

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo nº 19474/23.5T8LSB-A.L1-2

Relator: PAULO FERNANDES DA SILVA

Sessão: 20 Junho 2024

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

IGUALDADE

IMPUGNAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

ÓNUS DE IMPUGNAÇÃO

REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

RESIDÊNCIA DO MENOR

RESIDÊNCIAS ALTERNADAS

Sumário

SUMÁRIO (artigo 663.º, n.º 7, do CPCivil):

I.-Enquanto corolário do processo equitativo, salvo caso de manifesta desnecessidade, o princípio do contraditório confere os direitos de (i) resposta, (ii) contraposição da prova e (iii) audição prévia quanto a decisão do Tribunal que afete as partes e de que as mesmas não prevejam.

II.-Igualmente como expressão do processo equitativo, enquanto corolário do princípio da igualmente consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, a igualdade das partes impõe que estas sejam tratadas de forma paritárias pelo Tribunal, nas variadas vertentes em que este exerce a função judicial.

III.-Na observância dos indicados princípios, releva dilucidar da paridade das partes na oportunidade de influenciar o Tribunal na decisão proferida.

IV.-Sob pena de rejeição do recurso da decisão de facto, na impugnação desta o Recorrente tem um triplo ónus: (i) concretizar os factos que impugna, (ii)

indicar os concretos meios de prova que justificam a impugnação e impõem uma decisão diversa, sendo que caso tenha havido gravação daqueles deve o Recorrente indicar as passagens da gravação em que funda a sua discordância, e (iii) especificar a decisão que entende dever ser proferida quanto à factualidade que impugna.

V.-No âmbito do processo especial de regulação das responsabilidades parentais, caso ambos os pais estejam presentes ou representados na conferência de pais, mas não cheguem a acordo que seja homologado, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos.

VI.-Em caso de cônjuges separados de facto a residência do menor pode ser atribuída a um dos progenitores ou a ambos, em regime alternado, em função do «supremo interesse do menor», «ponderadas todas as circunstâncias relevantes», «designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro», podendo a «residência alternada» ser determinada mesmo sem acordo dos progenitores «nesse sentido».

VII.-A residência alternada deve ser determinada quando constitui uma situação gratificante para os menores, potenciando o seu desenvolvimento integral e harmónico.

Texto Integral

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa

I.

RELATÓRIO.

Nestes autos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, em que é Requerente A... e é Requerida B..., em 01.08.2023 veio aquele pedir a regulação daquelas responsabilidades relativamente aos menores C..., nascida em 23.04.2012, D..., nascido em 11.07.2014, e E..., nascido em 08.06.2017.

Como fundamento do seu pedido alegou, em síntese, que o Requerente e a Requerida vivem separados desde agosto de 2022, ambos em Lisboa, residindo os menores em regime de guarda alternada com os pais, situação

que o Requerente entende dever manter-se, sendo que a Requerida inscreveu, entretanto, os menores em estabelecimentos escolares do Porto, local onde os menores nunca viveram, o que os afastará de amigos e familiares que têm em Lisboa e com os quais vêm mantendo contacto de modo próximo e diário desde o respetivo nascimento.

Em 01.09.2023, invocando o artigo 28.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, o Requerente veio requerer a prolação de medida cautelar urgente quanto a questões essenciais da vida dos menores, designadamente no sentido de que no ano letivo de 2023/2024 os menores continuem a frequentar estabelecimentos de ensino sitos em Lisboa.

Ouvida a Requerida a mesma alegou, em suma, que o Requerente tem comportamentos aditivos relacionados com drogas, álcool e jogo, decorrendo a deslocação dos menores para o Porto da necessidade de lhes conferir melhor qualidade de vida pessoal, académica e lúdica, situação que o Requerente acabou por aceitar e colaborar.

O Requerente refutou os apontados comportamentos aditivos, mantendo o alegado e peticionado no seu requerimento inicial, juntando resultado de pesquisa de Cocaína / Benzoilecgonina.

Foi junto registo criminal do Requerente e da Requerida.

Em 09.11.2023 realizou-se uma conferência de pais, sem acordo entre eles, tendo nela sido ouvidas as partes e os menores, com gravação no *citius*, sendo que a menor C... foi também ouvida em separado e apenas pelas Senhoras Juíza de Direito e Procuradora da República titulares do processo em 1.ª instância.

Os autos foram com vista ao Ministério Público, o qual emitiu parecer, concluindo a estipulação de um regime provisório nos seguintes termos:

- «- As crianças ficam a residir com a mãe;
- O exercício das responsabilidades parentais nas questões de particular importância é exercido por ambos os progenitores;
- O pai, à semelhança do que vem fazendo, pode estar com as crianças, em semanas alternadas, 3 dias por semana, consoante a sua disponibilidade, devendo avisar a mãe com 48 horas de antecedência.
- O Natal e ano Novo será passado, de forma alternada, com cada um dos pais.
- As férias de Natal do presente ano deverão ser repartidas de forma

igualitária entre os progenitores, por acordo e, na falta dele, caberá ao pai escolher;

Por ora, desconhecendo-se em concreto os rendimentos dos progenitores, e passando o pai alguns dias com os filhos, em semanas alternadas, somos de parecer que deverá ser fixada uma pensão de alimentos no valor de 100,00€ para cada criança, num total de 300,00€.

- As despesas de saúde e escolares deverão repartidas em partes iguais por ambos os progenitores, mediante a apresentação do respetivo recibo».

Em 07.12.2023, com efeitos quando «terminado o período escolar anterior ao início das férias escolares de Natal» de 2023, o Juízo de Família e Menores de Lisboa proferiu decisão cujo dispositivo é do seguinte teor:

«(...) decide-se fixar o seguinte regime provisório de regulação do exercício das responsabilidades parentais das três crianças a quem estes autos se reportam:

A)-Caso a progenitora regresse com os filhos a Lisboa:

1.-Fixar a residência das crianças de forma alternada em casa da mãe e do pai, fixando-se períodos de alternância semanal, com trocas à segunda-feira nos estabelecimentos escolares frequentados pelas crianças (salvo acordo em sentido diverso pelos progenitores).

2.-Os pais exercem em conjunto as responsabilidades parentais.

3.-As crianças estarão contactáveis para os progenitores e poderão contactar todos os dias com o progenitor com que não se encontram no momento.

4.-As férias escolares de Natal, Páscoa e de Verão serão divididas em partes iguais por ambos os progenitores.

5.-Os progenitores dividirão entre si os dias 24, 25 e 31 de Dezembro bem como o dia 1 de Janeiro.

6.-Não havendo acordo na divisão dos tempos indicados em 4) e 5) o pai gozará de preferência na escolha este ano e no próximo ano a preferência será exercida pela progenitora e assim sucessivamente nos anos vindouros.

7.-Os dias de aniversário de cada uma das crianças serão passados acompanhados dos irmãos, tomando uma refeição com cada um dos progenitores.

8.-O dia do pai e o dia de anos do pai serão passados pelas crianças com este. O dia da mãe e o dia de anos da mãe serão passados pelas crianças com esta.

7.-As despesas escolares, de saúde e de actividades extracurriculares (estas últimas havendo acordo dos progenitores) serão divididas em partes iguais entre aqueles.

B)-Caso a progenitora não queira regressar com os filhos a Lisboa:

- 1.-Fixa-se a residência das crianças junto do pai em Lisboa.
- 2.-As responsabilidades parentais são exercidas em conjunto por ambos os progenitores.
- 3.-A mãe poderá estar, ver e falar com os filhos sempre que o deseje mediante acordo com o pai, disponibilizando este o uso da habitação àquela para o efeito nos termos por si disponibilizados na conferência de pais de 9 de Novembro transacto (sem a sua presença).
- 4.-Sem prejuízo do antecedente, a mãe passará pelo menos fins-de-semana alternados com os filhos, deslocando-se a Lisboa para tal efeito, devendo o progenitor facultar-lhe habitação nos moldes a que se propôs na conferência de pais (sem a sua presença).
- 5.-A progenitora pagará a título de pensão de alimentos devida a cada um dos filhos o valor de 100,00 mensais, montante a entregar ao progenitor até ao dia 8 do mês a que se reporta (e que se fixa, considerando ter dito viver de rendas e poupanças, ainda que não se tenha apurado o valor concreto das mesmas).
- 6.-As crianças estarão contactáveis para os progenitores e poderão contactar todos os dias com o progenitor com que não se encontram no momento.
- 7.-As férias escolares de Natal, Páscoa e de Verão serão divididas em partes iguais por ambos os progenitores.
- 8.-Os progenitores dividirão entre si os dias 24, 25 e 31 de Dezembro bem como o dia 1 de Janeiro.
- 9.-Não havendo acordo na divisão dos tempos indicados em 7) e 8) o pai gozará de preferência na escolha este ano e no próximo ano a preferência será exercida pela progenitora e assim sucessivamente nos anos vindouros.
- 10.-Os dias de aniversário de cada uma das crianças serão passados acompanhados dos irmãos, tomando uma refeição com cada um dos progenitores.
- 11.-O dia do pai e o dia de anos do pai serão passados pelas crianças com este. O dia da mãe e o dia de anos da mãe serão passados pelas crianças com esta.
- 12.-As despesas escolares, de saúde e de actividades extracurriculares (estas últimas havendo acordo dos progenitores) serão divididas em partes iguais entre aqueles.

Inconformada com tal decisão, dela recorreu a Requerida, apresentando as seguintes conclusões:

«I.-Por duto Despacho de 07 de dezembro de 2023, o Tribunal *a quo* decretou a regulação provisória das responsabilidades parentais respeitantes aos menores C ..., D ... e E ..., COM 11, 9 e 6 ANOS, nos seguintes termos:

[Transcreve seguidamente a decisão recorrida]

II.-A Requerente Apelante não concorda com os fundamentos de facto e de

direito que sustentam a decisão proferida, a mesma padece de errada apreciação da prova produzida, com o consequente erro de julgamento, e, do mesmo modo, uma desadequada subsunção jurídica dos factos.

III.-Pelo que se impõe a sua revogação e substituição por outra que, imponha regime provisório das responsabilidades parentais, distinto.

IV.-E por isso impugna a decisão proferida sobre a matéria de facto, em virtude do Erro de Julgamento, pedido a reapreciação da prova gravada.

V.-A recorrente entende que o duto despacho proferido padece de manifesto erro de julgamento, no que diz respeito à factualidade inserta nos pontos 9. e 13. Dos factos provados, um por defeito e outro por excesso, pois não foram carreados aos autos elementos de prova, nem sequer indiciária, suficientes para que se julgasse tal materialidade cabalmente provada.

VI.-E o ponto 1. dos factos não provados, pelas mesmíssimas razões.

VII.-E ainda, do resultado da factualidade apreciada pela M. Juiz *a quo* deveria ter sido aditado outro facto provado, com a descrição que infra se expõe e pelas razões que infra se aduzem.

VIII.-E as razões de discordância da Recorrente em relação à decisão PROVISÓRIA, de deslocalizar os menores para Lisboa, prendem-se ainda com a factualidade que a M. Juiz *a quo* não valorou ou sequer analisou e por via disso decidiu no sentido que ora se põe em crise.

IX.-A escuta ativa da totalidade da gravação da conferência de pais, realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada, foi conduzida pelo Tribunal *a quo* numa aparente posição castigadora e de reprimenda à progenitora, num tom de voz ostensivo, duro, seco e desadequado, face ao que se discutia nos autos.

X.-O recorrido esteve a prestar declarações (de parte) durante 24 minutos e 43 segundos sem qualquer interrupção da M. Juiz.

XI.-A recorrente, prestou declarações durante 11 minutos e 7 segundos, foi duramente criticada e teve a sua palavra cortada inúmeras vezes pela M. Juiz, que não a deixou terminar raciocínios.

XII.-E por isso, o duto Despacho, ora posto em crise, foi proferido em processo em que foi flagrantemente violado o princípio do contraditório e da igualdade das partes, previstos respetivamente nos artigos 3.º e 4.º do Código de Processo Civil.

XIII.-Insofismável verdade é que o recorrido prestou declarações (de parte) sem ser interrompido durante 24 minutos e 43 segundos e a recorrente viu a sua palavra cortada e coartada pela M. Juiz *a quo*, por 12 vezes.

XIV.-O princípio do contraditório encontra-se igualmente afirmado no âmbito da tutela cível, designadamente nos artigos 5.º e 25.º do RGPTC, sendo as

considerações acima tecidas em tudo extensíveis a tais procedimentos.

XV.-Por outro lado, prescreve o princípio da igualdade que deve ser assegurado, durante todo o processo, “(...) um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício e faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.” – cfr. artigo 4.º do Código de Processo Civil (sublinhado nosso).

XVI.-*In casu*, não foi reconhecido à recorrente igual oportunidade de contraditar a prova declaratória produzida em sede de conferência de pais.

XVII.-Se esta situação já configura uma gravíssima atuação por parte do Tribunal *a quo*, não podemos deixar de realçar o tom reprovador e intempestivo, que a M. Juiz *a quo* utilizou com a requerente ao longo de toda a conferência de pais.

XVIII.-Tom de voz que somente pela audição completa da gravação da conferência de pais, realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada, os Venerandos Desembargadores deste Tribunal da Relação poderão aquilatar.

XIX.-Para além disto, apesar de ser uma conferência de pais e conforme a própria M. Juiz explana acerca da prova que se faz ou não nestas situações, o Tribunal *a quo*, mal andou ao não valorar, sequer indiciariamente as alegações da recorrente.

XX.-Alegações de tal forma graves que impunham obviamente um juízo mais cuidado e ponderado, porquanto o interesse que se pretende acautelar não é a situação pessoal ou moral de cada um dos progenitores, mas o superior interesse das crianças.

XXI.-A requerente alegou o consumo de drogas por parte do requerido e a M. juiz, não quis levar isso em conta, preferindo condoer-se com a persona criada pelo recorrido, que esteve a prestar declarações pessoais, diga-se novamente, durante 24 minutos e 43 segundos vs os 11 minutos e 7 segundos que, ao todo, teve a palavra a requerida.

XXII.-Mas não ficou por aqui a M. Juiz *a quo*, porque em consonância com o tempo que ofereceu ao recorrido, traçou uma matriz e aplicou o mesmo critério de prevalência, aquando da audição dos menores,

XXIII.- O tempo que dedicou e a efusividade com que se referiu ao pai dos meninos e aos seus “feitos”, aquando da audição daqueles, é absolutamente desproporcionado, em relação ao tempo que dedicou e ao desdém com que (não) quis saber das vivências destas crianças com a mãe.

XXIV.-Do mesmo modo, a inquirição dos menores realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada aparenta-se

parcial e tendenciosa, crivada de questões de lana caprina colocadas aos menores, que laureiam o progenitor, mas pior, em claro desprimor pela progenitora.

XXV.-Dos concretos pontos de facto incorretamente julgados e dos concretos meios de prova que impunham decisão diversa, seguimos o seguinte entendimento:

XXVI.-O Tribunal *a quo* deu como provado o seguinte facto:

i.-“9.- Durante a constância do casamento o Requerente ocupava-se das crianças, estando presente na vida deles.”

XXVII.-O Tribunal *a quo* refere-se apenas ao progenitor, não fazendo qualquer menção à progenitora, a qual, mais do que este, se ocupava (e ocupa) das crianças, estando presente na vida delas e gerindo o seu dia-a-dia, não obstante o progenitor afirmar haver uma repartição igualitária das funções parentais.

XXVIII.-Este facto dado como provado, foi-o por defeito, de forma tendenciosa, seguindo o mesmíssimo sentido em que foi dirigida a conferência de pais, conforme supra se alega, com particular e principal enfoque na vivência do pai com os filhos, em detrimento do inverso, com a mãe.

XXIX.-O que claramente inviabilizou que o tribunal asseverasse quem é efetivamente a figura parental de referência dos menores.

XXX.-Ora, na verdade, resulta claríssimo, isto sim, das declarações prestadas por ambos os progenitores, que (pelo menos) ambos, recorrente e recorrido, se ocupavam das crianças, estando presentes na vida deles.

XXXI.-Pese embora a M. Juiz *a quo*, se dirija à recorrente dizendo que “o passado não interessa”, coartando-lhe a possibilidade de mostrar como era a vida dos menores durante a constância do matrimónio,

XXXII.-Leva depois à factualidade provada, um quesito, exclusivamente sobre a parentalidade do progenitor durante a constância do matrimónio!

XXXIII.-Das passagens que se transcrevem, retiradas da gravação realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada, tais alegações são absolutamente incontestáveis,

XXXIV.-Deste modo, mal andou o Tribunal *a quo* ao considerar como provado tal facto, que deveria ter, pelo menos, a seguinte redação:

A)-“Durante a constância do casamento, quer o requerente quer a requerida, ocupavam-se das crianças, estando presentes na vida deles”

XXXV.-Deu o Tribunal *a quo* como provado que,

i. “13.-O Requerente ofereceu a sua própria casa à Requerida, a título

temporário, para a mesma usar caso regresse a Lisboa com os filhos.”

XXXVI.-Mal andou o Tribunal *a quo*, porquanto, de lado nenhum resulta, que o recorrido tenha oferecido a “sua própria casa”.

XXXVII.-O recorrido ofereceu a “casa de morada de família” e nem essa poderia “oferecer”, porquanto o imóvel não é de sua propriedade exclusiva, outrossim, é tido em compropriedade com os 3 irmãos.

XXXVIII.-Isto demonstra a falta de cuidado com que proferiu, a M. Juiz *a quo*, o despacho em crise.

XXXIX.-E consequentemente, tivesse a M. Juiz ponderado a globalidade da prova indiciária que detinha e a decisão que tomou, não tinha sido aquela.

XL.-Mais uma vez, da gravação que se transcreve da sessão realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada, tal facto resulta claro.

XLI.-Deste modo, o facto dado como provado no ponto 13. deverá constar:

i.-“O Requete ofereceu a casa de morada de família à requerida, a título temporário, para a mesma usar caso regresse a Lisboa com os filhos.”

XLII.-Deu o Tribunal *a quo* como não provado o seguinte facto:

i. “1.-O Requete é toxicodependente.”

XLIII.-Mais uma vez, em flagrante desacordo com todas as regras da observação da prova e o resultado da prova indiciária de que dispunha a M. Juiz *a quo*.

XLIV.-Logo de primeiro, tal facto nunca foi alegado.

XLV.-Em momento algum a recorrente alegou por escrito ou oralmente, que o recorrido é “toxicodependente”, expressão que por si só encerra uma valoração não disponível ao Tribunal, com os meios de que dispunha.

XLVI.-Aliás, a expressão, “toxicodependente” foi somente usada pela M. Juiz, durante toda a Conferência de Pais.

XLVII.-E mais uma vez, tal resulta da gravação da audiência realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada.

XLVIII.-O que foi alegado pela recorrente, é que o recorrido é consumidor de produtos estupefacientes, nomeadamente haxixe e cocaína, facto, aliás, reconhecido pelo recorrido.

XLIX.-O recorrido assume que consumiu estupefacientes, pelo menos no verão de 2023, portanto, três ou quatro meses antes da conferência de pais.

L.-Ainda assim, o progenitor juntou, para contraprova do consumo de drogas, dois testes de despiste à cocaína, testes realizados à urina, prova inadmissível.

LI.-Porquanto não foi tal exame toxicológico efetuado pelo Serviço de Química e Toxicologia Forenses do Instituto de Medicina Legal e Ciências Forenses.

LII.-Porque só desta forma seria possível assegurar a integridade, fidedignidade e credibilidade da análise propriamente dita e só deste modo, constituiria prova.

LIII.-Além do mais, sempre se dirá que é do conhecimento público as consequências gravosas que podem advir de consumos de estupefacientes, em especial de cocaína e haxixe, assim como as implicações que a normalização de tais consumos pode ter na vida de três Menores, em estágios formativo.

LIV.-Deste modo, este facto não pode ser levado à base dos não provados, por nunca ter sido sequer alegado, não ter resultado de prova alguma que tenha sido levada a cabo durante a conferência de pais e por ser altamente conclusivo.

LV.-E deste modo, deve ser retirado do elenco dos factos.

LVI.-E em consequência da confissão do recorrido, deverá obrigatoriamente constar da factualidade provada o seguinte ponto:

A)-15.- “O progenitor consumiu drogas, nomeadamente cocaína e haxixe, pelo menos no verão de 2023 e em alturas anteriores não identificadas.”

LVII.-E com este facto provado, a M. Juiz *a quo* teria claramente de discernir melhor, teria de pedir melhor prova, teria de ordenar perícias, teria de ordenar perícias médico-legais específicas do consumo de estupefacientes, teria de ordenar um conjunto de prova que inviabilizaria a tomada de posição de ordenar o regresso dos menores a Lisboa, assim, como o fez e de modo provisório.

LVIII.-E deste modo, impõe-se alterar o teor dos factos impugnados, alterando a redação dos pontos 9. e 13., nos termos que supra se expôs, expurgando do elenco factual o ponto 1. dos factos não provados e aditando o ponto 15. aos factos provados, com a redação que supra se indicou.

LIX.-Ao contemplar diverso entendimento, andou mal o Tribunal *a quo* por ter ajuizado desadequadamente a prova produzida nos autos e, por conseguinte, incorreu em erro de julgamento no que à matéria de facto diz respeito.

LX.-O que se deixa expressamente alegado, para todos os devidos efeitos legais.

LXI.-A recorrente entende também que o Tribunal *a quo* fez uma incorreta valoração da prova carreada e a decisão que proferiu foi manifestamente contrária ao superior interesse dos menores.

LXII.-Assente que esteja a deficiente apreciação da prova produzida, importará sempre referir que também não é isenta de crítica a falta de valoração dos elementos probatórios (ainda que indiciários) carreados pela

recorrente, para os autos, na peça processual apresentada no dia 18 de setembro de 2023, com a referência Citius nº ...49.

LXIII.-A recorrida alegou (previamente) factos demasiado graves, para serem desmerecidos.

LXIV.-Factos que ainda serão objeto de prova em sede de discussão e julgamento, objeto de requerimentos de prova e chamadas as testemunhas que deporão sobre eles.

LXV.-Ora, com o devido respeito, tinha o dever a M. Juiz *a quo*, de primeiro, admitir, que semelhante prova, será produzida em sede de discussão e julgamento

LXVI.-E segundo, que ainda que indiciariamente, tais factos alegados, eram demasiado graves, para não serem sequer discutidos na Conferência de Pais.

LXVII.-Não consegue a recorrente conceber, muito menos conceder, tal posicionamento da M. Juiz *a quo*, uma vez que, ao desmerecer as suas alegações, o Tribunal *a quo* decidiu em sentido manifestamente contrário ao superior interesse dos Menores.

LXVIII.-É consabido que um Tribunal, ao determinar um regime provisório, principalmente um que altere substancialmente a vida dos menores, deverá sempre atender ao superior interesse destes, conceito indeterminado, que não se confunde com as preferências por estes manifestadas.

LXIX.-Resulta claro, da prática jurisprudencial portuguesa, que deve ser tida em consideração, na determinação da residência e guarda, sob o cuidado de que progenitor é que os Menores encontram maiores garantias para o seu normal e saudável desenvolvimento.

LXX.-E em particular, releva para o efeito a existência de: Um projeto formativo que proporcione um mais completo desenvolvimento; Um ambiente seguro; e Uma rede de segurança, quer a nível afetivo, quer a nível de saúde.

LXXI.-Ora, a Digníssima Magistrada do Ministério Público, na sua Promoção, ao contrário do que resulta do Despacho da M. Juiz *a quo*, ponderou todos estes conspectos, a favor dos menores e promovendo pela residência destes com a mãe.

LXXII.-No entanto, a satisfação do interesse do recorrido, que redundou na decisão provisória proferida, deve ser tida como manifestamente incompatível com o superior interesse dos menores, por promover, única e exclusivamente, o bem-estar (egoístico) do progenitor.

LXXIII.-Deste modo deveria ter sido proferida decisão no seguinte sentido:

1.-Fixa-se a residência das crianças junto da mãe no Porto.

2.-As responsabilidades parentais são exercidas em conjunto por ambos os progenitores.

- 3.-O Pai poderá estar, ver e falar com os filhos sempre que o deseje, mediante acordo com a mãe.
- 4.-Sem prejuízo do antecedente, o Pai passará pelo menos fins-de-semana alternados com os filhos.
- 5.-O progenitor pagará a título de pensão de alimentos devida a cada um dos filhos o valor de 100,00 mensais, montante a entregar à progenitora até ao dia 8 do mês a que se reporta.
- 6.-As crianças estarão contactáveis para os progenitores e poderão contactar todos os dias com o progenitor com que não se encontram no momento.
- 7.-As férias escolares de Natal, Páscoa e de Verão serão divididas em partes iguais por ambos os progenitores.
- 8.-Os progenitores dividirão entre si os dias 24, 25 e 31 de dezembro bem como o dia 1 de Janeiro.
- 9.-Não havendo acordo na divisão dos tempos indicados em 7) e 8) a mãe gozará de preferência na escolha este ano e no próximo ano a preferência será exercida pela progenitora e assim sucessivamente nos anos vindouros.
- 10.-Os dias de aniversário de cada uma das crianças serão passados acompanhados dos irmãos, tomando uma refeição com cada um dos progenitores.
- 11.-O dia da mãe e o dia de anos da mãe serão passados pelas crianças com esta. O dia do pai e o dia de anos do pai serão passados pelas crianças com este.
- 12.-As despesas escolares, de saúde e de atividades extracurriculares (estas últimas havendo acordo dos progenitores) serão divididas em partes iguais entre aqueles.

LXXIV.-Do Direito:

LXXV.-O art.º 607º n.º 5 do Código de Processo Civil consagra o princípio da livre apreciação da prova, investindo o julgador na tarefa de emitir uma decisão sobre a matéria de facto “segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto”.

LXXVI.-Não obstante, a decisão sobre a matéria de facto não poderá ser flagrantemente desconforme aos elementos probatórios processualmente recolhidos.

LXXVII.-De tal sorte que o art.º 662º do Código de Processo Civil vem impor ao Tribunal da Relação um verdadeiro dever de alterar a decisão proferida na 1º instância sobre a matéria de facto nas situações em que a prova produzida impuser decisão diversa.

LXXVIII.-Situação que, salvo o devido respeito por melhor opinião, se encontra plasmada nos presentes autos, nomeadamente no que concerne à convicção

por detrás da decisão conferida quanto aos factos constantes dos artigos supra referidos e que aqui se pretendem ver impugnados.

LXXIX.-Ao contemplar diverso entendimento, o Meritíssimo Tribunal *a quo* incorreu em violação do disposto nos arts. 342º do Cód. Civil e 516º do Cód. Proc. Civil, entre outros, motivo pelo qual a douta decisão ora posta em crise se mostra, assim, inquinada, devendo, pois, ser revogada na íntegra.

LXXX.-Salvo melhor entendimento e com o devido respeito, o Tribunal *a quo* não valorou corretamente as declarações da recorrente e bem assim as dos menores.

LXXXI.-Consabido que seja que a apreciação da prova é confiada ao julgador, que a fará livremente, nos termos do disposto no artigo 607.º, n.º 5, do CPC, aplicável *ex vi* o artigo 33.º do RGPTC, não pode a ora recorrente deixar de vir sindicar a sua valoração, mais concretamente a ponderação dos diferentes elementos probatórios na formação da convicção do Tribunal *a quo*.

LXXXII.-Ora, no caso em apreço, ao decidir como decidiu, veio o Tribunal *a quo* preconizar, s.m.o., aberrante solução, que contraria qualquer silogismo lógico. Tudo, em claro desrespeito das regras da razão, da lógica e da experiência que antemuram a liberdade do julgador na apreciação da prova, e bem assim, da douta promoção do Ministério Público.

LXXXIII.-Consequentemente, padecendo o Despacho ora recorrido de um profundo e manifesto erro na ponderação da prova, não pode a recorrente conformar-se com o sentido dessa Decisão, que viola, salvo melhor entendimento, de modo flagrante o superior interesse dos Menores, o qual deve ser revogado e substituído por outro que confie a guarda e a residência dos Menor à recorrente.

LXXXIV.-A adoção de uma medida provisória, seja ela qual for e em que âmbito for está, como qualquer medida definitiva, nos termos do n.º 1 do art.º 4º do RGPTC, sujeita aos “princípios orientadores” de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo.

LXXXV.-No que aos autos releva, é fundamental considerar os princípios consagrados nas alíneas a) - Interesse superior da criança e do jovem -; d) - Intervenção mínima -; g) Primado da continuidade das relações psicológicas profundas - sendo que o terceiro, mais não é do que um subprincípio ou desenvolvimento do primeiro.

LXXXVI.-Apesar de não haver uma definição legal do “superior interesse dos menores”, este aparece referido em vários textos.

LXXXVII.-Consta do art.º 3º n.º 1 da Convenção sobre os direitos das crianças assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990 e aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 20/90, de 12 de Setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/09, que todas as decisões

relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

LXXXVIII.-E na Introdução ao Comentário geral n.º 14 (2013) do Comité sobre os direitos da criança, consta:

“4.-O conceito do interesse superior da criança visa assegurar a fruição plena e efetiva de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança. O Comité já assinalou que “o entendimento feito por um adulto daquilo que constituiu o interesse superior de uma criança não pode prevalecer sobre o respeito de todos os direitos da criança ao abrigo da Convenção.” Recorda que não existe uma hierarquia de direitos na Convenção; que todos os direitos que nela se encontram previstos são do “interesse superior da criança” e que nenhum direito poderá ficar comprometido por uma interpretação negativa do interesse superior da criança.

5.-A aplicação plena do conceito do interesse superior da criança requer o desenvolvimento de uma abordagem assente em direitos, envolvendo todos os intervenientes, de modo a garantir a integridade física, psicológica, moral e espiritual da criança e a promover a sua dignidade humana.

6.-O Comité sublinha que o interesse superior da criança é um conceito com natureza tripla:

(a)-Um direito substantivo: o direito das crianças a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será aplicado sempre que se tenha de tomar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral. O artigo 3.º, parágrafo 1, estabelece uma obrigação intrínseca para os Estados, é diretamente aplicável (autoexecutória) e pode ser invocada perante um tribunal.

(b)-Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo: se uma disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efetivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança.

B)-Os direitos consagrados na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos estabelecem o quadro de interpretação.

C)-(c)- Uma regra processual: sempre que é tomada uma decisão que afeta uma determinada criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral, o

processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) da decisão sobre a criança ou das crianças envolvidas. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Para além disso, a fundamentação de uma decisão deve indicar que direito foi explicitamente tido em conta. A este respeito, os Estados-partes deverão explicar como é que o direito foi respeitado na decisão, ou seja, o que foi considerado como sendo do interesse superior da criança; em que critérios se baseia a decisão; e como se procedeu à ponderação do interesse superior da criança face a outras considerações, sejam estas questões gerais de políticas ou casos individuais.”

LXXXIX.-Na lei ordinária e no que respeita à confiança do menor, residência e visitas, o n.º 5 do art.º 1906º do CC dispõe que o tribunal determinará a residência dos filhos e os direitos de visita de acordo com o interesse destes, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais dos filhos com o outro e o n.º 8 do mesmo normativo dispõe que o tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

XC.-A necessidade de se atender ao interesse superior da criança é a tradução da consideração da criança como titular autónomo de direitos e como titular de uma autonomia progressiva, reconhecida em função do desenvolvimento das suas capacidades, da sua idade e da sua maturidade (artigos 5.º, 12.º e 14.º, n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990 e aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 20/90, de 12 de Setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/09).

XCI.-O interesse superior da criança, enquanto critério de decisão, é um conceito indeterminado, uma orientação para o julgador perante o caso concreto, tendo de ser ponderado casuisticamente, em face da análise de todas as circunstâncias relevantes e que “só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças.” (Maria Clara Sottomayor, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 8ª edição, pág. 60).

XCII.-O interesse superior da criança implica a prossecução da sua segurança, saúde, física e psíquica, do seu sustento, educação e autonomia crescente (cfr. art.º 1878 n.º 1 do CC), do seu desenvolvimento físico, intelectual e moral

(art.º 1885º n.º 1 do CC).

XCIII.-O interesse superior da criança implica que qualquer intervenção e, nomeadamente, a adoção de uma medida provisória, deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

XCIV.- *In casu*, ao fazer depender da ida da mãe para Lisboa a operatividade do primeiro dos regimes provisórios previstos pelo Tribunal *a quo*, e implicando o primeiro de tais regimes um inimaginável corte com a vida e o dia-a-dia dos Menores, por parte da progenitora, impôs o Tribunal ilegalmente a esta uma tomada de posição moral e efetiva acerca da sua vida, em confronto com o seu direito à liberdade e autodeterminação, constitucionalmente protegidos.

XCV.-O Tribunal *a quo*, ao fazer depender o regime provisório, da ida da mãe para Lisboa, quis fazer surgir a culpa judaico-cristã e assim, obrigar a mãe a tomar uma posição mais focada na visão social que poderão ter de si, do que em concreto, uma decisão afirmativa acerca da sua vida com os seus filhos.

XCVI.-O Tribunal *a quo* colocou a mãe com interesses conflitantes entre a prossecução da sua vida pessoal e o seu papel como mãe na vida dos seus filhos.

XCVII.-Mas foi mais longe, ao determinar que:

XCVIII.-Caso a progenitora não queira regressar com os filhos a Lisboa:

1.-Fixa-se a residência das crianças junto do pai em Lisboa.

2.-As responsabilidades parentais são exercidas em conjunto por ambos os progenitores.

3.-A mãe poderá estar, ver e falar com os filhos sempre que o deseje mediante acordo com o pai, disponibilizando este o uso da habitação àquela para ao efeito nos termos por si disponibilizados na conferência de pais de 9 de Novembro transacto (sem a sua presença).

4.-Sem prejuízo do antecedente, a mãe passará pelo menos fins-de-semana alternados com os filhos, deslocando-se a Lisboa para tal efeito, devendo o progenitor facultar-lhe habitação nos moldes a que se propôs na conferência de pais (sem a sua presença)

XCIX.-Ou seja, na alternativa de a recorrente não querer regressar a Lisboa para aí residir, até o direito de visitas aos menores estava limitado à cidade de Lisboa!

C.-Portanto, os tempos de visita desta mãe aos filhos, deveria ser levado a cabo única e exclusivamente em Lisboa, na habitação que foi a casa de

morada de família.

CI.-Isto, Venerandos Desembargadores, é a desconsideração absoluta desta mãe, sem recurso a factos! Factos que pudessem levar o Tribunal *a quo* a desconsiderá-la desta forma!

CII.-O Tribunal *a quo* não avaliou condignamente qual é o progenitor que melhor promove o desenvolvimento físico intelectual e moral os menores.

CIII.-O Tribunal *a quo*, não mostrou interesse em perceber qual é o progenitor com quem os menores têm maior ligação e o vínculo afetivo mais importante.

CIV.-E este é um determinante aspeto de um regime, neste caso ainda para mais, provisório.

CV.-Não o fez, mas podia ter feito, tendo em conta que inquiriu os menores durante 19 minutos e 55 segundos, e podia ter colocado as questões certas e cujas respostas podia avaliar neste conspecto. O que não fez, pelas razões já acima descritas, optando por perguntas de lana caprina.

CVI.-O critério de decisão terá de ser sempre o interesse superior da criança e do jovem, ou seja, como já ficou referido, consta da alínea a) do art.º 4º da LPCJP, aplicável no âmbito do processo tutelar ex vi art.º 4º n.º 1 do RGPTC, que a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

CVII.-A mudança de cidade tem, naturalmente, impacto na relação pessoal, direta e regular com o progenitor a quem não for conferida a guarda da criança.

CVIII.-No entanto, tal realidade não constitui obstáculo a que seja concedida a guarda da criança ao progenitor que pretende mudar a sua residência para outra cidade.

CIX.-A relação da criança com o progenitor sem a guarda, pode ser mantida diariamente através dos meios de comunicação à distância, que comportam som e imagem, hoje facilmente acessíveis (e para os quais as crianças e jovens de hoje parecem dispor de competências inatas), permitindo, assim, a partilha das experiências quotidianas de ambos e o acompanhamento da vida dos menores, e de estadias mais prolongadas das crianças junto desse progenitor nas férias, sendo mais importante a qualidade da relação do que a quantidade.

CX.-E quanto à qualidade da relação impõe-se referir um aspeto:

CXI.-Pese embora a separação dos pais, o superior interesse dos filhos demanda que, para o seu desenvolvimento saudável, os mesmos possam

contar com o empenho e colaboração altruísta de ambos os progenitores e, neste sentido e consequentemente, a relação entre os filhos e os progenitores - ambos os progenitores - deve estar num patamar segregado relativamente à relação dos progenitores entre si, afastando aqueles dos potenciais ou efetivos conflitos entre estes.

CXII.-Os problemas de relacionamento entre os progenitores devem ser mantidos e resolvidos entre eles e nunca transferidos para os filhos e muito menos podem os primeiros utilizar os segundos como instrumentos dos seus interesses egoístas, situações que, no limite, podem constituir uma verdadeira violência sobre os filhos, a demandar atenção e reação adequada por parte dos tribunais.

CXIII.-De realçar que a própria M. Juiz *a quo*, durante a Conferência de pais e após a audição dos menores, parabenizou ambos os progenitores, por ser facto notório que, pese embora o conflito destes, os menores não se mostram afetados pelo mesmo, conforme resulta da gravação realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada.

CXIV.-Assim e tendo em consideração tudo o supra exposto, a menos que alguma circunstância ponderosa o justifique, não deverão ser adotadas medidas provisórias que impliquem uma rutura abrupta na relação afetiva de referência, pois, manifestamente, contrariam o interesse superior do menor.

CXV.-Impunha-se, portanto, como se refere no Ac. desta RG de 12/01/2017, processo 996/16.0T8BCL- .G1, consultável *in* www.dgsi.pt/jtrg) que, “tratando-se de uma decisão provisória, fundada nos poucos elementos até essa data recolhidos, o julgador deve nortear-se por princípios de razoabilidade, actuando com bom senso, prudência e moderação, protegendo os interesses dos menores”

CXVI.-Foi este bom senso e prudência que falhou ao Tribunal *a quo*.

CXVII.-O Tribunal *a quo* não relevou aspetos absolutamente determinantes para a observância do superior interesse dos menores, como sendo:

CXVIII.-A Recorrente pretende viver com os seus filhos, na cidade do Porto, onde tem a sua família, seu pai e família, de quem tem grande proximidade afetiva, onde tem os seus amigos, que são a sua rede de apoio no dia a dia da vida dos seus três filhos de quem cuida de forma exemplar com todo o amor, morando num apartamento com três quartos, um para os meninos, um para a menina e outro para ela própria.

CXIX.-Em Lisboa a Recorrente não tem família, não tem rede de apoio de amigos, vivia num apartamento com dois quartos.

CXX.-E como disse a recorrente ao Tribunal *a quo*, se ficasse a residir em

Lisboa, a recorrente seria uma pessoa triste e não realizada, o que necessariamente se repercutiria de forma negativa no exercício das responsabilidades parentais e no seu relacionamento com os seus filhos.

CXXI.-As crianças, por seu turno, estão absolutamente adaptadas à mudança de vida para a cidade do Porto, de tal forma que a avaliação intercalar destes meninos foi excelente, conforme requerimento da recorrente, nos autos, de 2-01-2024, com referência Cituis nº ...23.

CXXII.-Esta avaliação deve-se em toda a linha aos esforços envidados pela recorrente, na integração dos seus filhos, quer nas atividades curriculares e extracurriculares.

CXXIII.-E bem assim, o bem-estar dos menores na cidade do Porto, com a mãe.

CXXIV.-Conforme é admitido pelo próprio recorrido, na gravação realizada no dia 9 de novembro de 2023, das 10h:05m às 11h:53m, que se encontra registada em sistema áudio do programa CITIUS, devidamente identificada:

CXXV.-Por outro lado, do projeto de vida do recorrido para os seus três filhos, o Tribunal *a quo* só sabe, porque foi junta documentação, que este tem as vagas nas escolas dos menores asseguradas.

CXXVI.-O encantamento da M. Juiz *a quo* pela exaustiva descrição por parte do recorrido do “projeto” que tem para a sua vida com os menores, perdeu-se na retórica.

CXXVII.-De tão eficaz que a retórica se tornou, que a M. Juiz *a quo* se olvidou da forma e conteúdo da mensagem, porque na verdade, depois de 22 minutos e 43 segundos a declarar de pro domo sua, bem visto, como projeto de vida o Recorrido tem:

CXXVIII.-Viver numa casa que lhe é cedida a título gratuito pela mãe, onde tem dois quartos para os três filhos, não auferir qualquer rendimento proveniente do seu trabalho, nem tem uma profissão e não dispõe de suporte familiar que possa auxiliar na gerência da vida com três filhos.

CXXIX.-Ficou absolutamente claro que, no caso de a residência dos filhos, ser fixada com a mãe e de esta continuar no Porto, o recorrido não fica impedido de estar e conviver regularmente com os menores, aliás, assumiu ter financeiramente essa possibilidade e que a recorrente não tem coisa que esta fez saber o Tribunal *a quo*.

CXXX.-Deste modo, a M. Juiz *a quo* proferiu em absoluta desconformidade com o superior interesse dos três menores, decisão provisória errada, conforme supra se alega.

CXXXI.-Ao contemplar diverso entendimento, o Meritíssimo Tribunal “*a quo*” incorreu em violação do disposto nos arts. 342º do Cód. Civil e 516º do Cód.

Proc. Civil, entre outros, motivo pelo qual a douda decisão ora posta em crise se mostra, assim, inquinada, devendo, pois, ser revogada na íntegra.

CXXXII.-Pelo que se impõe a revogação da decisão proferida, no sentido que se descreve supra.

CXXXIII.- Normas violadas: artigos 3º, 4º 607º nº 5, 662º, 516º, do CPC; 4º nº1; 5º, 25º, 33º do RGPTC, 342º, 1906º nº5 e 8, 1878º nº1, 1885 nº1, do CC, art.º 3º n.º 1, 5º, 12º e 14º da Convenção sobre os direitos das crianças assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990 e aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 20/90, de 12 de Setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/09, artigo 4º da LPCJP; Termos em que deverá ser concedido integral provimento ao recurso interposto, e revogada a douda sentença proferida, nos termos supra expendidos, assim se fazendo Justiça».

Notificados do recurso, o Requerente e o Ministério Público contra-alegaram, sustentando a manutenção da decisão recorrida.

*

Da consulta dos autos decorre que em 03.01.2024 os menores voltaram a residir em Lisboa, frequentando estabelecimentos de ensino nesta cidade, residindo com cada um dos progenitores, em semanas alternadas.

Colhidos os vistos, cumpre ora apreciar a decidir.

II.

OBJETO DO RECURSO.

Atento o disposto nos artigos 608.º, n.º 2, 635.º, n.º 4 e 639.º, n.ºs 1 e 2, todos do CPCivil, as conclusões do Recorrente delimitam o objeto do recurso, sem prejuízo do conhecimento de questões que devam oficiosamente ser apreciadas e decididas por este Tribunal da Relação.

Nestes termos, considerando as conclusões deduzidas pela Recorrente, no presente recurso está em causa dilucidar:

- Da violação do contraditório e da igualdade das partes;
- Da impugnação da decisão de facto;
- Do regime provisório de regulação das responsabilidades parentais, quanto à fixação da residência dos menores e, se necessário, no que respeita ao regime de convívio com o progenitor não residente.

Assim.

III.

DA VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA IGUALDADE DAS PARTES.

(Conclusões IX. a XXIV. das alegações de recurso).

A Requerida, ora Recorrente, referiu que o Tribunal recorrido violou os princípios do contraditório e da igualdade das partes, na medida em que, em suma, na conferência de pais realizada (i) ouviu o Requerente durante mais tempo do que a Requerida, (ii) interrompeu esta mais vezes do que o Requerente e (iii) na audição dos menores deteve-se mais tempo com factos relativos à relação deles com o Requerente do que da relação dos mesmos com a Requerida.

Daquela alegada violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes não, retirou, contudo, a Recorrente qualquer ilação quanto aos respetivos efeitos jurídico-processual, pelo que nessa medida o recurso revela-se inócuo, designadamente quanto à revogação da decisão recorrida.

De todo o modo, segundo o disposto no artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, do CPCivil, «[s]ó nos casos excecionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida», sendo que «[o] juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem».

Em termos tutelares cíveis, o princípio do contraditório encontra-se expressamente consagrado no artigo 25.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, RGPTC.

De acordo com os n.ºs 1 e 3 daquela disposição legal, «[a]s partes têm direito a conhecer as informações, as declarações da assessoria técnica e outros depoimentos, processados de forma oral e documentados em auto, relatórios, exames e pareceres constantes do processo, podendo pedir esclarecimentos, juntar outros elementos ou requerer a solicitação de informações que considerem necessárias», sendo que «[é] garantido o contraditório relativamente às provas que forem obtidas» através de tais meios».

Enquanto corolário do processo equitativo, consagrado no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, «salvo caso de manifesta desnecessidade», o princípio do contraditório confere os direitos de (i) resposta, (ii) contraposição da prova e (iii) audição prévia quanto a decisão do

Tribunal que afete as partes e de que as mesmas não prevejam.

Como refere Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código, edição de 2017, página 127, «[o] escopo principal do princípio do contraditório deixou de (...) ser a *defesa*, no sentido de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo (...)».

Por outro lado, com a epígrafe «Igualdade das partes» o artigo 4.º do CPCivil estipula que «[o] tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais».

Igualmente como expressão do processo equitativo, enquanto corolário do princípio da igualmente consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, a igualdade das partes impõe que estas sejam tratadas de forma paritárias pelo Tribunal, nas variadas vertentes em que este exerce a função judicial.

Na matéria referem Castro Mendes e Teixeira de Sousa, Manual de Processo Civil, volume I, edição de 2022, página 99, que «[e]m concreto, o princípio da igualdade das partes traduz-se numa igualdade de *chances* e de riscos: ambas as partes devem ter as mesmas *chances* de obter uma decisão favorável e sobre ambas as partes deve recair o mesmo risco de o tribunal proferir uma decisão desfavorável. Durante o desenrolar do processo, ambas as partes devem ter as mesmas oportunidades de influenciar o seu resultado (...)».

Ora, compulsando os autos não se vislumbra que neles tenham sido violados os princípios do contraditório e de igualdade das partes.

Com efeito, ambas as partes juntaram os articulados que tiveram por convenientes, bem como apresentaram as provas que entenderam, sem que tenha havido qualquer censura do Tribunal recorrido, sendo que este anunciou no final da conferência de pais o propósito de proferir decisão provisória de regulação das responsabilidades parentais, pelo que a decisão recorrida não constitui uma decisão-surpresa em termos técnico-jurídicos.

Dito de outro modo, as partes, ambas as partes, lograram apresentar as suas razões em termos paritários e, com isso, influenciar o Tribunal recorrido nos

termos que entenderam corresponder às suas justas posições, pelo que mostram-se salvaguardados *in casu* os referidos princípios do contraditório e de igualdade das partes.

Não obsta a um tal entendimento as alegadas circunstâncias de na conferência de pais o Requerente ter sido ouvido durante mais tempo do que a Requerida ou desta ter sido interrompida mais vezes do que o Requerente ou da audição dos menores ter sido mais demorado quanto a factos relativos à relação deles com o Requerente do que quanto à relação dos mesmos com a Requerida.

Com efeito, não é em função de tais parâmetros meramente quantitativos que se afere da observância ou não observância dos indicados princípios, relevando antes dilucidar da paridade das partes na oportunidade de influenciar o Tribunal na decisão proferida.

Ora, naquela última vertente, ouvindo integralmente a gravação feita da conferência de pais constante do *citius*, não se vislumbra que o Tribunal recorrido tenha postergado tais princípios.

Improcede, assim, nesta sede o recurso.

IV.

DA IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO DE FACTO.

(Conclusões II., IV. a VIII., XXV. a LXVII., LXXV. a LXXXIII. e CXXXI. das alegações de recurso).

1.-Segundo o disposto no artigo 640.º, n.º 1 e 2, alínea a), do CPCivil, «1.-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.

2-No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte:

- a)-Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas 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».

Ou seja, sob pena de rejeição do recurso da decisão de facto, na impugnação desta o Recorrente tem um triplo ónus: (i) concretizar os factos que impugna, (ii) indicar os concretos meios de prova que justificam a impugnação e impõem uma decisão diversa, sendo que caso tenha havido gravação daqueles deve o Recorrente indicar as passagens da gravação em que funda a sua discordância, e (iii) especificar a decisão que entende dever ser proferida quanto à factualidade que impugna.

Como refere Abrantes Geraldês, Recursos no Novo Código de Processo Civil, edição de 2018, páginas 163 e 169, o legislador optou «por restringir a possibilidade de revisão de concretas questões relativamente às quais sejam manifestadas e concretizadas divergências por parte do recorrente», sendo que as exigências decorrentes do apontado regime legal «devem ser apreciadas à luz de um critério de rigor. Trata-se, afinal, de uma decorrência do princípio da autorresponsabilidade das partes, impedindo que a impugnação da decisão da matéria de facto se transforme numa mera manifestação de inconsequente inconformismo (...)».

2.-No caso vertente.

A Recorrente cumpriu os apontados ónus de impugnação da decisão de facto quanto aos factos provados 9. e 13. e ao facto não provado 1., pelo que cumpre apreciar e decidir da impugnação da decisão de facto em tal sede. A Recorrente alegou também que com a «peça apresentada no dia 18 de setembro de 2023, com a referência Citius n.º ...49», «alegou (...) factos demasiados graves, para serem desmerecidos», os quais deveriam ter sido «discutidos na Conferência da Pais».

No recurso, não indicou, contudo, os concretos factos que tinha por omitidos na decisão recorrida, nem os elementos probatórios que justificavam que os mesmos se tivessem como provados, termos em que, por incumpridos nessa sede os apontados ónus de impugnação da matéria de facto, é de rejeitar no mais o recurso da decisão de facto.

2.1. Do facto provado n.º 9.

A partir do declarado na conferência de pais realizada, o Tribunal recorrido deu aí como provado que:

«9.-Durante a constância do casamento o Requerente ocupava-se das crianças,

estando presente na vida deles».

A Recorrente pretende que tal facto passe a ter a seguinte redação:

«9.-Durante a constância do casamento, quer o requerente quer a requerida ocupavam-se das crianças, estando presentes na vida deles».

Invoca para tal as declarações prestadas pelas partes na conferência de pais. Ora, ouvidas integralmente por este Tribunal da Relação de Lisboa as declarações prestadas pelas partes na conferência de pais é manifesta a justeza da alteração da decisão de facto requerida pela Recorrente no que ora está em causa.

Com efeito, das declarações do Requerente e Requerida, ao longo das mesmas, decorre que quando viviam em comunhão de mesa e habitação ambos os progenitores cuidavam dos menores, cumprindo as mais diversas tarefas que as responsabilidades parentais impõem.

Nestes termos, justifica-se que o facto provado n.º 9 passe a ter a seguinte redação:

9.-Durante a constância do casamento, quer o Requerente, quer a Requerida ocupavam-se das crianças, estando presentes na vida deles.

Procede, pois, nesta sede o recurso.

2.2. Do facto provado n.º 13.

Com fundamento nas declarações prestadas em conferência de pais, o Tribunal recorrido deu como provado com o n.º 13 que:

«13.-O Requerente ofereceu a sua própria casa à Requerida, a título temporário, para a mesma usar caso regresse a Lisboa com os filhos».

A Recorrente entende que tal facto deve passar a ter a seguinte redação:

«13.-O Requerente ofereceu a casa de morada de família à requerida, a título temporário, para a mesma usar caso regresse a Lisboa com os filhos».

Apreciemos.

Ouvidas as declarações prestadas pelas partes na conferência de pais, concretamente do último ficheiro relativo às mesmas, 07:15 a 09:15 minutos, resulta que o Requerente disponibilizou à Requerida a casa onde ambos residiam em comunhão de mesa e habitação à data da sua separação para que a mesma a use quando pretenda estar com os filhos em Lisboa.

Em consequência, nesta sede procede no essencial a pretensão da Recorrente, devendo o facto provado 13 passar a ter a seguinte redação:

13.-Aquando da conferência de pais, em 09.11.2023, o Requerente disponibilizou à Requerida a casa onde ambos residiam à data da respetiva separação, a título temporário, para que a mesma a usasse caso regressasse a Lisboa com os filhos.

2.3. Do facto não provado n.º 1.

Referindo a «ausência de elementos que permitam concluir pela sua demonstração», o Tribunal recorrido deu como não provado com o n.º 1 que: «1.-O Requerente é toxicodependente».

A Recorrente pretende que tal facto seja como tal eliminado e que seja aditado um novo facto com a seguinte redação:

«15.-O progenitor consumiu drogas, nomeadamente cocaína e haxixe, pelo menos no verão de 2023 e em alturas anteriores não identificadas».

Analisemos.

A matéria factual em causa decorre designadamente dos artigos 9., 10., 17., 24., 25. e 32. a 34. do requerimento da Requerida de 18.09.2023, referência *citius* ...49:

«9.

(...) nos últimos – aproximadamente – 8 anos, o Requerente tem vindo a manter um consumo exagerado de álcool e drogas, diariamente, não se coibindo de consumir na casa onde residia com os três filhos de ambos e com a Requerida, que por diversas vezes se deparou com vestígios de cocaína por toda a casa.

10.

Fazendo-o, atualmente, na casa onde reside, e onde convive com as crianças frequentemente.

(...)

17.

Nos últimos 3 anos, as adições do Requerente vieram a intensificar-se, tornando-se num grave problema tanto para a relação matrimonial, como no que respeita à relação entre o Requerente e os três filhos.

(...)

24.

Por vezes, encontrava-se num tal estado de perturbação pelo consumo de

álcool e/ou drogas que não era, sequer, perceptível aquilo que verbalizava pelo telemóvel.

25.

Aparecia visivelmente alterado em festas de anos das crianças, convívios familiares, festas da escola e atividades extracurriculares, conforme já foi, aliás, comunicado à Requerida pelos professores responsáveis pelas atividades curriculares que os menores frequentam.

(...)

32.

A 03 de março do corrente ano, o Requerente foi viajar, regressando a Portugal no dia 21 desse mesmo mês,

33.

Acontece que, na data em que partiu para a viagem, não entregou a bata da escola do menor E..., bem como o livro das aulas de piano da menor C...,

34.

Razão pela qual, a Requerida se deslocou à casa onde, atualmente, reside o Requerente, para ir buscar os pertences das crianças, deparando-se com um cenário de desarrumação total, com vestígios de cocaína na cómoda e na mesa de cabeceira do quarto, roupa interior usada e artigos eróticos, nas gavetas de armários que se encontram à disposição e ao alcance das crianças quando estão com o Pai»

Embora nunca qualificando o Requerido como «toxicodependente», aquelas alegações da Requerente mais não pretendem que significar tal: «nos últimos – aproximadamente – 8 anos, o Requerente tem vindo a manter um consumo exagerado de álcool e drogas, diariamente», «as adições do Requerente vieram a intensificar-se, tornando-se num grave problema», em 03 de março de 2023 havia «vestígios de cocaína na cómoda e na mesa de cabeceira do quarto» do Requerente.

Mais, com a referida alegação pretende a Requerida colocar em crise as competências parentais do Requerente em razão do alegado comportamento aditivo do mesmo e justificar a ida dos menores para o Porto.

Ora, ouvidas as declarações das partes na conferência de pais, não se conclui daí a alegada dependência do Requerente relativamente a produtos estupefacientes, haxixe e cocaína, conforme designadamente 05:01 a 11:24 minutos, 23:36 a 26:00 minutos e 54:08 a 55:35 minutos do ficheiro áudio relativo às declarações iniciais das partes na conferência de pais.

É certo que o Requerente admitiu ser «utilizador esporádico» e «recreativo» de substâncias estupefacientes, haxixe e «pontualmente» cocaína, referindo que a última vez terá sucedido «antes do verão» de 2023.

Contudo, em função dos elementos constantes por ora dos autos, tal não teve aparentemente efeitos nas competências parentais do Requerente, como o demonstra a circunstância dos menores terem continuado a ter contactos normais com o Requerente, permanecendo à sua guarda por diversos dias e até semanas, como sucedeu desde a separação do casal, no verão de 2022, sem a mínima objecção da Requerida que por certo não deixaria de se opor a tal caso existisse uma situação de toxicodependência do Requerente.

Em consequência, igualmente infundada surge a alteração da residência dos menores para o Porto.

Nestes termos, sem prejuízo do ulterior decurso dos autos, designadamente com a produção de outra prova para além das declarações das partes na conferência de pais, considerando o alegado pela Requerida na matéria em causa, conforme indicado requerimento de 18.09.2023, e a factualidade considerada pertinente para a decisão provisória de regulação das responsabilidades parentais aqui em causa, entende-se de manter o facto não provado 1. e não aditar nova factualidade aos factos provados, improcedendo, pois, nesta sede a pretensão da Recorrente.

*

* *

Pelo exposto, em função do estado dos autos e tendo em vista a decisão provisória de regulação das responsabilidades parentais em causa, este Tribunal da Relação de Lisboa tem, pois, por ora como provada a seguinte factualidade:

- 1.-A... e B... são casados entre si, tendo três filhos em comum: C..., D... e E...;
- 2.-A vida do casal decorreu em Lisboa, tendo sido nesta cidade que as três crianças sempre viveram até ao Verão deste ano [2023];
- 3.-Requerente e Requerida separaram-se;
- 4.-A Requerida foi viver para o Porto, cidade natal, levando consigo as três crianças;
- 5.-O Requerente não consentiu na deslocação de residência dos filhos;
- 6.-A Requerida é consultora de imagem, não estando neste momento empregada;
- 7.-Vive de poupanças e rendas;
- 8.-O Requerido não está neste momento a trabalhar, ocupando-se de negócios de família;
- 9.-Durante a constância do casamento, quer o Requerente, quer a Requerida ocupavam-se das crianças, estando presentes na vida deles;
- 10.-Após a separação do casal o Requerente continuou a acompanhar as crianças, dividindo informalmente o tempo com a Requerida;

11.-Após a deslocação das crianças para o Porto, o Requerente, para estar com os filhos, arrendou um espaço em *Airbnb* deslocando-se àquela cidade, estando com as crianças com o acordo da Requerida;

12.-As crianças até ao início do presente ano letivo estavam na escola em Lisboa, mantendo as vagas no momento presente;

13.-Aquando da conferência de pais, em 09.11.2023, o Requerente disponibilizou à Requerida a casa onde ambos residiam à data da respetiva separação, a título temporário, para que a mesma a usasse caso regressasse a Lisboa com os filhos;

14.-Requerente e Requerida não têm antecedentes criminais.

*

Este Tribunal da Relação de Lisboa considera que por ora não ficou provado qualquer outro facto e particularmente não ficou demonstrado que:

1.-O Requerente é toxicodependente.

2.-O Requerente nunca acompanhou os filhos.

3.-O Requerente autorizou ou aceitou a deslocação da residência dos filhos para o Porto.

V.

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO.

(Conclusões I. a III, LXI e LXVII a LXXIV., LXXXIII. a CXXXIII. das alegações de recurso).

Nos termos do artigo 38.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, no âmbito do processo especial de regulação das responsabilidades parentais, caso ambos os pais estejam presentes ou representados na conferência de pais, «mas não chegarem a acordo que seja homologado, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos (...)». Tal foi o que sucedeu no caso vertente, sendo que embora a decisão provisória abranja também o chamado regime de visitas e, numa das situações alternativas nela contempladas, a pensão de alimentos dos menores, levando em conta o objeto do recurso, está em causa essencialmente saber se provisoriamente os menores devem voltar a residir no Porto, com a mãe, à guarda exclusiva desta, conforme pretensão da mesma, fixando-se então o regime de convívio dos menores com o pai, ou se devem os menores residir em Lisboa, em regime de guarda alternada, conforme vem sucedendo desde 3 de janeiro último, na sequência da decisão recorrida.

Vejamos.

Conforme artigos 1878.º, n.º 1, e 1885.º, n.º 1, do CCivil, «[c]ompete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, promover ao seu sustento, dirigir a sua educação», cabendo-lhes «de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos».

Relativamente a progenitores separados, casados, como sucede na situação vertente, segundo o disposto no artigos 1906.º, n.ºs 5 e 6, e 1909.º do CCivil, «[o] tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro», sendo que «[q]uando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos».

Do apontado regime legal decorre que em caso de cônjuges separados de facto a residência do menor pode ser atribuída a um dos progenitores ou a ambos, em regime alternado, em função do «supremo interesse do menor», «ponderadas todas as circunstâncias relevantes», «designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro», podendo a «residência alternada» ser determinada mesmo sem acordo dos progenitores «nesse sentido».

O «interesse superior da criança e do jovem» constitui um princípio orientador fundamental em matéria de regulação judicial das responsabilidades parentais, entendendo-se nesse âmbito que «a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses presentes no caso concreto», conforme artigos 4.º do RGPTC e 4.º, alínea a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 142/2015, de 08.09.

Como se refere no acórdão do Venerando Supremo Tribunal de Justiça de

27.01.2022, processo n.º [processo n.º 19384/16.2T8LSB-A.L1.S1](#), in [www.dgsi.pt/jstj.](#), «(...) a lei consigna a prevalência do superior interesse do filho menor como critério decisório orientador na regulação do regime das responsabilidades parentais entre os progenitores separados».

«O superior interesse da criança encontra-se também inscrito como vetor fundamental no artigo 7.º da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU, de 20/11/1959, nos artigos 9.º, n.º 1, e 18.º, n.º 1, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, a 26/01/1990, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12/09, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12-09, e no artigo 6.º, alínea a), da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, adotada em Estrasburgo, a 25/01/1996, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13-12-2013 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27-01».

«Nessa conformidade, o superior interesse da criança traduz-se num conceito jurídico indeterminado que visa assegurar a solução mais adequada para a criança no sentido de promover o seu desenvolvimento harmonioso físico, psíquico, intelectual e moral, especialmente em meio familiar, sendo, por isso, aferível em função das circunstâncias de cada caso».

No caso vertente, por ora, em função dos elementos factuais constantes dos autos, decorre que:

- Os menores têm de idade na presente data 12 anos, no caso da C ..., quase 10 anos, o D ..., e 7 anos, o E ...;
- Salvo quanto ao período compreendido entre o verão de 2023 e 03.01.2024, os menores sempre viveram em Lisboa;
- Tal vivência decorreu com ambos os progenitores até ao verão de 2022, de forma conjunta, e desde então, igualmente com ambos os progenitores, mas em guarda alternada;
- Os pais dos menores revelam competências parentais para potenciar aos mesmos o seu integral desenvolvimento socioeducativo;
- Os menores parecem socio-educativamente integrados, têm igual afeto por ambos os progenitores e mostram capacidade para residir alternadamente com aqueles.

Neste enquadramento, no supremo interesse da C..., do D... e do E... não se vislumbra por ora razão para alterar a decisão recorrida que fixou o regime provisório de regulação das responsabilidades parentais.

A estabilidade dos menores nas suas relações parentais e socioeducativas

mostra-se salvaguardada com a manutenção da decisão recorrida e essa configura-se como uma mais-valia que deve ser por ora preservada, sendo que o ulterior decurso do processo, com seguramente novos meios de prova e elementos probatórios mais consistentes, melhor permitirá aquilatar do regime das responsabilidades parentais, em termos mais definitivos.

Em função do equilíbrio situacional ora alcançado, o supremo interesse dos menores e a razoabilidade justificam que seja mantida a decisão recorrida. Claro que tal determina em larga medida a vivência da Recorrente, por ficar condicionada a viver semanas alternadas em Lisboa ou aqui deslocar-se, que não permanecer, em fim-de-semana alternados ou quando pretenda estar com os menores.

O mesmo sucedeu com o Recorrido quando os menores viveram no Porto e sucederia ou sucederá se tal voltar a suceder.

Diversamente do que alega a Recorrente, não se entende tal como uma «desconsideração absoluta» da pessoa de um dos progenitores, mas antes como um corolário da salvaguarda do supremo interesse dos menores no contexto de vida dos respetivos progenitores.

Em suma, improcede, o recurso, mantendo-se, pois, a decisão recorrida.

*

Quanto às custas do recurso.

Segundo o disposto nos artigos 527.º, n.ºs 1 e 2, do CPCivil e 1.º, n.º 2, do Regulamento das Custas Processuais, o recurso é considerado um «processo autónomo» para efeito de custas processuais, sendo que a decisão que julgue o recurso «condena em custas a parte que a elas houver dado causa», entendendo-se «que dá causa às custas do processo a parte vencida, na proporção que o for».

Ora, na relação jurídico-processual recursiva a Recorrente configura-se como parte vencida, termos em que a mesma deve suportar as custas do recurso.

VI.

DECISÃO

Pelo exposto, julga-se improcedente o recurso e, em consequência, mantém-se integralmente a decisão recorrida.

Custas pela Recorrente – artigo 527.º, n.ºs 1 e 2, do CPC.

Lisboa, 20 de junho de 2024

Paulo Fernandes da Silva - (relator)

Arlindo Crua - (1.º Adjunto)

Orlando Nascimento - (2.º Adjunto)