2010, tendo actualmente 11 anos de idade.
2.–O menor MM é filho de BB (Requerente) e de DD (Requerida).
3.–A criança MM foi batizada na Igreja de (...), em (...), no dia 28 de maio de 2011.
4.–Os padrinhos de baptismo do MM foram escolhidos pela progenitora Requerida.
5.–No baptizado do MM estiveram presentes o progenitor Requerente e a família paterna, a progenitora Requerida e a família materna do menor.
6.–Os pais do menor MM, ora Requerente e Requerida, separaram-se em 2014.

7.–Nos autos principais de regulação das responsabilidades parentais, por acordo dos progenitores homologado por sentença proferida em 06 de setembro de 2016, transitada em julgado, cujo teor aqui se dá por inteiramente reproduzido, ficou determinado, além do mais, que:
«*1.– Fixa-se a residência do menor MM, com a mãe, DD.*
2.– O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho será exercido nos seguintes termos:
2.1.- Quando o filho está aos cuidados da mãe com quem reside habitualmente: pela mãe singularmente.
2.2.- Quando o filho está ao cuidado do pai com quem se encontra temporariamente: pelo pai singularmente, sendo que este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pela mãe, com quem o filho reside.
3.–As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os pais. Definem-se como questões de particular importância, dependentes de decisão conjunta:
3.1.- A alteração da residência do filho para o estrangeiro ou para fora da área metropolitana de (...);
3.2.- Os tratamentos e intervenções médicas e medicamentosas que possam causar perigo para a vida ou perigos graves ou definitivos na integridade física ou na saúde do filho, ressalvadas as situações urgentes em que cada um dos pais pode agir singularmente e comunicar ao outro logo que possível;
3.3.- As intervenções estéticas lesivas da integridade física;
3.4.- A captação de som e imagem divulgável em meios de comunicação social. (...)»
8.–O menor MM encontra-se inscrito e frequenta a catequese desde 2017.
9.–O menor gosta das atividades desenvolvidas na catequese, nomeadamente música, fichas de reflexão, actividades de solidariedade, cânticos, falando com entusiasmo sobre o que aprende.
10.–O MM é descrito pela família como uma criança sensível, afectuosa, calma e comunicativa.
11.–O progenitor Requerente declarou não concordar que o seu filho MM frequente a catequese.

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.

Argui o apelante que a sentença é nula por falta de fundamentação

(conclusões 1 a 6), devendo os autos ser devolvidos à primeira instância com vista à fundamentação de facto e de direito «*porque ao menor ficou decidido ser instruída a religião católica, quando tal decisão dependente do consentimento de ambos os pais, e do menor a partir dos dezasseis anos.*»

Apreciando.

Nos termos do Artigo 615º, nº1, alínea b), do Código de Processo Civil, é nula a sentença quando não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão. Trata-se de um vício formal, em sentido lato, traduzido em *error in procedendo* ou erro de atividade que afeta a validade da sentença.

Ensinava a este propósito ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado,* V Volume, p. 140, que
«Há que distinguir cuidadosamente a falta absoluta de motivação da motivação deficiente, medíocre ou errada. O que a lei considera nulidade é a falta absoluta de motivação; a insuficiência ou mediocridade da motivação é espécie diferente, afeta o valor doutrinal da sentença, sujeita-a ao risco de ser revogada ou alterada em recurso, mas não produz nulidade.
Por falta absoluta de motivação deve entender-se a ausência total de fundamentos de direito e de facto.»[3]

Nas palavras precisas de Tomé Gomes, *Da Sentença Cível*, p. 39, «Assim, a falta de fundamentação de facto ocorre quando, na sentença, se omite ou se mostre de todo ininteligível o quadro factual em que era suposto assentar. Situação diferente é aquela em que os factos especificados são insuficientes para suportar a solução jurídica adotada, ou seja, quando a fundamentação de facto se mostra medíocre e, portanto, passível de um juízo de mérito negativo. / A falta de fundamentação de direito existe quando, não obstante a indicação do universo factual, na sentença, não se revela qualquer enquadramento jurídico ainda que implícito, de forma a deixar, no mínimo, ininteligível os fundamentos da decisão.»

Conforme se refere de forma lapidar no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.4.95, *Raul Mateus*, CJ 1995 – II, p. 58, "(...) no caso, no aresto em recurso, alinharam-se, de um lado, os fundamentos de facto, e, de outro lado, os fundamentos de direito, nos quais, e em conjunto se baseou a decisão. Isto é tão evidente que uma mera leitura, ainda que oblíqua, de tal acórdão logo mostra que assim é. Se bons, se maus esses fundamentos, isso é outra questão que nesta sede não tem qualquer espécie de relevância." O mesmo Tribunal

precisou que a nulidade da sentença por falta de fundamentação não se verifica quando apenas tenha havido uma justificação deficiente ou pouco persuasiva, antes se impondo, para a verificação da nulidade, a ausência de motivação que impossibilite o anúncio das razões que conduziram à decisão proferida a final (Acórdão de 15.12.2011, *Pereira Rodrigues*, 2/08). Só a absoluta falta de fundamentação – e não a sua insuficiência, mediocridade, ou erroneidade – integra a previsão da alínea b) do nº1 do Artigo 615º, cabendo o putativo desacerto da decisão no campo do erro de julgamento – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2.6.2016, *Fernanda Isabel Pereira*, 781/11.[4]
«O que a lei considera nulidade é a falta absoluta de motivação; a insuficiência ou mediocridade da motivação é espécie diferente, afeta o valor doutrinal e persuasivo da decisão – mas não produz nulidade.»[5]

No caso em apreço, o tribunal *a quo* enumerou os factos que julgou provados, após o que expôs a "*Motivação da decisão sobre a matéria de facto*", cindindo-a em subcapítulos entre documentos, declarações das partes e prova testemunhal, em mais de três páginas. Em sede de fundamentação de direito, o tribunal *a quo* explanou o seguinte:
«Conforme supra expendido, o incumprimento do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais, apenas pode legitimar o recurso aos meios coercivos, e a condenação em multa e indemnização, previstos no artigo 41º, nº 1, do RGPTC, se for culposo por parte do faltoso, o que *in casu*, o progenitor Requerente não logrou demonstrar, como lhe competia (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil).
Com efeito, resulta da factualidade provada e supra descrita, a participação do progenitor e da família paterna no baptizado do menor em 2011, sendo que, que no acordo dos pais homologado por decisão judicial de 06 de setembro de 2016, os progenitores definiram expressamente as questões de particular importância dependentes de decisão de conjunta, nas quais não incluíram a frequência da catequese ou outra actividade religiosa.
Acresce que, o Requerente não logrou provar (como lhe incumbia) que o menor MM foi batizado contra a vontade do progenitor, que tal oposição foi presenciada, entre outros pelo pároco JC que na altura transmitiu que batizaria o menor contra a vontade do pai. Também não se demonstrou que, durante vários anos a progenitora escondeu do progenitor que o filho frequentava a catequese; tem instruído e manipulado o filho menor MM a mentir ao pai, sobre a frequência da educação religiosa cristã, e outras situações; o progenitor Requerente é ateu mas de descendência judaica, e tal facto é do conhecimento da progenitora Requerida.
Por outro lado, dos factos provados nos autos extrai-se que, neste momento, o

superior interesse do menor desaconselha que o MM não frequente a catequese, na medida em que a criança gosta das atividades desenvolvidas, nomeadamente música, fichas de reflexão, actividades de solidariedade, cânticos, falando com entusiasmo sobre o que aprende.
Do supra exposto resulta, de forma indubitável, não poder imputar-se à progenitora Requerida qualquer incumprimento do regime em vigor de regulação do exercício das responsabilidades parentais, acordado pelos pais e homologado por sentença proferida em 06 de setembro de 2016, transitada em julgado.
Sempre se dirá, por último, que o incidente de incumprimento das responsabilidades parentais não é o meio processual próprio para a pretensão do progenitor relativa à não frequência pelo filho MM da catequese ou de outra actividade religiosa.
Conclui-se, deste modo, que as pretensões do progenitor Requerente carecem de fundamento legal e, consequentemente, deverão necessariamente improceder.»

Flui do exposto que a decisão impugnada se encontra fundamentada de facto e de direito, na medida em que são enumerados os factos provados, foram elencadas as razões da prova de tais factos e, seguidamente, o tribunal *a quo* subsumiu a factualidade ao quadro jurídico pertinente. Os fundamentos da decisão são inteligíveis, percetíveis e expressos.

Termos em que improcede a arguição da nulidade.

AMPLIAÇÃO DA DECISÃO DE FACTO.

Estamos no âmbito de um incidente de incumprimento das responsabilidades parentais, arguindo o pai que a educação religiosa é uma questão de particular importância pelo que a frequência da catequese pelo menor requer o seu acordo, sendo que o requerente se opõe a que o filho seja formado na fé cristã.
E, de facto, a questão atinente à edução religiosa da criança constitui uma questão de particular importância (cf., por todos, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª ed., p. 316 e ss.), mesmo que não tenha sido enumerada como tal no acordo de regulação das responsabilidades parentais.

O incidente rege-se pelo Artigo 44º do RGPTC, sendo que o nº2 dispõe que: « *Autuado o requerimento, seguem-se os termos previstos nos artigos 35º a 40º*

.» Por sua vez, o Artigo 35º, nº3, dispõe que:
«*A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do artigo 4º e no artigo 5º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.*»
Por sua vez, o Artigo 1901º do Código Civil dispõe que:
1.-Na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais.
2.- Os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer a tribunal, que tentará a conciliação.
3.-Se a conciliação referida no número anterior não foi possível, o tribunal ouvirá o filho, antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem.

Em comentário a este normativo, refere Clara Sottomayor que:
«O juiz pode decidir que a criança não deve ser ouvida quando "circunstâncias ponderosas o desaconselhem" (art. 1901º/3) ou se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar (art. 35º/3 RGPTC), podendo recorrer a assessoria técnica para averiguar a capacidade de compreensão da criança (art. 4º/2 RGPTC). (…) A lei presume a capacidade natural da criança para ser ouvida. O ónus da prova da incapacidade ou do caráter prejudicial da audição compete a quem a invocar, aos pais ou ao MP, devendo o juiz investigar o grau de maturidade da criança e os prejuízos psíquicos eventualmente decorrentes da audição. A preterição da audição da criança deve ser objeto de decisão judicial fundamentada; c) O art. 35º/3 RGPTC adotou o princípio da audição da criança, na conferência do processo de regulação das responsabilidades parentais, nos termos do art. 4º/1, c) e 5º RGTC; d) Este princípio é extensivo ao incidente de incumprimento das responsabilidades parentais, em que está em causa a violação do direito de vista sob pena de nulidade da decisão (RG 20/11/2014) (…)» - Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado, Livro V, Direito da Família*, Almedina, 2020, pp. 899-900.

Em comentário ao Artigo 44º do RGPTC, João Nuno Barros in Cristina Araújo Dias, João Nuno Barros e Rossana Martingo Cruz (Coords.), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Almedina, 2021, p. 368, discorre assim:
«Adicionalmente, e em face do disposto no art. 1901º/3 CC, a verdade é que o tribunal não poderá emitir qualquer decisão sem a audição prévia obrigatória da criança, o que reflete o reconhecimento da criança como sujeito de direitos

com capacidade emocional para exprimir a sua opinião acerca dos assuntos que lhe respeitem (a este respeito vejam-se, entre outros, o art. 12º da Convenção dos Direitos da Criança, o art. 4º/j) LPCJP, e ainda o art. 4º/1, c) e 5º RGPTC(…) De facto, como a este respeito ensina o Ac. TRE 13/02/2020 (2686/16.5T8FAR-B.E1), "[a] *audição da criança num processo que lhe diz respeito – no caso, em incidente de questão de particular importância – não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta*."»

Diogo Ravara, "Alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais e questões de particular importância: dúvidas e interrogações", in *IV Jornadas Direito da Família e das Crianças*, vol. I, 2021, e-book do CEJ, p. 209, afirma a este propósito:
«(…) o art. 12.º da CDC e o art. 6.º, al. b), da Convenção do Conselho da Europa, fazem uso das expressões "exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem"; "consultar a criança", "permitir que a criança exprima a sua opinião", e "sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança".
Da conjugação destes preceitos resulta que *ouvir a criança* implica permitir que a mesma possa expor os seus pontos de vista acerca do conflito parental e das medidas que podem vir a ser adotadas pelo Tribunal com vista à proteção dos seus direitos enquanto criança, na medida do que lhe diga diretamente respeito.
Por outro lado, *tomar em consideração a opinião da criança* significa incluir a sua voz no processo de tomada de decisão judicial, ou seja, ponderar os seus pontos de vista, do mesmo modo que o Tribunal pondera as posições manifestadas pelos pais, enquanto partes do processo.»

Na jurisprudência do STJ, merece atenção o acórdão de 14.12.2016, *Prazeres Beleza*, 268/12, de que extratamos o seguinte segmento:
«Todavia, a audição da criança num processo que lhe diz respeito não pode ser encarada apenas como um meio de prova, com o qual se pretende fazer prova de um facto relevante no processo. É muito mais vasta a finalidade da audição. Trata-se antes de mais de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta.
O exercício do direito de audição, enquanto meio privilegiado de prossecução do *superior interesse da criança*, que consabidamente norteia processos como o presente, está naturalmente dependente e relacionado com a *maturidade* da criança em causa. A lei portuguesa atual – cf. artigos 4º, i) e 84º da Lei nº

147/99 de 1 de Setembro, na anterior e na atual redação, que lhes foi dada pela Lei nº 142/2015, de 8 de Setembro de 2015, e artigos 4º e 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei nº 141/2015, de 8 de Setembro, e que se aplica aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor (artigo 5º da Lei nº 141/2015) –, seguindo os diversos instrumentos internacionais vinculativos (ou não) do Estado Português, alterou a forma de determinar a *obrigatoriedade* de audição da criança. Onde dantes se estabelecia como obrigatória a audição da criança com mais de 12 anos *"ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe"* (nº 1 do artigo 84º da Lei nº 147/99), diz-se agora que a criança deve ser ouvida quando tiver *"capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade"* art.4º, c*)*, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível).
Se antes da entrada em vigor da Lei nº 141/2015 se exigia que o tribunal ouvisse as crianças com mais de 12 anos e, quanto àquelas que tivessem idade inferior, *ponderasse* a sua maturidade e *justificasse* a decisão de não as ouvir – salvo se a criança tivesse uma idade em que é *notória* essa falta de maturidade, naturalmente –, após a sua entrada em vigor essa *ponderação* não pode deixar de se revelar na decisão – continuando a ser dispensada quando for *notório* que a baixa idade da criança não a permite ou aconselha.
Não é adequado aplicar o regime das nulidades processuais à falta de audição. Entende-se antes que essa falta afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva e, por isso mesmo, processual.»
Enfatizando a essencialidade da audição da criança, vejam-se ainda: Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18.10.2018, *Mário Coelho*, 937/15, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8.5.2019, *Isaías Pádua*, 148/19, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.4.2020, *Jorge Seabra*, 371/12.
No caso em apreço, a tramitação adotada pelo tribunal *a quo* não incluiu a audição do menor, sendo que o tribunal *a quo* nem sequer formulou despacho sobre a matéria, sendo que a dispensa da audição tem de ser fundamentada. O menor tem 11 anos, nada constando dos autos que indicie a sua imaturidade ou incapacidade de se exprimir.

Ora, <u>o apuramento da opinião da criança integra matéria de facto essencial para apreciação e decisão deste processo de jurisdição voluntária</u> (cf. supra), sendo que esse apuramento foi completamente omitido, não tendo sequer sido realizada qualquer diligência nesse sentido.
Assim sendo, cumpre anular oficiosamente a decisão proferida em 1ª instância

com fundamento na necessidade de ampliação da matéria de facto (Artigo 662º, nº2, al. c), in fine, do Código de Processo Civil).
Fica prejudicado o conhecimento das restantes questões suscitadas no recurso (Artigos 608º, nº2, e 663º, nº2, do Código de Processo Civil).
CUSTAS
O conceito de custas comporta um sentido amplo e um sentido restrito. No sentido amplo, as custas abrangem a taxa de justiça, os encargos e as custas de parte (cf. Arts. 529º, nº1, do Código de Processo Civil e 3º, nº1, do RCP). No sentido restrito, as custas abarcam apenas a taxa de justiça, conexa com o impulso do processo quer em primeira instância quer em recurso (cf. Arts. 529º, nº2, 642º, do Código de Processo Civil e Arts. 1º, nº1, e 6º, nos. 2, 5 e 6 do RCP). O pagamento da taxa de justiça não se correlaciona com o decaimento da parte, mas sim com o impulso do processo (cf. Arts. 529º, nº2, e 530º, nº1, do Código de Processo Civil). Deste modo, a condenação em custas a que se reportam os Arts. 527º, 607º, nº6 e 663º, nº2, do Código de Processo Civil, só abarca os encargos, quando devidos (Arts. 532º do Código de Processo Civil, 16º, 20º e 24º, nº2, do RCP), e as custas de parte (Arts. 533º do Código de Processo Civil e Arts. 25º e 26º do RCP). O pagamento da taxa de justiça afere-se instância a instância porquanto está conexionado com o impulso processual devido.

Se o recurso de apelação não envolver diligências geradoras de despesas, inexiste fundamento legal para a condenação no pagamento de encargos, devendo a condenação em custas na segunda instâncias cingir-se às custas de parte (relativas à taxa de justiça e aos honorários a mandatário suportados pelo vencedor).[6] Uma vez que o recorrente paga a taxa de justiça relativa ao recurso aquando do seu impulso processual de interposição, não há fundamento a condenação no seu pagamento. A responsabilidade pelo pagamento de custas com base no critério do vencimento e do decaimento, incluindo o recurso, abrange as decisões de mérito e as baseadas em fundamentos de natureza meramente processual.[7] O nosso sistema de custas processuais não comporta a condenação da parte vencida a final no pagamento das custas do recurso.[8] Conforma afirma Salvador da Costa, «se o nosso sistema de custas permitisse esse tipo de definição da responsabilidade pelo pagamento das custas do recurso, teríamos a situação anómala de condenação atual de uma pessoa a determinar no futuro, em quadro de incerteza sobre essa determinação».

No caso em apreço, a decisão a proferir é a da anulação da sentença, sendo

que a essa anulação com o fundamento adotado não foi requerida por qualquer das partes em alegações ou contra-alegações. Assim, não opera o critério do vencimento previsto no Artigo 527º, nos. 1 e 2, do Código de Processo Civil. Também é imprestável o critério do proveito (Artigo 527º, nº1, parte final) porquanto não é conjeturável que progenitor será beneficiado pela decisão de anulação, ou seja, não pode divisar-se uma parte vencida em função da potencialidade desfavorável da decisão de anulação.

Conforme já foi visto supra, não operando os critérios do vencimento e do proveito, também não é admissível fixar as custas, na vertente de custas de parte, pela parte vencida a final.[9]

Cremos que a solução adequada para a situação consistirá na aplicação analógica (Artigo 10º, nº1, do Código Civil) do Artigo 532º, nº3, do Código de Processo Civil, segundo o qual: «*Quando todas as partes tenham o mesmo interesse na diligência ou não se consiga determinar quem é a parte interessada, são os encargos repartidos de modo igual entre as partes*.»

Recorde-se que «(…) se a razão subjacente ao regime do caso previsto for igualmente adequada para o caso omisso, então os casos são (juridicamente) análogos. É, aliás, o que é imposto pelo princípio da igualdade (cf. art. 13º CRP)» (Teixeira de Sousa, *Introdução do Direito*, Almedina, 2013, p. 402). E, mais adiante: «Dito de outra forma: o caso omisso só é análogo ao caso previsto quando os princípios que orientam a regulação do caso previsto puderem ser transpostos para a solução do caso omisso» (*Op. Cit*., p. 405).

Cremos que é o caso. Com efeito, atento o teor da decisão de anulação (não peticionada nos termos decididos) e sendo, neste momento, impossível formular um juízo sobre quem beneficiará da mesma, as razões de equidade que justificam a repartição igualitária dos encargos (Artigo 532º, nº3) são transponíveis para a solução da situação dos autos.

DECISÃO

Pelo exposto, acorda-se em anular a decisão proferida pelo tribunal *a quo,* devendo os autos baixar à primeira instância para audição do menor, sendo proferida nova decisão na sequência dessa audição.
Custas pelo apelante e pela apelada, na vertente de custas de parte, em partes iguais (Artigos 527º, nºs 1 e 2, 607º, nº6 e 663º, nº2, do Código de Processo Civil).

Lisboa, 9.11.2021

Luís Filipe Sousa
José Capacete
Carlos Oliveira

[1]Abrantes Geraldes*, Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 5ª ed., 2018, p. 115.
[2]Abrantes Geraldes, *Op. Cit.*, p. 119.
Neste sentido, cf. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9.4.2015, *Silva Miguel*, 353/13, de 10.12.2015, *Melo Lima*, 677/12, de 7.7.2016, *Gonçalves Rocha*, 156/12, de 17.11.2016, *Ana Luísa Geraldes*, 861/13, de 22.2.2017, *Ribeiro Cardoso*, 1519/15, de 25.10.2018, *Hélder Almeida*, 3788/14, de 18.3.2021, *Oliveira Abreu*, 214/18. O tribunal de recurso não pode conhecer de questões novas sob pena de violação do contraditório e do direito de defesa da parte contrária (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2014, *Fonseca Ramos*, 971/12).
[3]No mesmo sentido, vejam-se Acórdão da Relação de Coimbra de 14.4.93, *Ruy Varela*, BMJ nº 426, p. 541, Acórdão da Relação do Porto de 6.1.94, *António Velho*, CJ 1994- I, p. 197, Acórdão da Relação de Évora de 22.5.97, *Laura Leonardo*, CJ 1997-II, p. 266, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.10.2004, *Oliveira Barros*, acessível em www.dgsi.pt/jstj, RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil* , III Vol., LEBRE DE FREITAS e OUTROS, *Código de Processo Civil Anotado*, II Vol., 2001, p. 669.
[4]No mesmo sentido, cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28.5.2015, *Granja da Fonseca*, 460/11, de 10.5.2016, *João Camilo*, 852/13, de 20.11.2019, *Oliveira Abreu*, 62/07, de 9.9.2020, *Júlio Gomes*, 1533.17, ECLI, de 10.5.2021*, Henrique Araújo*, 3701/18.
[5]Luís Mendonça e Henrique Antunes, *Dos Recursos*, Quid Juris, p. 116.
[6]Cf. Salvador da Costa, "Responsabilidade pelo pagamento de custas, Acórdão da Relação de Lisboa de 15.11.2018 (266/16.4T8VIS.L1-6.ª)", 19.2.2019, publicado no blog do IPPC.
[7]Cf.: Salvador da Costa, "Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de

Justiça de 2018.10.16”, 26 de novembro de 2018, e “Condenação do pagamento de custas da parte vencida a final, Acórdão do Tribunal Relação da Relação de Évora de 2.10.2018”, 25.1.2019, ambos publicados no blog do IPPC.

[8]Cf. Salvador da Costa, “Condenação no pagamento de custas do vencido a final”, 16.12.2019, publicado no blog do IPPC.

[9]Cf., sobre esta abordagem, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6.2.2020, *Carlos Castelo Branco*, 2775/19, com citação de diversa jurisprudência nesse sentido.