

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 2616/2007-2

Relator: VAZ GOMES

Sessão: 14 Junho 2007

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PARCIALMENTE PROCEDENTE

REGULAÇÃO DO PODER PATERNAL

Sumário

O interesse do menor, ou o superior interesse do menor, é um conceito indeterminado que deve ser concretizado pelo juiz de acordo com as orientações legais sobre o conteúdo do poder paternal: a) a segurança e saúde do menor, o seu sustento, educação e autonomia (art.º 1878); b) o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos (art.º 1885, n.º 1); c) a opinião do filho (art.º 1878, n.º 2; art.º 1901 n.º 1). A opinião do menor torna-se relevante em diversas matérias que lhe dizem respeito, e no caso concreto, também no que toca à suficiência da pensão alimentar não só em termos de subsistência como também em termos de adequação para o seu processo de desenvolvimento intelectual, físico e moral.
(V.G.)

Texto Integral

Acordam os juízes na 2.ª secção (Cível) do Tribunal da Relação de Lisboa

I-RELATÓRIO

APELANTE E REQUERENTE: J M S R (representado em juízo pelo ilustre advogado J L M com escritório em Lisboa, conforme procuração de fls. 12).

*

APELADA E REQUERIDA: M C A F (representada em juízo pela ilustre advogada C P com escritório em Lisboa)

*

Ambos com os sinais dos autos.

*

O requerente por apenso ao processo de regulação do exercício do poder paternal relativo aos menores J A F R, nascido aos 21/05/1989 e M J F R, nascido aos 26/08/1992 a presente acção de alteração daquela regulação, com incumprimento pedindo se reduza a pensão a favor dos menores e a seu cargo para €300/mês e se fixe uma multa à requerida, em suma sustentando incumprimento quanto ao gozo de feris no ano de 2004 (factos ocorridos em 31/07/04, 14/08/04) e que se reformou entretanto, tendo visto diminuir os seus proventos, nada auferindo da actividade de venda de gravatas que anteriormente desenvolvia, atenta a crise do país, estando a ser ajudado pelo seu pai para poder cumprir o dever de prestação alimentícia, sendo que entretanto casou e o cônjuge recém formado quase nada tem de rendimentos seus. A requerida, citada para o art.º 182/3 da OTM veio impugnar os factos sustentando que não houve incumprimento seu e que a pensão de alimentos deve ser mantida. Solicitados inquéritos, instruídos os autos, havendo prova testemunha arrolada designou-se dia para a audiência de discussão e julgamento a que se procedeu com observância da forma legal, tendo sido determinada a audição dos menores a que se procedeu, tendo-se indeferido o requerimento do ilustre advogado do requerente no sentido da documentação das declarações dos menores e da sua própria presenças na diligência.

Inconformado com esse despacho o requerente dele *aggravou*, agravo que foi recebido, nele concluindo:

1. A diligência de audiência dos menores, sem a audiência contraditória de todas as partes, não pode, nem deve, prejudicar a faculdade concedida às partes de não prescindirem da documentação da audiência.
2. A diligência de audiência dos menores, sem a audiência contraditória de todas as partes, não pode nem deve, substituir o exame pericial, nem os pressupostos da sua admissão.
3. Tendo o recorrente reclamado da audiência nessas condições de falta de contraditório, era de atender à sua reclamação.

4. Foi violado o disposto nos art.ºs 3.º-A, 512, 522-B e 568 todos do CPC, pelo que revogando o duto despacho recorridos, concedendo provimento ao agravo, V.Ex.as farão a costumada justiça.

Não houve contra-alegações da apelada.

Notificado o requerente, ao abrigo do disposto no art.º 690-B para pagar a taxa de justiça omitida e bem assim como da multa do n.º 1 do art.º 690B do CPC, isto em 06/07/06, mostra-se ele pago a fls. 276/277.

Proferida a *sentença aos 31/08/06* no sentido da improcedência da acção, inconformado com ela, dela apelou o requerente onde conclui:

1. A dita sentença é nula por falta de especificação dos fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador: refugia-se em que a prova foi insuficiente mas no âmbito dos concretos meios de prova produzidos e já identificados isso não é especificar os fundamentos;
2. É à requerente que incumbe o exercício do poder paternal e por isso é a ela quem tem de ser responsabilizada pelo que os filhos querem fazer à revelia do que está decidido no Tribunal e do que lhe cumpre em relação ao progenitor pai, resultando já da sentença do divórcio que tem graves culpas no cartório.
3. Os alimentos devem ser alterado para menos pois os recorrente viu diminuídos os seus rendimentos á luz da prova produzida;
4. Provado ficou que não foi ele quem pagou a estada no hotel de quatro estrelas mas o seu pai;
5. Deve atender-se à redução prevista no art.º 15 do CCJ e deve reembolsar-se o recorrente da indevida multa paga no agravo, pois só agora tinha a obrigação de a liquidar nos termos do art.º 24, n.º 1, alínea c) do CCJ;
6. Foram violados os artigos já citados, o art.º 653, n.º 2 e o art.º 659, n.º 3, ambos do CPC, 1878, 1885, 1887-A e 2017 todos do CCiv.

Em contra-alegações o Ministério Público em suma dizendo que no tocante à multa do agravo, não tendo havido qualquer decisão judicial sobre a matéria o recurso nessa parte carece de objecto; o recorrente não demonstrou que os seus rendimentos tivessem diminuído, não podendo ser alterada a pensão, assim como se não demonstra que a requerida mãe tivesse deixado de cumprir o regime do poder paternal, devendo, por isso, soçobra o recurso.

Recebidos os recursos, foram os autos a vistos, nada obstando ao conhecimento dos mesmos.

Das conclusões dos recursos que objectivamente os limitam (cfr. art.ºs 660, 684, n.º 3, 690, n.º 4, 713, n.º 2 do CPC), inexistindo outras questões oficiosas a apreciar (art.º 514 do CPC), resultam as seguintes...

Questões a resolver:

No agravo: *se a Meritíssima juíza do Tribunal recorrido errou ao impedir a presença do ilustre advogado do requerente no acto de audição dos menores e se as declarações destes no acto deveriam ser reduzidas a escrito.*

Na apelação: *Saber se ocorre a nulidade de sentença referida, se se deve reduzir em conformidade com o disposto no art.º 15 do CCJ a multa que pagou; se o Tribunal recorrido errou ao considerar não ter havido incumprimento da requerida no regime de visitas fixado, errando no tocante à alteração do montante da pensão alimentar fixada.*

II - FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

O Tribunal recorrido deu como assentes os seguintes factos:

1. J F R nasceu em 21/05/1989.
2. M J F R nasceu em 26/08/1992.
3. São filhos de M C A F e de J M S R.
4. Foi regulado o exercício do poder paternal tendo a guarda das criança sido atribuída à mãe; fixou-se um regime de visitas; estipulou-se uma prestação de alimentos no valor de 725,00 euros a suportar pelo pai.
5. Esta prestação seria actualizada anualmente em Fevereiro, com início no ano de 2003, em função do índice de variação de preços do consumidor, publicado pelo INE, para o ano anterior.
6. Os pagamentos seriam efectuados até ao dia 5 de cada mês, por qualquer meio - sentença datada de 23/01/2002 já transitada..
7. Em sede de arrolamento, apenso B), foi assegurado que o requerente tinha direito ao uso do apartamento do casal, arrolado nos autos, durante o período de uma quinzena durante as férias de Verão, em período coincidente com as férias dos filhos com o pai.

8. Determinou-se idêntico uso à requerida.
9. Em 31/07/04, o requerente foi buscar os filhos para passar com eles um período de férias de 15 dias, bem como a chave do apartamento que nesse ano não utilizara.
10. A requerida não entregou as chaves do apartamento ao requerente.
11. Em consequência, o requerente não levou os filhos consigo e teve que alterar o local onde pensava passar férias, tendo que ir para uma casa de uma sua amiga, sita no Algarve.
12. Nos fins-de-semana que os filhos passam com o requerente pedem, amiudadamente, para irem dormir a casa da mãe, especialmente o filho mais novo.
13. Certo fim de semana em que os menores estavam com o pai, a requerida ligou para o filho mais novo e pediu-lhe que descesse porque estava à sua espera.
14. O menor desceu, comunicando ao pai, e como nunca mais voltasse o requerente desceu, tendo o filho lhe comunicado que ia já para cima.
15. O requerente não comunicou à requerida que pretendia utilizar o apartamento do Algarve durante o período de 1 a 15 de Agosto de 2004 e a requerida arrendou-o nessa quinzena.
16. A requerida comunicou o plano de férias dos menores ao requerente em 25/02/2004 – doc. de fls. 28 aqui dado como reproduzido.
17. O requerente tem passado as férias com os filhos conforme o acordado, tanto em Portugal como no Estrangeiro.
18. Nos fins-de-semana que os filhos passam com o pai preferem pernoitar em casa da mãe.
19. Os menores preferem estudar em casa da mãe.
20. Foi o filho mais novo quem ligou à mãe, no fim de semana mencionado no facto sob o n.º 13 para o ir buscar.
21. O requerente ofereceu ao filho mais velho, no aniversário dos 15 anos, uma moto.

22. O requerente está reformado e tem um negócio de venda de gravatas.
23. A requerente tem investido na educação e acompanhamento dos filhos, mantendo com estes uma forte ligação afectiva.
24. Os menores frequentam, desde os 3 anos de idade, o Externato de Lisboa, sendo que em 2005, frequentavam o 7.º e 10.º ano de escolaridade.
25. O mais novo tem revelado maior dificuldade nos estudos e tem tido acompanhamento psicológico - situação decorrente da relação havida entre as partes.
26. O filho mais velho também teve acompanhamento psicológico durante 4 anos, pelas mesmas razões acima mencionadas relativamente ao seu irmão.
27. Os menores têm estado regularmente com o requerente, convívios que decorrem atenta a sua disponibilidade.
28. A requerente e os menores habitam um andar, em zona urbana, composto por 5 assoalhadas, adquirido durante a constância do casamento.
29. Cada um dos menores tem o seu quarto.
30. A requerida é licenciada em Economia e trabalha no Banco , há cerca de 20 anos, e está colocada no Departamento de Estatística.
31. O seu vencimento líquido mensal é de 1.783,84 euros.
32. Recebe ainda o montante de 915 euros que engloba a pensão de alimentos e a amortização do valor em dívida de pensões não pagas.
33. As despesas com a escola dos filhos é de 694,61 euros.
34. Com o vestuário dos filhos gasta cerca de 150,00 euros.
35. Com despesas de saúde dos filhos despende cerca de 50,00 euros.
36. Em alimentação dos filhos gasta cerca de 695,92 euros.
37. Em colónias de férias com os filhos gasta cerca de 44,70 euros.
38. Na prestação mensal da casa e de seguros gasta cerca de 269,24 euros.
39. Em condomínio gasta cerca de 111,87 euros.

40. Paga de contribuição autárquica 69,41 euros e em esgotos 15,64 euros.
41. Em consumos domésticos despende cerca de 122,76 euros.
42. Em transportes – carro, gasolina, reparações e impostos – gasta cerca de 250,00 euros.
43. O requerente voltou a casar-se encontrando-se actualmente separado.
44. O requerente está reformado e tem um negócio de gravatas.
45. O requerente habita uma casa arrendada.
46. O requerente passou com os filhos as férias do Carnaval – 26/02 a 3/3 – na Serra Nevada, em Espanha e foram para um hotel de 4 estrelas.
47. Permaneceram em dois quartos duplos e a estada custou 406,60 euros.
48. O requerido em 2004 apresentou a sua declaração de IRS tendo declarado rendimentos no valor de 2.420,00 euros.

O ponto 47 é aditado nos termos a seguir referenciados.

III – FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

Pela ordem lógica e cronológica, atento ainda o disposto no art.º 706 do CPC começaremos por conhecer do agravo.

Nestes autos de aliteração de regulação do exercício do poder paternal relativamente aos menores nascidos em 21/05/89 e 26/08/92 e que à data em que se determinou a sua audição (11/05/2006), tinham respectivamente 16 anos e 13 anos respectivamente, determinou-se que essa diligência decorresse na presença do juiz e do Ministério Público sem a presença das partes e dos seus mandatários, indeferindo ao que em contrário se peticionava em suma sustentando-se na prática até aí seguida e na “salvaguarda dos interesses das crianças, isto porque estão em causa e poderão estar em causa, para elas, a relação afectiva com os respectivos pais que na maior parte dos casos, para não dizer todos, existe uma conflitualidade.”

O recorrente entende que tendo havido articulado superveniente e requerimento sobre a realização de perícia sobre a qual não recaiu qualquer despacho que resolvesse a questão suscitada apenas existindo um despacho que não resolve; por outro lado a audiência quase privada dos menores sem

audiência contraditória de todas as partes viola o disposto nos art.ºs 3-A, 512, 522-B e 568 do CPC.

Apreciando:

O requerente em 07/10/05 requereu a gravação da audiência final e em 27/04/06 atravessa um requerimento fundado no art.º 663, n.º 1 do CPC onde pede que se proceda a uma exame pericial à requerida e aos menores com o objecto adequado de averiguação do estado mental da requerida e da sua aptidão para o exercício do poder paternal e outro aos filhos com o objecto adequado à averiguação da situação psicológica dos menores nas suas relações de afecto com cada um dos progenitores depois de ouvidos que sejam na data designada e documentada que seja essa audição a incluir os presentes factos, estando o requerem disponível para o exercício do poder paternal se se mostrar aconselhável e caso assim se não entenda que a requerente seja intimada a deixar de considerar o pai dos menores um terceiro Zé pagante e proibida de dificultar o acesso do pai a informação escolar ou outra que pretenda acerca dos menores.

Sobre este requerimento houve promoção do Ministério Público com o seguinte: *“Visto. Nada a promover para além de aguardar a audição dos menores agendado para o próximo dia 11”* e o despacho judicial de 08/05/06. *“Aguarde como se promove”*.

O despacho foi notificado ao ilustre advogado do requerente em 09/05/06 a diligência da audição dos menores teve lugar em 11/05/06 onde não houve outro despacho sobre o requerimento referido e em 19/05/05 foi interposto agravo do despacho que indeferiu a reclamação contra a audiência dos menores de forma não documentada e apenas assistida pelo Representante do Ministério Público, não tendo sido arguida a irregularidade por falta de pronúncia sobre o requerimento em causa no prazo de 10 dias. Tão-pouco nas alegações de recurso de apelação da decisão final que poderia considerar-se acobertar essa irregularidade, sendo, por isso, susceptível de nulidade por omissão de pronúncia, se sustenta essa nulidade da decisão final.

Não é nas alegações de agravo do despacho que decidiu ouvir as menores sem a presença dos ilustres mandatários e sem consignação por escrito ou em suporte magnético das declarações das menores que o recorrente deve arguir a indicada nulidade por omissão de pronúncia sobre o requerimento de 27/04/06.

Por essa razão não se conhecerá dessa intempestiva arguição de nulidade por omissão de pronúncia.

Quanto ao formalismo da audição dos menores.

Ao processo tutelar cível comum da alteração da regulação do exercício do poder paternal, como é o caso que nos ocupa, não especificando o legislador no art.º 181, n.º 3 e 182, n.º 4 da OTM o tipo de diligências que o tribunal deva ter por necessárias à decisão, sendo-lhe aplicáveis as disposições do processo de jurisdição voluntária por força do art.º 150 da OTM, e que por força do disposto no art.º 1409, n.º 2 do CPC, atribuem ao tribunal o poder de livremente investigar os factos, coligir provas, ordenar inquéritos, recolher as informações convenientes (o que também decorre do disposto nos art.ºs art.ºs 265, n.º 3 e 463, n.º 2 do CPC), a audição dos menores, insere-se nitidamente nos poderes inquisitoriais de que o tribunal dispõe.

Nenhuma disposição legal prevê o processualismo da audição dos menores.

Entende o recorrente que houve violação do disposto no art.º 512 do CPC que proíbe a admissão e produção de provas sem audiência contraditória.

Dir-se-á em primeiro lugar que o art.º que prevê o princípio da audiência contraditória é o art.º 517 que não o 512 do CPC.

Também convém dizer que o processo tutelar cível de regulação do exercício do poder paternal ou da sua alteração não é um verdadeiro processo de partes no sentido que o art.º 517 do CPC prevê.

O Meritíssimo juiz do Tribunal recorrido sustentou-se no superior interesse das crianças para decidir como decidiu, ou seja, audição só com a presença do Ministério Público e sem a presença dos ilustres advogados e bem assim como sem documentação das declarações das crianças.

O interesse do menor, ou o superior interesse do menor, é um conceito indeterminado que deve ser concretizado pelo juiz de acordo com as orientações legais sobre o conteúdo do poder paternal: a) a segurança e saúde do menor, o seu sustento, educação e autonomia (art.º 1878); b) o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos (art.º 1885, n.º 1); c) a opinião do filho (art.º 1878, n.º 2; art.º 1901 n.º 1). A opinião do menor torna-se relevante em diversas matérias que lhe dizem respeito, e no caso concreto, também no que toca à suficiência da pensão alimentar não só em termos de subsistência como também em termos de adequação para o seu processo de

desenvolvimento intelectual, físico e moral. Alguns textos de Direito Internacional estatuem, em processos que tem a ver com o destino do menor, que este deve aí ter um representante.^[1] Na doutrina também se entende que dados os inconvenientes do envolvimento do menor no conflito dos pais, melhor seria que a opinião do menor fosse recolhida e levada ao processo por um representante nomeado pelo Tribunal ou escolhido pelo próprio menor.^[2]

No caso dos autos nem o tribunal nomeou um representante nem o menor o indigitou para esse efeito.

É perante cada caso concreto que se aferirá o interesse (superior) do menor, onde ponderarão diversos critérios ou factores uns relativos ao menor e outros relativos aos pais. Os factores relativos ao menor englobam as necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais da criança, a sua idade, o sexo, o grau de desenvolvimento físico e psíquico, a continuidade das relações da criança, a adaptação da mesma ao ambiente extra-familiar de origem (escola, comunidade, amigos, actividades não escolares) assim como os efeitos desses ambientes o seu comportamento social e a preferência por ela manifestada. Entre os factores relativos aos pais sobressaem a continuidade da relação de cada um dos pais com a criança.

A lei não estabelece critérios para aferir do superior interesse da criança, como se disse, sendo que alguns autores veriam com bons olhos, a fim de limitar o poder discricionário do julgador, e de facilitar o controlo das decisões judiciais que e enumerasse uma lista de factores.^[3]

Se as necessidades de evitar um excessivo envolvimento dos menores no conflito (monetário) dos pais e de garantir o normal e afectivo relacionamento pais/filhos, e um espontâneo depoimento, poderão justificar que se não documente o teor das declarações, nenhuma razão vislumbramos para impedir que os representantes forenses dos pais (que não estes) possam estar presentes na diligência.

Se essas declarações servirem como meio de prova e de motivação dos factos provados, estando em causa o direito processual a ser exercido pelos pais, por força disposto no art.º 517 do CPC, deve a obtenção dessa prova ser contraditada e não o sendo deve anular-se a prova por esse meio obtida e os termos que dele dependam (art.º 517, n.º 1, 201, n.ºs 1 e 2 do CPC).

Acontece que as mencionadas declarações não motivaram a decisão de facto, ou seja, não serviram de base à convicção do julgador na decisão de facto (basta ler fls. 262/263).

Poderá é haver irregularidade oportunamente arguida (art.ºs 201, 203, 205 do CPC), que não influi no exame e decisão da causa, razões pelas quais não produz nulidade.

Assim sendo ocorrendo irregularidade, como ocorreu, não ocorre qualquer nulidade que inquene não só a diligência como os actos processuais posteriores que se mantêm.

Quanto à Apelação

Nulidade por falta de especificação dos fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador quer na decisão de facto quer na de direito (art.º 653, n.º 2 do CPC)

Dispõe o art.º 653, n.º 2 do CPC aqui subsidiariamente aplicável: *“A matéria de facto é decidida por meio de acórdão ou despacho , se o julgamento incumbir a juiz singular; a decisão proferida declarará quais os factos que o tribunal julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas especificando os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador*

No que toca à fixação da matéria de facto no despacho de 11/07/2006 de fls. 258/263 o tribunal declarou os factos provados e não provados e fundamentou a sua convicção quer na fixação dos factos provados quer nos não provados.

A análise crítica das provas e a fundamentação das respostas negativas constituem uma inovação da revisão do C.P.C operada pelo DL 329-A/95. Até então a fundamentação era reduzida, pelo art.º 712, n.º 3 do CPC (correspondente ao actual n.º 5 do art.º 712) ao mínimo, consistindo na menção dos meios concretos de prova em que a convicção do julgador tivesse assentado, embora com vozes divergentes (*entre outros os Acórdãos do STJ de 25/11/75 in BMJ 251/127, da RC de 20/05/80., III, pág. 263*) era acolhida a nível dos Tribunais Superiores (*cfr. entre outros os Acórdãos do STJ de 21/11/78 in BMJ 281/241, de 2/02/93 in CASTJ, 1993, III, pág. 123, de 20/11/80, in BMJ 301/374*), e mesmo pelo Tribunal Constitucional (*cfr. entre outros os Acórdãos do TC 310/94, de 24/03/94, sem voto de vencido, relatado pelo Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional Fernando Alves Correia in BMJ 435/475 e 56/97 de 23/01/97 in BMJ 463/179*). Naquele primeiro aresto

do Tribunal Constitucional, referindo-se a um outro do mesmo Tribunal sob o n.º 55/85 publicado no DR II série, de 28/05/85, salienta-se que a fundamentação dos actos em obediência ao disposto no art.º 208 da CRP, desempenha uma função endoprocessual, impondo ao juiz um momento de verificação e controlo crítico da lógica da decisão, o que permite às partes processuais o recurso da decisão com perfeito conhecimento da situação, colocando o tribunal de recurso em condições de poder exprimir em termos mais seguros um juízo concordante ou divergente; desempenha ainda uma função extraprocessual, já não dirigida às partes e ao juiz *ad quem*, procurando tornar possível o controlo externo sobre a fundamentação lógica e jurídica da decisão aquilo a que *Michel Taruffo* em “*Notte sulla garanzia costituzionale della motivazione*”, designa de garantia de transparência do processo de decisão. A simples indicação dos meios de prova e não também a prova produzida, adianta-se nesse aresto, é consentânea e harmoniza-se logicamente com o sistema de oralidade do processo civil, donde não ser essencial na fundamentação a referência à prova produzida.

A doutrina tem entendido que da conjugação do n.º 5 do art.º 712 do CPC com o n.º 2 do art.º 653 do CPC resulta a obrigação do julgador, em relação aos factos essenciais (factos com função essencial e não meramente probatória ou instrumental), deve o julgador, na análise crítica das provas, explicitar porque razão não tirou certa ilação fundada nas regras de experiência de facto instrumental que considerou provado e em relação aos factos instrumentais, cumprirá ao Tribunal referenciá-los como provados ou não provados aos menos a propósito e em conexão com a decisão proferida com os factos essenciais correspondentes. [\[4\]](#)

Outros entendem que o dever de fundamentação exige que o tribunal deve explicitar porque razão acreditou mais numa testemunha do que noutra, porque se afastou das conclusões de um relatório pericial para se aproximar mais de um outro e quando a prova é gravada, a análise crítica dessa gravação constitui mesmo um complemento dela, devendo o julgador fazer as suas observações que se impõem sobre as reacções e hesitações da testemunha para que tal se torne transparente na audição. [\[5\]](#)

Temos para nós que o julgador deve explicitar os meios de prova que serviram de base à decisão sobre a matéria de facto e fundamentar, ainda que sucintamente, a razão da sua convicção relativamente à decisão sobre a matéria de facto quer no que concerne às respostas positivas quer às negativas, por forma a permitir a sindicância em sede de recurso da razoabilidade dessa convicção, assim se satisfazendo não só a lei processual

como os preceitos constitucionais. Relativamente ao que defende Lebre de Freitas e acima explanado, entende-se que essa sua posição não é realista, pois levada às últimas consequências transforma o julgador numa espécie de realizador de cinema ou guionista, sem os competentes meios audiovisuais (não esquecer que a gravação que existe disponível é gravação áudio e não também vídeo); e a falta dos meios técnicos para uma gravação integral não pode inutilizar a gravação áudio possível.

Seja como for, se quanto aos factos essenciais não for cumprido o dever de fundamentação referido no n.º 5 do art.º 712 do CPC, ocorre nulidade que é suprável apenas na 1.ª instância onde os autos devem regressar para que o juiz a fundamente ou repita a produção da prova quando necessário e na hipótese da impossibilidade de obter a fundamentação pelos mesmos juízes ou repetir a prova a nulidade é suprida pela indicação dessa impossibilidade pelo juiz da 1.ª instância.

A propósito do exame crítico das provas já Alberto dos Reis dizia:^[6]

“Note-se que o art.º 659 não faz referência aos factos que, por estarem provados por documentos na altura da organização da especificação, devem ser incluídos nesta peça processual. Mas é evidente que o juiz não pode deixar de ter em conta todos os factos constantes da especificação, tanto os confessados e admitidos por acordo, como os provados por documentos. A especificação e o acórdão do tribunal colectivo são peças a que o juiz tem necessariamente de atender na sentença para reconstruir e fixar a situação de facto da causa. (...) Mas para além dos factos que lhe são fornecidos pelas duas peças indicadas há ou pode haver outros que lhe cumpre tomar em consideração. (...) Os factos provados por acordo ou confissão das partes, por documentos autênticos ou autenticados, ou pelos documentos particulares (...) são julgados pelo juiz singular(...) É claro que estes factos hão-de constar da especificação se, na altura da elaboração desta peça, já estiverem confessados, admitidos por acordo ou provados por documentos referidos; mas pode dar-se o caso de a confissão, o acordo, a prova testemunhal, serem posteriores ao momento processual considerado no art.º 515. Então é que incumbe ao juiz, na altura da sentença, ter em conta tais factos. É a eles que se refere o art.º 659 no passo fará o exame crítico das provas de que lhe compete conhecer e estabelecerá os factos que considera provados”.

Ora, a falta de exame crítico das provas não se confunde com a nulidade da sentença a que se refere o art.º 668, n.º 1, alínea b) do CPC, já que esta se refere à sentença propriamente dita e esta especifica os fundamentos de facto

pertinentes e ainda que a fundamentação seja precária como sustenta o recorrente, até mesmo se se considerasse medíocre, tanto bastando para satisfazer o comando legal, não constituindo aquela nulidade a mera deficiência na fundamentação dos factos.

Na sentença o juiz deve considerar, além dos factos dados como provados na decisão de facto anterior, sujeita à livre convicção do julgador nos termos do art.º 655 do CPC, os factos cuja prova resulte da lei, da assunção de um meio de prova com força probatória pleníssima, plena ou bastante, independentemente de terem sido dados ou não como assentes na fase de condensação, trata-se de verificar se existiram factos em que se baseia a presunção legal em sentido lato e delimitá-los com exactidão para seguidamente aplicar a norma de direito probatório, nomeadamente o documento, o objecto de declaração confessória o articulado de resposta no seu conjunto hão-de ser interpretados para se determinar o âmbito concreto dos factos abrangidos pela sua força probatória. [\[7\]](#)

Diz o recorrente que a decisão desrespeitou a regra do art.º 360 do CCiv porquanto tendo o recorrente confessado o articulado superveniente da recorrida a fls. 175 no tocante a uma estada em hotel, alegando que a despesa não saiu do seu bolso e que mantinha a situação de dificuldades apesar de se ter divorciado, confissão que foi aceite na parte desfavorável pelo julgador, tendo tido lugar a audição da testemunha arrolada pelo recorrente ao articulado e depois as da recorrida a todos os factos resulta do depoimento da testemunha M L F a versão do recorrente, não contrariada pelas testemunhas da recorrida.

Aos 13/03/06 a requerida M C veio “informar” o Tribunal que os menores passaram as férias de Carnaval entre 26/02/06 e 03/03/06 na Serra Nevada em Espanha no Hotel de quatro estrelas durante cinco noites tendo ocupado dois quartos duplos tendo a estadia custado €406,60 por pessoa. Sobre tal “informação” recaiu qualquer despacho: Na sessão seguinte o ora recorrente implicitamente confessou a estadia e o preço e mais alegou que *“não significa que o custo da estada nele tenha saído do bolso do requerente como efectivamente não saiu.”* E arrolou a testemunha M L.

O Tribunal proferiu o seguinte despacho: *“Atento o requerimento da requerida e a confissão do requerente quanto ao montante não há necessidade de factura, admite-se a audição da testemunha ora arrolada pelo requerente.”*

Ou seja quanto ao montante o tribunal considerou a confissão e também implicitamente considerou a confissão quanto à estadia no hotel, suas circunstâncias de tempo e de modo (o recorrente os filhos e um amigo). A requerida quis aproveitar a confissão conforme resulta do requerimento de fls. 175 nos seguintes termos: *“O requerente admite que passou férias na Serra Nevada no hotel indicado e cujo custo é o referido no requerimento que deu entrada a fls. 171 a 172. Também não refuta que convidou um amigo dos filhos para os acompanhar. Vem arrolar uma testemunha com vista a tentar fazer prova de que não pagou a estadia. A requerida não se opõe a que a testemunha seja ouvida.”*

O art.º 360 do CCiv estatui: *“Se a declaração confessória, judicial ou extrajudicial for acompanhada da narração de outros factos ou circunstâncias tendentes a infirmar a eficácia do facto confessado ou a modificar ou extinguir os seus efeitos, a parte que dela quiser aproveitar-se como prova plena tem de aceitar também como verdadeiros os outros factos ou circunstâncias, salvo se provar a sua inexactidão.”*

A confissão judicial pode ser feita nos articulados (art.º 356, n.º 1 do CCiv) e pode ser feita em prestação de informações ao tribunal (art.º 356, n.º 2 do CCiv), e não está, neste caso, arredada em razão a natureza dos factos (art.º 354 do CCiv); a confissão escrita tem força probatória plena contra o confitente (art.º 358, n.º 1 do CCiv).

A requerente quis aproveitar-se da confissão do ora recorrente, é indesmentível, e quis que ela tivesse a força plena do n.º 1 do art.º 358 do CCiv.

A confissão judicialmente feita nessas circunstâncias é indivisível e a requerida que pretendeu valer-se dela, no que o tribunal anuiu, também tem de valer-se dos “mas”, designadamente do facto de não ter sido o recorrente quem suportou as despesas dessa estadia.

O tribunal não podia aceitar a confissão feita com o valor de prova plena (aquela que só cede perante a prova em contrário a fazer pela pessoa a quem a confissão aproveita) somente em parte, pois isso contraria as regras processuais.

O Tribunal, é inequívoco, ponderou o requerimento da requerida que pretendeu atribuir o valor de prova plena à confissão do recorrente: tem de a aceitar no seu todo.

Assim está plenamente provado, o que se adita ao ponto 47 o seguinte: “*custo que não saiu do bolso do recorrente.*”

No corpo das alegações o recorrente sustenta que os factos 14, 16, 20, 22, 44, 46 e 47 foram incorrectamente julgados, mas como se disse acima ao elencarmos as questões, essa impugnação não transparece nas conclusões, razão pela qual, nessa parte, se não conhecerá do recurso em conformidade com os artigos 684, n.º 3 e 690 n.º 4 do CPC, já que são as conclusões que delimitam o conhecimento do recurso.

De igual modo no corpo das alegações o recorrente refere a omissão de pronúncia sobre o articulado superveniente por si deduzido, mas essa questão não transparece nas conclusões, pelo que pelas mesmas sobreditas razões dela se não conhecerá.

A questão da multa paga no Agravo

Como bem diz o M.ºP.º nas suas contra-alegações não existe qualquer despacho sobre a questão da multa, sendo inequívoco que só se recorre dos despachos judiciais, devendo reclamar-se das nulidades. Não tendo, nessa parte, o recurso, qualquer objecto não existe sequer questão que deva ser julgada.

A questão do incumprimento do acordo de regulação do exercício do poder paternal

O recorrente sustentou, efectivamente no requerimento inicial que seguiu os seus termos de alteração do exercício do poder paternal (pelos vistos misto de alteração e de incumprimento) que no dia 31/07/05 foi buscar os seus filhos para um período de férias, bem como a chave do apartamento que esse ano não utilizara, sendo essa a última quinzena de férias que tinha para gozar com os filhos nos termos da decisão de 2004, tendo-se a requerida recusado a entregar as chaves do apartamento, impossibilitando que o requerente pudesse levar os filhos tendo ele próprio de alterar o local onde passava as suas férias, tendo verificado que no local se encontrava uma pessoa de origem africana residente em França que o ocupou até 11 de Agosto através de um tal senhor P proprietário do Bar N sito por baixo do apartamento, sendo que a partir de 14 de Agosto de 2004 o apartamento passou a se ocupado pelo ex-cônjuge.

Provou-se aquela factualidade (pontos 0 a 11).

No Apenso B) em sede de arrolamento foi assegurado que o requerente tinha o direito ao uso do apartamento do casal, arrolado nos autos, durante o período de uma quinzena durante as férias de Verão em período coincidente com as férias dos filhos com o pai.

Não vem provada factualidade sobre o modo de comunicação entre os cônjuges quanto ao gozo do período de férias dos pais com os filhos no mencionado apartamento do Algarve. Cada um dos cônjuges, depreende-se, teria direito a um período de 15 dias (quinzena) do mês de Agosto de férias no mencionado apartamento e com os filhos.

A requerida comunicou ao requerente o plano de férias dos menores ao requerente em 25/02/04 conforme fls. 28 (ponto 16).

Dessa carta consta além do mais o seguinte: *“Conforme acordado em tribunal, venho por este meio comunicar-lhe as férias que irá passar com os nossos filhos: (...) - 1 a 14 de Agosto (inclusive) (...)”*

Ou seja é a própria requerida que comunica ao recorrente que o período de férias de Verão do recorrente com os filhos é o que vai de 1 a 14 de Agosto de 2004. E mais se prova do ponto 11 que *“Em consequência, o requerente não levou os filhos consigo e teve que alterar o local onde pensava passar a s férias, tendo que ir para casa de uma sua amiga, sai no Algarve.”*

É certo que se prova (ponto 15) que o requerente não comunicou à requerida que pretendia utilizar o apartamento do Algarve durante o mencionado período e que por essa razão a requerida arrendou-o à quinzena.

Resultado: Durante aquele mês de Agosto, não só o recorrente não passou férias com os filhos, como não usufruiu do apartamento a que tinha direito; em contrapartida a recorrida usufruiu o apartamento nesse mês de Agosto directa e indirectamente e gozou o mês de Agosto na companhia dos filhos.

Não resulta dos factos provados que o recorrente tivesse que comunicar à requerida que pretendia utilizar o apartamento durante aquele período. Resulta até da comunicação de fls. 28 que a requerida “estabeleceu” ao recorrente o período de férias de Verão e não parece resultar da missiva que a requerida estivesse à espera de qualquer resposta.

Com o seu comportamento a requerida inviabilizou que o recorrente passasse férias no apartamento na companhia dos seus filhos e esse incumprimento que

se presume culposos (art.º 799 do CCiv), não teve qualquer justificação plausível da parte da requerida.

Porque já não se pode reprecindir aquele período de férias, a conduta da requerida merece censura, e a aplicação da sanção legal do art.º 181, n.º 1 da OTM, ou seja o pagamento na multa de €249,90.

A questão da redução da pensão alimentar em razão da diminuição dos rendimentos do recorrente

A alteração da pensão alimentar (uma das vertentes da regulação do exercício do poder paternal) dependa ocorrência de circunstâncias supervenientes (art.º 182, n.º 1 da OTM).

No seu petição o Autor refere que se reformou e junta o documento n.º do Banco, tendo ficado provado que o mesmo se reformou (ponto 44). Do documento de fls. 11, não especificamente impugnado como resulta de fls. 17 a 20, resulta que em 13 de Setembro de 2004 o recorrente estava reformado do Banco auferindo uma reforma líquida de €877,15 mais €253,40, ou seja um total líquido de €1.130,50 mensais. Todavia, não resulta provada a data em que a reforma do recorrente ocorreu para se poder chegar à conclusão de que as circunstâncias socioprofissionais do recorrente se alteraram, designadamente, não resulta provado o valor da remuneração média líquida ou líquida mensal ou anual do recorrente à data a regulação do exercício do poder paternal, na certeza de que a pensão fixada aquando da regulação o foi no valor de €750,00. Prova-se que o recorrente tem um negócio de gravatas, e que na sua declaração de IRS referente a 2004 declarou rendimentos de €2420,00. No relatório social do recorrente datado de 29/03/05, consta que o mesmo que tem agora 54 anos de idade voltou a casar-se, tendo reorganizado a sua vida familiar sendo pensionista mais se referindo que o recorrente “alega que em Abril irá sofrer uma diminuição de 30% da sua pensão de reforma, deixando de poder cumprir com o valor fixado.” Todavia, este abaixamento não se demonstra.

Há que ler os factos provados. Os rendimentos declarados pelo recorrente no IRS de 2004 no valor de €2420 referem-se a o anexo B do modelo 3 ou seja aos rendimentos profissionais, comerciais e industriais. Poderão ter a ver com o mencionado negócio de gravatas. Para além desses temos o valor da pensão de reforma que no ano de 2004, numa altura em que ainda se encontrava casado, eram de €15.827,70. Somando as parcelas em 2004 o valor dos rendimentos de actividade profissional livre e da pensão foram de €18.247,70, ou seja cerca de 1520 euros.

O recorrente pretende que a prestação alimentícia a seu cargo seja reduzida para €300,00.

Mas não demonstra, e tal é seguramente um ónus do recorrente, que os seus rendimentos baixaram em relação à data em que se procedeu à regulação.

A sentença recorrida refere que o negócio das gravatas já existia aquando da regulação em 2002 e, como aí se diz não se provou uma diminuição de rendimentos.

O que o recorrente poderá oportunamente pedir é a cessação da prestação alimentar a favor do filho que entretanto perfizer os 18 anos de idade.

III - DECISÃO

Tudo visto, acordam os juízes em julgar parcialmente procedente a apelação, quanto ao incumprimento culposo da recorrida relativamente ao regime de visitas estabelecido no poder paternal, e em consonância revogam a decisão recorrida, condenando-se a mesma na multa legal de €249,90; quanto ao mais acordam em julgar improcedente a apelação, mantendo-se a decisão recorrida.

Custas na proporção de 4/5 para o recorrente e 1/5 para a recorrida.

Lxa. 14 /06 /07

Vaz Gomes

Jorge Leitão leal

Américo Marcelino

[1] Art.ºs 3 e 4 da Convenção Europeia Sobre o exercício dos Direitos da Crianças, Estrasburgo, 196 e art.º 12 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

[2] Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio, Almedina 4.ª edição, pág. 38.

[3] Maria Clara Sottomayor, obra citada, pág. 42

[4] Carlos Lopes do Rego, Comentários ao Código do Processo Civil, vol. I, pág545/546

[5] Lebre de Freitas, Código de Processo Civil Anotado, vol. II, Coimbra editora 2001, págs. 627/628.

[6] Obra citada, pag. 33.

[7] Lebre de Freitas Código de Processo Civil Anotado, volume 2.º, páginas 643/644.
