

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 2695/23.8T8PTM.E1

Relator: TOMÉ DE CARVALHO

Sessão: 27 Junho 2024

Votação: UNANIMIDADE

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS - CONVENÇÃO DE HAIA

ASSINADA EM 25 DE OUTUBRO DE 1980

TRANSFERÊNCIA

PREJUÍZO

Sumário

1 - A Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças visa assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente.

2 - Esta Convenção contraria o uso de meios de auto-tutela para resolver divergências relacionadas com o exercício das responsabilidades parentais, especialmente quanto à guarda da criança.

3 - Nos casos de retenção ilícita, a ideia matricial é que a ordem de regresso imediato constitui a regra e a decisão de retenção no país de destino assume carácter excepcional.

4 - Apurada a retenção ilícita, em que um dos pressupostos é a não aceitação do afastamento pelo progenitor que não consentiu na deslocação, o Tribunal deve determinar o regresso imediato da criança, salvo se ocorrerem as circunstâncias ponderosas previstas no artigo 13.º da Convenção.

5 - O regresso da criança deve ser recusado nos casos em que a separação seja claramente mais prejudicial à criança do que a permanência com o progenitor que a deslocou ou reteve ilicitamente.

(Sumário do Relator)

Texto Integral

Processo n.º 2695/23.8T8PTM.E1

Tribunal Judicial da Comarca de Faro - Juízo de Família e Menores de

Portimão - J3

*

Acordam na secção cível do Tribunal da Relação de Évora:

*

I - Relatório:

Na presente acção tutelar comum, o Ministério Público pediu o regresso ao Brasil da criança (...) e, uma vez proferida sentença, a mãe do menor (...) veio interpor recurso.

*

A presente acção deu entrada em juízo na sequência de um pedido formulado pelo progenitor (...), transmitido pela Autoridade Central Portuguesa (DGRSP), ao abrigo do disposto nos artigos 1.º, alíneas a) e b), 3.º, alíneas a) e b), 4.º, 5.º, 7.º, alínea f), 8.º, 11.º, 12.º e 26.º da Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de Outubro de 1980, aprovada pelo Estado Português pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de Maio.

*

Para o efeito, o Ministério Público alegou que os pais da referida criança (...) são casados entre si, a regulação das responsabilidades parentais não se encontra efectivada e todos residiam no Brasil até ao dia 11/06/2023. Nessa data, a progenitora ausentou-se do país com a criança, sem o conhecimento ou autorização do pai e contra a vontade desta, vindo para Portugal.

Adianta ainda que o progenitor se opôs a tal deslocação, não tendo, desde a referida data, mais contacto com a criança, nada sabendo sobre a mesma, recusando-se a requerida a fazê-la regressar ao Brasil.

*

Foi designada data para inquirição da progenitora e da criança.

*

Nos termos dos artigos 7.º, n.º 2, alínea c), 10.º e 11.º, todos da Convenção de Haia tentou-se o regresso voluntário da criança ou uma solução amigável junto da progenitora / requerida, que não foi bem sucedida.

*

Notificada para, querendo, apresentar contestação ao pedido formulado, a requerida defendeu-se alegando, em síntese, que está separada do requerente desde 10/01/2022 e que, desde então, o (...) está aos seus cuidados e a viver consigo.

Mais avança que a criança em Portugal tem melhores condições para viver, por haver mais segurança, tem assistência médica gratuita, o ensino é melhor e a natação é gratuita, para além do conforto material que pode dar ao filho. Pretende assim que a criança continue a residir em Portugal consigo.

*

O exercício das responsabilidades parentais da criança não se encontrava regulado. Entretanto, a progenitora intentou acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a qual corre os seus termos por apenso aos presentes autos, sob o n.º 2695/23.8T8PTM-A.

Os autos de regulação das responsabilidades parentais mostram-se suspensos devido à instauração da presente acção.

*

Realizadas as competentes diligências instrutórias, o Tribunal *a quo* proferiu a seguinte decisão: «**considerando o preceituado no artigo 3.º da Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de Outubro de 1980, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 33/83, de 4 de Novembro, resulta que a retenção da criança no nosso país é ilícita e, da matéria provada não resulta verificada qualquer uma das circunstâncias previstas nas alíneas a) e b) do artigo 13.º da Convenção, termos em que decido deferir ao pedido formulado nos autos e, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 1.º, alíneas a) e b), 3.º, alíneas a) e b), 4.º, 5.º, 7.º, alínea f), 8.º, 11.º, 12.º e 26.º da Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de Outubro de 1980, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 33/83, de 4 de Novembro, determino o imediato regresso da criança (...), nascido a 05.01.2015, ao Brasil**».

*

Inconformada com tal decisão, a progenitora apresentou recurso de apelação e as alegações continham as seguintes conclusões:

«1. O regresso do menor ao Brasil a meio do ano lectivo de 2023/2024, fará com que este não obtenha aproveitamento escolar nem em Portugal nem no Brasil, situação inadmissível, tendo em conta o seu superior interesse.

2. O menor em Portugal reúne um conjunto de condições a nível familiar, escolar, intelectual e moral, bem como uma estabilidade emocional, que lhe proporcionam um crescimento harmonioso, integral e em segurança, contrapostas às do progenitor no Brasil.

3. Nos termos do § 2 do artigo 13.º da Convenção de Haia, a oposição ao regresso, pode fundamentar-se na oposição da criança, desde que: “a criança se oponha e esta já tenha atingido um grau de maturidade que levem a tomar em consideração a sua opinião sobre o assunto”.

4. O douto Tribunal *a quo* procedeu à audição da criança de uma forma intimidatória e em ambiente desadequado à realização da mesma, o que pode ter condicionado as conclusões a que chegou, quanto à sua maturidade e à convicção do seu desejo de permanecer junto da mãe.

5. O menor, ouvido no processo, manifestou claramente que já se encontra totalmente integrado no ambiente familiar, social e escolar da sua residência em Portugal.

Nestes termos, deve ser dado provimento ao presente recurso e anulada a douta sentença proferida, ordenando-se a recusa do regresso da criança ao Brasil e assim se fazendo Justiça!».

*

O Ministério Público apresentou articulado de resposta, pronunciando-se no sentido que o recurso deve ser julgado improcedente, mantendo-se a decisão que deferiu o pedido de regresso do menor ao Brasil, país da sua residência habitual.

*

Admitido o recurso, foram observados os vistos legais.

*

II - Objecto do recurso:

É entendimento uniforme que é pelas conclusões das alegações de recurso que se define o seu objecto e se delimita o âmbito de intervenção do Tribunal *ad quem* (artigos 635.º, n.º 4 e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil), sem prejuízo das questões cujo conhecimento officioso se imponha (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do mesmo diploma).

Analisadas as alegações de recurso o *thema decidendum* está circunscrito à apreciação da existência de erro de direito.

*

III - Dos factos apurados:

3.1 - Factos provados:

Com interesse para a decisão foram considerados provados os seguintes factos:

1. A criança (...) nasceu em 05/01/2015, sendo natural de (...), Estado de São Paulo, República Federal do Brasil, e é filho de (...) e de (...).
2. A criança encontra-se registada com a Certidão de Nascimento com o n.º de matrícula (...), tendo como município de registro e unidade de federação de (...), Estado de São Paulo, Brasil.
3. Os progenitores da criança contraíram entre si casamento no Brasil, na data de 29/05/2010, no regime da comunhão parcial de bens.
4. A criança (...) viveu com ambos os pais no Brasil, na Rua (...), 61, (...), em (...), São Paulo, até à separação entre ambos, o que ocorreu quando o (...) tinha cerca de sete anos de idade.
5. Na sequência dessa separação o (...) ficou a viver com a mãe, na casa onde moravam até à data, indo o pai viver para junto dos avós paternos.
6. O (...) e a progenitora viveram na referida morada, no Brasil, até ao dia

11/06/2023, data em que a progenitora se ausentou daquele país, sem o conhecimento ou autorização do progenitor e contra a sua vontade.

7. Assim, no passado dia 11/06/2023, o (...) veio com a sua progenitora para Portugal, sem o conhecimento e contra a vontade do progenitor.

8. Desde então, não mais o (...) regressou ao Brasil, ficando a residir aqui em Portugal com a sua mãe, mais concretamente, na cidade de (...).

9. Não se encontram reguladas as responsabilidades parentais da criança, sendo que, após a separação, o progenitor tinha convivência com a criança, contacto frequente e directo, não existindo divisão de guarda, nem existindo guarda exclusiva.

10. O progenitor de (...) não autoriza a permanência da criança em Portugal.

11. Em 15/06/2023 (...) deu entrada junto da Autoridade Central do Brasil do pedido de regresso do (...) ao Brasil.

12. Com a progenitora e a criança vieram (...), nascida a 14/09/63, nacionalidade brasileira, portadora do passaporte (...), (...), nascida a 20/06/79, nacionalidade brasileira, portadora do passaporte (...), e (...), nascida a 13/03/02, nacionalidade brasileira, portadora do passaporte (...).

13. Na presente data, o agregado familiar do (...) é composto pela mãe / requerida e por:

- (...) - avó materna;
- (...) - tia materna e
- (...) - prima (filha de ...);

14. Residem em casa arrendada, sita em (...), na Rua (...), lote 11, r/c, esquerdo.

15. A renda de casa ascende a € 850,00 mensais, a qual é paga pela requerente, (...) e (...).

16. A casa consiste num apartamento, tipologia 2, sendo constituído por:

- cozinha com equipamento básico e uma pequena varanda exterior;
- dois quartos, com camas de casal, um primeiro, o da criança partilhado com a sua mãe e o segundo, da tia que por sua vez partilha com a avó materna.
- uma marquise fechada, de acesso ao quarto da tia / avó e sala de estar, onde se encontra um sofá cama, onde dorme a prima.
- uma sala de estar e uma casa de banho.

17. O espaço destinado ao quarto a (...) não está decorado de acordo com as suas necessidades, dispondo de mobiliário básico e de estilo antigo, não existindo grande possibilidade de ser criada uma área de estudo e de lazer para ele.

18. Existe ainda uma janela que permite luminosidade natural e arejamento e, em cima da cama de casal, que é partilhado pela mãe e filho, está colocado um peluche grande que pertence à criança.

19. Não dispõe de quintal, somente uma pequena varanda na zona da cozinha.
20. Aparentemente, não existem problemas habitacionais, no respeitante a aspectos estruturais e respectivo grau de conservação, dispondo o apartamento das infraestruturas básicas.
21. Não obstante identificarem-se fragilidades relacionadas com a privacidade dos diferentes elementos do agregado familiar e a inexistência de cama própria para cada elemento, o espaço encontrava-se organizado e cuidado, de forma a debelar estas dificuldades.
22. Na generalidade, trata-se de uma habitação “minimalista” no sentido de dispor de poucos ou praticamente nenhum objecto decorativo e os móveis são apenas os essenciais, sem grande conforto, não se apresentando como um espaço adequado em relação ao número de elementos do agregado familiar e das suas necessidades específicas.
23. Todavia, dispõe de equipamento básico (em particular, na cozinha), e a requerida transmitiu às técnicas que levaram a cabo a visita domiciliária que se trata de uma situação recente, tendo em conta que a família chegou a Portugal recentemente.
24. No momento da visita domiciliária, a habitação encontrava-se adequadamente higienizada e com a manutenção realizada, não foram observados (visíveis) factores / indícios que revelem um ambiente insalubre, dispondo de condições básicas de habitabilidade, de luminosidade e de higienização/arejamento.
25. A habitação está localizada no centro urbano, numa zona habitacional, com rede de vizinhança e com proximidade a equipamentos educativos, sociais e saúde, ainda a serviços essenciais, como farmácias, supermercados, CTT, CML, entidades policiais.
26. A habitação também está próxima de espaços de diversão infantil e equipamentos lúdicos, ainda, a espaços verdes.
27. O Enzo encontra-se integrado na Escola Básica do (...), equipamento afastado do centro urbano e da casa de família, mas que pertence ao agrupamento da sua área de residência, isto, pelo facto de não existirem vagas noutra equipamento mais próximo, estando a utilizar o transporte escolar assegurado pelos serviços camarários.
28. O agregado não dispõe de transporte próprio, todavia, tem acessibilidades e rede de transporte urbanos e regionais.
29. A requerida trabalhou inicialmente numa churrasqueira, em (...) e, actualmente, está a trabalhar numa bomba de combustível, auferindo o salário mensal de € 820,00.
30. Tem um horário laboral das 05h00 às 14h00 ou das 06h00 às 15h00.
31. É a mãe ou a tia materna que levam o (...) à paragem de autocarro ou que

o vão buscar quando chega, dependendo dos horários e folgas da requerida.

32. A tia materna está a trabalhar nas limpezas e a prima (...) está a trabalhar na cafetaria do (...).

33. A avó materna encontra-se numa cadeira de rodas, recebendo uma pensão do Estado Brasileiro.

34. O (...) frequenta o 3º ano, do 1º Ciclo do Ensino Básico, na Escola do (...), desde o início do ano lectivo 2023/2024.

35. O (...) é um aluno assíduo e pontual.

36. O seu comportamento é muito bom, revela sentido de responsabilidade e mostrou uma excelente adaptação à nova realidade, uma vez que o aluno é proveniente do Brasil.

37. Em termos de actividades escolares, o (...) é um aluno participativo, revela empenho e interesse pelas actividades propostas, gosta de participar em todas as actividades dentro e fora da escola, como por exemplo nas aulas de adaptação ao meio aquático (natação).

38. Na relação interpessoal, o (...) é uma criança educada, afável e de fácil empatia - este factor tem sido determinante no sucesso do aluno, uma vez que contribui para a estabilidade emocional e psicológica do aluno.

39. É um aluno respeitador tanto com o professor, como com as assistentes operacionais e colegas de turma.

40. Na avaliação escolar teve “Bom” às disciplinas de português, matemática, educação física e cidadania e desenvolvimento; “muito bom” a inglês.

41. Na informação escolar, o professor (...) informa que:

“Na área de português, o (...) continua a acompanhar o desenvolvimento das aprendizagens sem dificuldade. O facto da pronúncia brasileira ainda estar bastante presente, faz com que a leitura e escrita surjam com algumas incorreções, mas com a vontade revelada pelo aluno em superar estas barreiras, será mais fácil ultrapassar as mesmas. O (...) mantém o interesse pelas actividades propostas e é participativo. Ao longo do segundo semestre deverá dar continuidade ao seu bom desempenho.

Na área de estudo do meio, o (...) tem acompanhado com interesse as actividades propostas. Neste momento não revela dificuldades no acompanhamento das aprendizagens.

Em relação ao apoio ao estudo, o aluno revela interesse e empenho nas actividades propostas, realiza sempre os trabalhos de casa e tem adquirido hábitos e métodos de estudo.

(...)

Na área de matemática, o (...) também tem acompanhado as aprendizagens com interesse. O aluno revela bom raciocínio lógico, bom cálculo mental e aplica estratégias na resolução de problemas.

O seu desempenho na organização e tratamento de dados também é bom. No decorrer do segundo semestre, deverá dar continuidade ao seu bom desempenho.

Na Expressão Artística, o aluno tem acompanhado sem dificuldade as atividades propostas, revelando ser um aluno criativo e participativo (...)

O aluno conhece, compreende e aplica os conhecimentos e conceitos, relacionando-os com muita segurança. Comunica com eficiência e correção linguística, usando a língua inglesa de forma muito clara e organizada. (...)

Na área de Educação Física, o aluno mantém o interesse pelas atividades propostas. Movimenta-se com segurança, respeita as regras desportivas e demonstra capacidade de trabalho em equipa. Ao nível da coordenação motora e manipulação de objetos, o (...) não revela dificuldades. (...)

O (...) ao longo do semestre, tem sido um aluno assíduo e pontual. O seu comportamento continua a ser considerado muito bom dentro e fora da sala de aula. É um aluno com elevado sentido de responsabilidade na realização de tarefas e nas relações interpessoais com os colegas. O (...) participa com entusiasmo em todas as atividades propostas. No decorrer do segundo semestre deve dar continuidade a este bom desempenho.”

42. O (...) fala diariamente com o pai, através de meios de comunicação à distância (*WhatsApp*) e por vezes também fala com os avós paternos.

43. O requerido continua a residir no Brasil, onde permanecem os avós, tias paternas e restante família materna do (...).

44. O requerente trabalha na área dos transportes, numa empresa que pertence à sua irmã, auferindo mensalmente, em média, entre dois a três mil reais.

45. Em 2020, quando ainda viviam juntos, o requerente e a requerida vieram a Portugal, na companhia do (...), tendo retornado ao Brasil.

46. Após a vinda a Portugal, a requerida começou a manifestar junto do requerente a vontade de vir para Portugal, para aqui ficar a viver.

47. Todavia, o requerente não manifestou vontade de vir, porque considerava que ambos tinham uma “boa qualidade de vida”, já que ambos trabalhavam, o (...) frequentava a escola e tinha reforço escolar, não vendo vantagens na mudança de país.

48. Residiam, então, numa casa que pertence à família do requerente e onde a requerida e o (...) ficaram a viver após a separação (sita na Rua ..., 61), optando o requerente para se mudar para junto de seus pais, embora na presente data tenha regressado a esta casa, onde se encontra presentemente a viver.

49. Perto desta casa situa-se a escola que o (...) frequentava antes de vir para

Portugal – Escola (...) “Prof. (...)”, em (...), São Paulo.

50. No Brasil o (...) era acompanhado por uma médica particular.

51. A família do (...) possui uma chácara, para onde costumavam ir aos fins-de-semana e onde o (...) se divertia a brincar.

52. A casa onde viviam no Brasil foi assaltada.

53. O (...) está adaptado às rotinas escolares e gosta da escola, onde já fez amigos com quem apenas brinca na escola.

54. O (...) manifesta carinho e afecto por ambos os progenitores.

55. O (...) gosta de natação, modalidade que frequenta.

*

3.2 - Factos não provados^[1]:

Com interesse, não se provou que:

a) A requerida sempre disse ao requerente que vinha com o menor para Portugal, sendo que o requerente nunca lhe disse que não viesse.

b) A Requerida telefonou ao Requerente para o informar onde se encontravam e este nunca lhe disse que o menor deveria regressar para consigo residir no Brasil.

c) O menor tem em Portugal e mais concretamente em (...), melhores condições para viver condignamente com sua mãe, nomeadamente: Segurança, já que a criminalidade é muito reduzida e sem dúvida muito menor do que onde residia anteriormente; Saúde, já que pode usufruir de assistência médica gratuita e com melhor assistência do que no país de origem; Ensino, já que a escola que frequenta tem melhor qualidade do que a que frequentou no Brasil; Conforto material, já que com o que a Requerida auferir, consegue ter acesso a habitação de melhor qualidade e adquirir bens materiais, ainda que muitos sejam básicos, do que aquilo que lhe era possível no Brasil.

*

IV - Fundamentação:

A decisão recorrida deferiu o pedido de regresso formulado pelo progenitor do menor Enzo, junto da competente Autoridade Central do Brasil, e transmitido à Autoridade Central Portuguesa, ao abrigo da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia em 25 de Outubro de 1980, intentado pelo Ministério Público ao abrigo do disposto nos artigos 1.º, alíneas a) e b), 3.º, alíneas a) e b), 4.º, 5.º, 7.º, alínea f), 8.º, 11.º, 12.º e 26.º da referida Convenção, aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de Maio.

A Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos cíveis do rapto internacional de crianças, em vigor no nosso ordenamento jurídico desde 1 de dezembro de 1983, dispõe no seu artigo 12.º que «quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do artigo 3.º e tiver decorrido um

período de menos de 1 ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respetiva deverá ordenar o regresso imediato da criança».

No cumprimento do disposto nos artigos 10.º e 11.º da Convenção de Haia de 25/10/80, foi tentada uma solução consensual para o regresso da criança ao Brasil e a progenitora declarou não pretender regressar ao Brasil, apresentando contestação ao pedido formulado.

O direito de custódia (o qual inclui o direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência, nos termos do artigo 5.º) pode resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer ainda de um acordo vigente segundo o direito do Estado da residência habitual (artigo 3.º). Assim, o mesmo não tem que estar previamente definido por decisão prévia ou homologação: basta que este decorra directamente do direito positivo interno, incluindo as normas de direito internacional privado^[2].

A situação descrita nos autos enquadra-se no chamado rapto internacional de crianças, regulamentado pela Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, aprovada/ratificada pelo Estado Português, pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de Maio e que também foi subscrita pela República Federativa do Brasil.

Quando que um Estado-Membro da União Europeia esteja implicado no litígio, as normas da Convenção devem ser aplicadas em estreita conjugação de complementaridade com as normas constantes do Regulamento (UE) n.º 2019/1111, do Conselho, de 25/06/2019 – Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e Matéria de Responsabilidade Parental e ao Rapto Internacional de Crianças (doravante “Regulamento”).

Estes instrumentos jurídicos visam assegurar o regresso imediato da criança ao país da sua residência habitual e aí ser entregue à pessoa a quem compete a sua guarda/tutela, ao abrigo da alínea a) do artigo 1.º da Convenção, sem prejuízo de poder ser determinada a sua retenção caso o seu superior interesse assim o exija.

O escopo fundamental destes instrumentais internacionais é determinar o regresso imediato da criança deslocada ou retida ilicitamente, evitando assim políticas parentais de facto consumado típicas na pós-ruptura conjugal em que, independentemente da razão subjacente, um dos membros do extinto casal desloca o filho para outro país sem que exista autorização jurisdicional ou consentimento parental do outro progenitor.

Estamos num domínio em que, como bem alvitra Maria dos Prazeres Beleza, o

regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente é «uma das vias encontradas para “contrariar o uso de meios de auto-tutela” para resolver divergências relacionadas com o exercício das responsabilidades parentais, especialmente quanto à guarda da criança, dissuadindo os protagonistas de tentar criar situações de facto que lhes sejam favoráveis, numa discussão posterior sobre a guarda da criança — quer tentando deslocar a competência dos tribunais para o Estado onde se encontram, quer criando ligações da criança ao novo ambiente, de modo a que lhe seja prejudicial uma decisão de regresso ao Estado de onde foi deslocada»^[3].

Também Luís Lima Pinheiro avança que «a criança deve regressar o mais rapidamente possível ao país onde tinha a residência habitual antes da deslocação ou retenção, uma vez que a autoridade competente deste país é a mais bem colocada para decidir sobre a custódia e a residência, e que a permanência da criança noutro país tende a dificultar a adoção das soluções mais adequadas»^[4].

Prosseguindo com a visão da ilustre Juíza Conselheira, entende-se uniformemente que existirá «rapto se, tendo de ser decidido por ambos os progenitores o local de residência da criança, por assim resultar do regime de exercício das responsabilidades parentais aplicável, a deslocação ou retenção tiver resultado apenas da vontade de um deles, sem consentimento do outro»^[5].

Neste cenário lógico-jurídico, face à factualidade apurada, temos de concluir pela ilicitude da deslocação para Portugal promovida pela requerente em relação ao menor, em função da falta de consentimento para o efeito do seu pai e da intenção de manutenção dessa realidade.

Esta deslocação ou retenção internacional ilícita corresponde a uma violação do direito de custódia que um dos pais possuía, configura uma forma de se expressar o incumprimento das responsabilidades parentais e resulta de um rompimento indevido da possibilidade de contacto real e físico entre o outro progenitor e a criança afastada.

Efectivamente, in casu, como já se mencionou, não se encontram reguladas as responsabilidades parentais da criança, sendo que, enquanto permaneceu no Brasil, mesmo já após a separação, o progenitor mantinha convivência com a criança, através de contactos frequentes e directos.

E não se pense que esta solução de direito internacional surge destacada dos princípios e das garantias impostos pelo direito brasileiro. Com efeito, como bem surge ilustrado na sentença recorrida, em idêntico sentido rege o Código Civil Brasileiro, «**ao prever que ambos os progenitores são titulares do**

“poder familiar”, em plena, total e igualdade de direitos, interesses, deveres e exercícios e, perante eventuais divergências insuperáveis entre eles poderá ser solucionada pelo Poder Judiciário (artigo 1631.º; artigo 1634.º, artigo com nova redação [Lei Federal n.º 13.058/2014] - ambos do CC/2002; artigo 21.º, ECA), uma vez que não prevalece a vontade de apenas um deles. A titularidade será exclusiva de um só dos pais quando o outro falecer ou dele for destituído, ou, em caso de não reconhecimento da filiação (artigo 1633.º, CC/2002).

No artigo 1634.º do Código Civil de 2002 - com nova redação decorrente da Lei Federal n.º 13.058, de 22.12.2014 (Lei da Guarda Compartilhada) - são relacionados os direitos e deveres na relação pessoal entre os pais e seus filhos menores e não emancipados. Ali se esclarece que são inerentes ao exercício do poder familiar a criação, educação, a guarda - unilateral ou compartilhada - cuja aplicação pragmática desses interesses é de exclusiva e total responsabilidade dos pais».

De forma transversal a toda a doutrina e jurisprudência, é assumido que a escolha residência do menor é uma das questões fundamentais a dirimir em sede de exercício das responsabilidades parentais e, bem assim, a deslocação permanente da criança para outro país. Fora dos casos de patologias relacionais graves entre o progenitor não guardião e a criança, aquele tem direito a pronunciar-se sobre estes aspectos.

A este propósito, Paulo Guerra e Helena Bolieiro assinalam que se inscreve na esfera de densificação do conceito de particular importância a situação de «saída do filho para o estrangeiro, não em turismo, mas em mudança de residência com carácter duradouro»^[6].

Neste enquadramento também se concorda com a conclusão que **«a mudança de residência (para outro país) é um assunto a submeter à decisão de ambos os progenitores, não só nos termos do CC Português, mas também à luz do CC Brasileiro».**

Do conspecto factual apurado resulta que, de forma individual, sem qualquer consulta ou consentimento do outro progenitor, a progenitora tomou a decisão de vir para Portugal com o filho de ambos, no contexto de uma separação, sem autorização do pai da criança, a quem está igualmente cometido o direito de custódia, ficando, assim, na prática, pai e filho privados de disfrutar reciprocamente da companhia um do outro, estando o progenitor arredado de participar activamente nas decisões de vida corrente deste, sem que exista qualquer motivo justificado da quebra dessa relação.

Não se está perante uma situação subsumível ao artigo 12.º, § 1, da Convenção, dado que ainda não decorreu o período de um ano entre a data da

deslocação ou da retenção indevida e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrava.

Da interpretação integrada do conjunto de normas aplicáveis ressalta que, nos casos de retenção ilícita, a ideia matricial é que a ordem de regresso imediato constitui a regra e a decisão de retenção no país de destino assume carácter excepcional^{[7] [8] [9] [10] [11]}.

Apurada a retenção ilícita, em que um dos pressupostos é a não aceitação do afastamento pelo progenitor que não consentiu na deslocação, o Tribunal deve determinar o regresso imediato da criança, salvo se ocorrerem as circunstâncias ponderosas previstas no art.º 13.º da Convenção.

Por outras palavras, verificada a transferência ilícita do menor deve-se, em regra, determinar o seu regresso, se o progenitor de quem a criança foi apartada for capaz de lhe prestar os devidos cuidados e estiver seriamente interessado em fazê-lo, mesmo sabendo-se que tal implica uma separação relativamente ao outro progenitor, excepto se tal for manifestamente prejudicial para a criança^[12].

Os conceitos indeterminados utilizados na alínea b) do art.º 13.º devem ser compreendidos atendendo especialmente «à relação afetiva da criança com a pessoa de referência que cuida de si no dia-a-dia e da opinião da própria criança, a qual pode ser relevante em qualquer idade, desde que expressa de forma inequívoca»^[13].

O risco intolerável não pode significar apenas um conjunto de situações difíceis na vida de uma criança^[14]. Isto é, de acordo com a interpretação de Maria dos Prazeres Beleza, a exigência de gravidade do risco ou de intolerabilidade da situação obrigam a uma interpretação restritiva quanto ao grau de uma e de outra^[15].

O conceito de perigo a que se alude nesse normativo deve ser aferido não só pelos danos que possam ser causados à criança pelas novas condições de vida encontradas junto do progenitor cujo direito foi violado, mas também pelos danos criados à estabilidade da vida da criança por uma nova alteração das condições de vida atuais desta, ou seja, pelas consequências provocadas pela separação da sua pessoa de referência. Consequentemente, o regresso deve, em princípio, ser ordenado se o titular do direito de custódia violado for apto a acolher a criança e estiver seriamente interessado no exercício da custódia. Isto, mesmo que tal implique uma separação relativamente ao outro progenitor, que causará normalmente alguma perturbação à criança. Mas o regresso já deve ser recusado caso essa separação seja claramente mais prejudicial à criança que a permanência com o progenitor que a deslocou ou

reteve ilicitamente^[16].

Ou, recorrendo à dogmática, o regresso da criança deve ser recusado nos casos em que a separação seja claramente mais prejudicial à criança do que a permanência com o progenitor que a deslocou ou reteve ilicitamente^[17].

Neste particular, começando pelas declarações do menor, não se pode validar a asserção da recorrente quando afirma que a Meritíssima Juíza de Direito procedeu à audição da criança de uma forma intimidatória e em ambiente desadequado à realização da mesma e que, tal realidade, poderá ter condicionado as conclusões a que chegou. Não se vislumbram, a nosso ver, motivos que justifiquem semelhante conclusão.

Aliás, damos a nossa aquiescência ao juízo prudencial da Julgadora *a quo*, quando assevera que **«é evidente que a sua tenra idade não lhe permite compreender, na sua plenitude, o alcance e efeitos que tal decisão acarreta, mas no fundo, sabe que está afastado do pai e, certamente, sente saudades dele, o que deixou transparecer em Tribunal»**.

Depois, a partir dos elementos de facto disponibilizados pelo processo e da análise casuística de toda a envolvência associada à deslocação ou retenção internacional ilícita de crianças, não é possível certificar que, na situação vertente, existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou de ser colocada, por qualquer modo, numa situação intolerável e contrária aos seus superiores interesses, sem embargo de o menor não dever ser penalizado pelo comportamento ilícito da mãe.

Como é apontado pelo Ministério Público, embora a progenitora alegasse um conjunto de situações que, em abstrato, poderiam servir para impedir o regresso da criança, o que é certo é que as mesmas não resultaram demonstradas (ainda que indiciariamente), tal como não ficou assente que, com o regresso ao Brasil, poderiam não estar salvaguardados os direitos e interesses do menor, sendo certo que era sobre aquela que impedia o ónus de prova de qualquer uma das circunstâncias (de excepção) que, à luz dos citados dispositivos legais, legitimariam a determinação da recusa do regresso da criança ao Brasil (onde sempre residiu e de onde foi deslocado, por decisão unilateral da sua progenitora).

O retorno rápido da criança à residência habitual anterior à deslocação ou retenção ilícita é de extrema importância, pois, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos exalta, nestes casos sensíveis, a demora processual pode causar danos irreparáveis ao relacionamento entre a criança e o progenitor do qual foi afastada. Assim, se o Estado Membro encarregado de deferir o regresso imediato da criança não o fizer, isto consistirá na violação do artigo

8.º da Convenção Europeia de Direito Humanos^{[18] [19]}.

Embora se reconheça que uma viagem transatlântica e a alteração de rituais de vivência do actual núcleo familiar, escolares e de convivência são dados importantes e de relevar na vida da criança, o regresso ao Brasil não configura qualquer violação dos direitos de personalidade do menor nem atenta contra os superiores interesses do menor.

A terminar, repete-se que não existem sinais da existência de uma situação de risco grave associados ao regresso ao Brasil, donde não sobram existem motivos que justifiquem uma decisão de retenção – e, face ao tempo decorrido, mesmo o argumentário da necessidade de terminar o ano escolar perdeu a sua acuidade –, confirmando-se a decisão recorrida, julga-se improcedente o recurso apresentado.

Não se pode ignorar que esta acção de entrega da criança é distinta do fundo do direito em questão, não contendendo com a definição das responsabilidades parentais dos progenitores (ou de outras pessoas), mas visando apenas sancionar o carácter ilícito da deslocação (ou da retenção) da criança, evitando que a passagem do tempo venha consolidar as situações constituídas em violação de direitos dos progenitores ou de terceiros, e procurando neutralizar uma via de facto^[20].

E, por conseguinte, se for caso disso, como os Tribunais da República Federativa do Brasil são os competentes para apreciar um eventual pedido de regulação das responsabilidades parentais, caso ai se decida que o interesse superior do menor é ficar à guarda e aos cuidados da mãe, com eventual autorização de regresso a Portugal, então sim a recorrente estará legitimada a fazê-lo, o que não sucedeu na presente ocasião.

Confirma-se assim a sentença recorrida e julga-se improcedente o recurso interposto.

*

V - Sumário: (...)

*

VI - Decisão:

Nestes termos e pelo exposto, tendo em atenção o quadro legal aplicável e o enquadramento fáctico envolvente, decide-se julgar improcedente o recurso interposto, confirmando-se a decisão recorrida.

Custas a cargo da recorrente, atento o disposto no artigo 527.º do Código de Processo Civil.

Notifique.

*

Processei e revi.

*

Évora, 27/06/2024

José Manuel Costa Galo Tomé de Carvalho

Anabela Luna de Carvalho

Francisco Matos

[1] Ficou consignado na decisão que «o Tribunal não se pronuncia sobre a demais matéria alegada por a mesma conter juízos valorativos, ser conclusiva de direito ou irrelevante para a decisão da causa».

[2] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/12/2023, divulgado em www.dgsi.pt.

[3] Maria dos Prazeres Beleza, Jurisprudência Sobre Rapto Internacional de Crianças, Revista Julgar, n.º 24, 2014, pág. 78.

[4] Luís Lima Pinheiro, Deslocação e Retenção Internacional Ilícita de Crianças, pág. 682.

[5] Maria dos Prazeres Beleza, Jurisprudência Sobre Rapto Internacional de Crianças, Revista Julgar, n.º. 24, 2014, pág. 83.

[6] Paulo Guerra e Helena Bolieiro, A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Instituto do Direito da Família e das Crianças e Jovens, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 196.

[7] Anabela Sousa Gonçalves (“Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas ii bis, Cadernos de Direito Actual, disponível in <http://www.cadernosdedireitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/43>.

[8] Lima Pinheiro, Deslocação e retenção internacional ilícita de crianças, Revista da Ordem dos Advogados, Jul./Dez. 2014, págs. 679-693.

[9] Gonçalo Magalhães, Aspetos da ação destinada ao regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida, à luz da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 e do Regulamento Bruxelas II bis, Julgar n.º 37, Jan/Abril, 2019.

[10] Anabela Fialho, Resolução de situações práticas - aplicação prática dos instrumentos”, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito_Internacional_Familia_Tomo_I.pdf, págs. 377 e seguintes.

[11] Leonor Valente Monteiro, Da aplicação prática Do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro e Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980”, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito_Internacional_Familia_Tomo_I.pdf, págs. 179 e seguintes.

[12] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/12/2023, divulgado em www.dgsi.pt.

[13] Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio, 6ª edição revista, aumentada e atualizada,

Almedina, Coimbra, pág. 150.

[14] Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 30/06/2022, pesquisável em www.dgsi.pt.

[15] Maria dos Prazeres Beleza, Jurisprudência sobre Rapto Internacional de Crianças, *Julgar*, n.º 24, 2014, pág. 85.

[16] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04/05/2022, divulgado em www.dgsi.pt.

[17] Luís Lima Pinheiro, Deslocação e Retenção Internacional Ilícita de Crianças, pág. 686.

[18] Jéssica Diniz Cristo Muniz, A Deslocação ou Retenção Internacional Ilícita de Crianças como Forma de Alienação Parental, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2019, pág. 83.

[19] Anabela Susana de Sousa Gonçalves, *Wrongful Removal or Retention of Children and the Brussels IIa Proposed Recast*, coordenação José Carlos Fernández Rozas.

[20] Rui Moura Ramos, O rapto de crianças no plano internacional: alguns aspectos», *Instituto Iuridico, Vulnerabilidade e Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, págs. 24 e 25.