

**Tribunal da Relação do Porto**  
**Processo nº 14755/13.9TDPRT.P1**

**Relator:** ELSA PAIXÃO  
**Sessão:** 21 Outubro 2015  
**Número:** RP2015102114755/13.9TDPRT.P1  
**Votação:** UNANIMIDADE  
**Meio Processual:** REC PENAL  
**Decisão:** NEGADO PROVIMENTO

## SUBTRACÇÃO DE MENOR

### Sumário

I - O artº 249º1c) do CP com a redacção da Lei 61/2008 de 31/10, viu alterada a moldura penal e a modalidade da acção típica, e se foi aumentado o âmbito de protecção da norma, pois passou a proteger aqueles outros poderes que estão cometidos a quem não detém o exercício das responsabilidades parentais, também veio a restringir o tipo na medida em que a recusa, o atraso e a criação de dificuldades só têm relevância quando consubstanciarem uma conduta repetida e injustificada.

II - Tal norma visa prevenir a existência de uma ruptura familiar entre os progenitores e o filho, no direito de aqueles conviverem com este.

### Texto Integral

Proc. nº 14755/13.9TDPRT.P1  
1ª Secção de Instrução Criminal (J1) da Comarca do Porto

Acordam, em Conferência, os Juízes desta 2ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto:

#### I - Relatório

Nos autos de instrução nº 14755/13.9TDPRT da 1ª Secção de Instrução Criminal (J1) da Comarca do Porto, após o Ministério Público ter deduzido despacho de arquivamento, o assistente B... apresentou o requerimento de fls. 250 a 272, nos quais pede a abertura da presente instrução, por discordar do referido arquivamento.

A final, por despacho de 15.04.2015, pelo Senhor Juiz de Instrução foi

decidido:

Assim, porque os autos não fornecem indícios da prática pela arguida do crime referido na acusação alternativa do assistente determino a NÃO PRONÚNCIA de: C..., determinando, em consequência o oportuno arquivamento dos autos.

Custas pelo assistente que se fixam em 2 UC

Notifique, oportunamente, archive.

\*\*\*

Inconformado com o decidido, interpôs o assistente B... o presente recurso, no remate de cuja motivação formula as conclusões, que a seguir se transcrevem integralmente e que, como é consabido, delimitam o âmbito e objeto do recurso:

1 - Funda-se o presente recurso, salvo melhor opinião, em falhas de apreciação em que assenta a douda sentença proferida a fls., designadamente no que diz respeito à matéria de facto considerada como indiciariamente assente e à decisão de direito proferida.

#### **a) Da Matéria de Facto**

2 - Quanto a matéria de facto, porque entende-se, com todo o respeito, haver manifesto erro de apreciação crítica da prova produzida, impugna-se a decisão proferida nessa parte.

3 - Porque existem depoimentos escritos e prova documental, entendemos que o Tribunal ad quem deverá reapreciar a matéria de facto não considerada, nomeadamente a matéria acima transcrita que aqui se reproduz para os devidos efeitos legais.

4- Para tanto, indica-se, para além da prova documental junta, os depoimentos do assistente a fls., da D..., fls. 169, da E... a fls. 167.

5 - Em síntese, tais depoimentos vieram confirmar a versão apresentada pelo assistente, afirmando que:

- A arguida, em anteriores ocasiões, já tinha saído do país de residência com filho menor sem prévio consentimento;
- O comportamento da arguida - saída do país com o menor sem autorização em outubro de 2013 de Portugal para Moçambique - foi reiterado;
- Com tal argumento criou dificuldade de contacto entre pai e filho, prolongado no tempo;
- A arguida negou o direito de vista do pai de outubro de 2013 até o verão de 2014;
- A arguida, com tal saída, dificultou o relacionamento entre pai e filho;
- A arguida impediu, por diversas vezes, o contacto pelos restantes meios de comunicação, via skype, entre pai e filho, controlando e cortando as conversas entre eles, quando elas existiam;

- A arguida controla e fiscaliza as conversas via skype entre pai e filho, cortando ainda as comunicações a meio;

6 - Tais declarações foram isentas, credíveis, coincidentes umas com as outras; devendo as mesmas merecer a credibilidade e relevância.

7 - Pelo que, deveria o tribunal a quo ter considerado os aludidos factos porquanto os mesmos mostram-se indiciariamente provados e são relevantes para a integração da conduta criminosa imputada à arguida.

## **b) Do Direito**

8 - Quanto à matéria de direito, e salvo melhor entendimento, o Tribunal a quo, também, apreciou erroneamente a questão de direito que se lhe deparou. Com efeito,

9 - O crime de subtração de menores, também conhecido pelo “raptó parental”, tem-se revelado um dos métodos utilizados para impedir o contacto parental, sendo esse crime crescente em Portugal.

10 - A sociedade civil atual, tanto em Portugal como no resto do mundo, reclama um reforço da tutela penal justificado por existirem novos fenómenos ou fenómenos antigos que agora assumem diversa proporção.

Aliás,

11 - A própria convenção de Haia de Direito Internacional Privado: Decreto do Governo n.º 33/83 de 11 de maio: Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, ratificada pelo Estado Português em 1983, teve e tem por objetivo impedir a retenção ilícita e rapto de crianças, procurando compelir os estados contratantes a criar mecanismos entre eles para o repatriamento dos menores, bem como mecanismos dissuasores, cfr art. 1º, 2º e 21º da Convenção de Haia.

12 - Nesse espírito, os referidos estados contratantes criaram tais mecanismos de repatriamento mais célere, bem como lograram compelir, prevenir tais condutas com a criminalização de diversas condutas.

13 - O estado francês, do qual o menor dos autos é nacional, dada a gravidade das condutas e com vista à sua prevenção, criminalizou os seguintes comportamentos:

"Código Penal

### **“Artigo 227-5**

O facto de se recusar indevidamente a apresentação de um menor à pessoa que tem o direito de reclamar é punido com um ano de prisão e uma multa de € 15.000.

### **Artigo 227-6**

O facto, de uma pessoa que transfira a sua residência em outro lugar, mesmo quando os seus filhos residem habitualmente com ela, de não notificar a alteração de domicílio, com um pré- aviso de um mês da data da mudança, a

aqueles que podem exercer em relação às crianças um direito de visita ou de alojamento em virtude de uma sentença ou acordo judicialmente homologado, é punido com seis meses de prisão e uma multa de € 7.500.”

14 - Quer isto dizer que, o ordenamento jurídico francês logrou prever e criminalizar, de forma específica, várias condutas que possam consubstanciar crime de subtração de menor, na parte de retenção ilícito / rapto.

15 - Entre tais condutas criminalizadas, integra a conduta da arguida que alterou o seu domicílio, sem comunicação prévia junto do outro progenitor, apesar de ser a progenitora a quem foi confiado a residência habitual do menor.

16 - Por sua vez, o legislador português, também, logrou dar relevância a essas condutas aqui discussão, punindo-as penalmente, mas recorreu a um conceito abstrato para a criminalização de tais atos.

17 - A nova redação aos art.ºs 249º e 250º, do C. Penal, através das alterações introduzidas pela lei 61/2008 de 31 de outubro, veio tornar mais abrangente o campo de aplicação dos ilícitos em causa; pelo que, atualmente, encontram-se compreendidas na tutela penal condutas que, anteriormente, apenas na área civil encontravam proteção legal no sentido de que esta se revelou muitas vezes insuficiente e ineficaz.

18 - O atual âmbito de proteção do artigo 249º nº1 alínea c), define que, nas palavras de André Lamas Leite, “o bem jurídico protegido com a incriminação é, fundamentalmente, o direito ao exercício, dos conteúdos ínsitos às responsabilidades parentais e, de modo reflexo, o interesse do próprio menor no adimplemento de uma decisão, que nos termos da lei, surge- ou deve surgir- como aquele que acautela melhor esses interesse.”

19 - Assim, o art. 249º nº 1 alínea c) do Código Penal criminaliza o ato de, reiteradamente, impedir ou dificultar os contactos parentais, incumprindo, assim, o acordo ou a decisão judicial acerca do exercício das responsabilidades parentais.

20 - Ora, na hipótese do progenitor a quem o menor se encontra confiado, o deslocar sem autorização para local que impossibilite a concretização do regime de visitas fixado, pode esta sua conduta integrar a previsão da al.c) do art.º 249º, do C.Penal uma vez que esta em causa o afastamento da criança do convívio com um dos progenitores.

21 - Tal como refere o Acórdão do STJ, Processo nº 687/10.6TAABF.S1, in dgsi: “A atual redação do art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, interpretada logo pela construção da tipicidade, visa acorrer às situações em que a recusa, atraso ou criação de dificuldades sensíveis na entrega ou acolhimento do menor, se faz, por exemplo, através da fuga para o estrangeiro de um dos vinculados pelo regime de regulação das responsabilidades parentais, ou através de

comportamentos ou abstenções de semelhante dimensão, com graves prejuízos para a estabilidade e os direitos dos menores;”

22 - No caso em concreto, o exercício de responsabilidade parental do F... estava confiado em conjunto aos pais - aqui recorrente e arguida, configurando a alteração de domicílio uma decisão que deveria ter sido tomada pelos progenitores em conjunta.

Sucedem que,

23 - A arguida deslocou-se com o filho menor para o estrangeiro, nomeadamente para um lugar geograficamente muito distante, sem consentimento prévio do pai ou do tribunal.

24 - Tal conduta, que perdurou durante mais de 10 meses, impediu o contacto entre filho e pai, levou, de forma reiterada, ao não cumprimento dos direitos de visita do recorrente nesse período de tempo, bem como, impediu / dificultou a comunicação entre filho e pai pelos restantes meios de comunicação, mais concretamente através de vias eletrónicas.

25 - Já no passado recente, tal conduta - saída dos pais de residência sem consentimento do pai- tinha sido adotada pela arguida. Veja-se, quando a arguida viajou com o menor para Portugal em dezembro de 2012, para Cabo Verde em janeiro de 2013, sem consentimento do pai, criando ao recorrente uma sensação de total impotência e insegurança.

26 - Durante mais de 10 meses, a arguida criou dificuldades que não são aceitáveis para um pai zeloso que quer cuidar do seu filho, dificuldades logísticas, financeiras e temporais, tudo para obstar o direito (natural) de relacionamento pessoal entre o pai e o filho.

27 - Tal situação configurou uma autêntica rutura na relação familiar habitual entre o menor e o recorrente que estava habituado em estar com o pai de 6 em 6 semanas.

28 - E, ainda numa lesão nos direitos e interesses do menor, tendo sido o superior interesse da criança gravemente violado já que o exercício das responsabilidades parentais não foi cumprido de forma plena.

29 - Ora, estes comportamentos integram a previsão legal do preceito penal em apreço.

30 - Pois, existe aqui uma clara subsunção dos factos ao tipo legal de crime porquanto a arguida, “de um modo repetido e injustificado”, ao fixar a sua residência no estrangeiro sem autorização do pai ou do tribunal, impediu o cumprimento das visitas por parte do pai, dificultou o contacto entre pai e filho.

31 - Não é justificável a saída da arguida com o menor para Moçambique, por razões profissionais, sem antes acautelar o regime de responsabilidade parental, até porque tal saída foi devidamente preparada por esta com a

realização de entrevistas prévias, o que dava tempo suficiente para os progenitores conversarem ou até ser movido processo de alteração de regime de responsabilidade parentais em tempo útil.

32 - O aqui assistente não nega o direito ao trabalho à arguida, mas não pode aceitar, nem considerar como justificável que tal direito ao trabalho possa ser considerado como razão justificativa e suficiente para a arguida decidir, unilateralmente, o destino do menor, com graves implicações no direito do progenitor e do menor.

33 - Também, não se pode considerar como justificado o comportamento da arguida em impedir os contactos do menor com o pai e as visitas após a sua instalação em Moçambique só por causa do seu trabalho.

34 - Esse direito ao trabalho não é causa desculpável para tais comportamentos.

35 - Esse direito ao trabalho não pode conflitar com o direito natural de uma relação sã, saudável e duradoura com o pai, da possibilidade do pai e filho abraçar-se, do pai poder deitar o filho, do pai poder passear com o filho, do pai poder cuidar das necessidades do filho durante um período largo de tempo, de educar o filho.

36 - A arguida, claramente, incumpriu os seus deveres, atuando de forma ilícita e criminosa.

37 - Assim, a arguida atuou, livre e conscientemente, de que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei, cometendo um crime de subtração de menor p.p pelo art. 249º al. c) do Código Penal.

38 - Pelo que, deveria o Tribunal a quo ter proferido despacho de pronúncia.

39 - A sentença proferida violou os normativos constantes dos art. 249º al. c) do C. Penal, art. 36º nº 1, 3 e 4 da CRP.

Termos em que, deverão as V.Exas dar provimento ao presente recurso, e revogando a sentença proferida a fls. proferindo despacho de pronúncia, Assim se fazendo melhor JUSTIÇA.

\*\*\*

O recurso foi admitido por despacho de fls. 377.

\*\*\*

A arguida C... apresentou resposta ao recurso, concluindo pela manutenção da decisão recorrida.

\*\*\*

Também o Ministério Público apresentou resposta ao recurso em que pugnou pela confirmação do despacho recorrido e, conseqüente improcedência do recurso.

\*\*\*

Subidos os autos a este Tribunal, pronunciou-se a Sra. Procuradora-Geral Adjunta, convocando os argumentos da resposta do Ministério Público na 1ª instância, emitiu parecer no sentido de que o recurso deve ser julgado improcedente.

\*\*\*

Cumprido o disposto no artigo 417º, nº 2 do Código de Processo Penal, C... na qual reitera a improcedência do recurso.

Efetuada exame preliminar e colhidos os vistos legais, foram os autos submetidos à conferência, pelo que cumpre decidir.

\*\*\*

## **II - FUNDAMENTAÇÃO**

Passemos agora ao conhecimento das questões alegadas no recurso interposto da decisão proferida pela Senhora Juiz de Instrução.

Para tanto, vejamos, antes de mais, o conteúdo da decisão instrutória objeto de recurso:

### **DECISÃO INSTRUTÓRIA:**

O Tribunal é competente.

\*

O processo é o próprio.

\*

Não existem quaisquer outras questões prévias ou incidentais suscetíveis de obstar ao conhecimento do mérito da causa.

\*

Inconformado com o despacho de arquivamento do Ministério Público, relativamente à arguida C... o assistente B... veio requerer a abertura de instrução, alegando, em síntese que os factos constantes do inquérito integram a prática pela arguida de um crime de subtração de menor p.p. pelo artº 249º al.c) do Cod. Penal.

Requeriu produção de prova que foi parcialmente deferida, tendo-se procedido à apreciação dos documentos juntos com o requerimento de abertura de instrução e à reapreciação de toda a prova recolhida em fase de inquérito, designadamente, as declarações prestadas pelo assistente, de fls.49/50, depoimentos da testemunhas de fls.83/83v., 167/168, 169/170, 197v., e toda a prova documental, designadamente (certidão de nascimento do menor de fls.23 e segs, certidão do Tribunal de Família e Menores do Porto dos autos de regulação das responsabilidades parentais de fls.26 e segs., esclarecimentos da assistente e documentos de fls.65 a 71., incidente de incumprimento do regime de responsabilidade parental, de fls.111 e segs, regime provisório de alteração das responsabilidades parentais de 8/7/2014 o

qual foi objeto de recurso.

Após a conclusão de todas as diligências probatórias deferidas e não se reputando a existência de quaisquer outras úteis ou necessárias à decisão a proferir, realizou-se o debate instrutório, com observância do legal formalismo.

### **FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO:**

Da prova produzida resultam suficientemente indiciados os seguintes factos. Ambos, assistente e arguida intentaram ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais, requerendo, respetivamente que lhe seja atribuída a guarda do menor, F..., nascido a 5/09/2009, filho de ambos. O assistente e a arguida não são casados entre si.

A guarda do menor está atribuída à arguida por sentença que homologou o acordo estabelecido entre os progenitores proferida a 18/2/2013 nos autos que correram termos no Tribunal de Família sob o nº2712/12.7TMPRT e da qual decorre o seguinte:

“Residência: Fixa-se a residência do menor junto da sua progenitora C...;

Exercício das Responsabilidades Parentais: As responsabilidades Parentais relativas às questões de particular importância para a vida do menor, serão exercidas em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos do artº 1906º nº1 do Cod. Civil cabendo ao progenitor com quem o menor reside habitualmente, as decisões relativas aos atos da vida corrente, nos termos do artº 1906º nº3 do Cod. Civil.

Visitas: Uma vez que o pai trabalha durante 28 dias e seguidamente tem 28 dias de férias, em período escolar, o menor poderá estar com o mesmo durante esses 28 dias de férias sendo que só poderá estar ausente de Portugal por períodos de 15 dias que se iniciarão numa sexta feira ao fim do dia e terminarão no Domingo ao fim do dia, para que o menor não falta muito tempo ao infantário que frequenta.

Nas férias de verão o menor passará com o pai esses 28 dias seguidos, quer em Portugal, quer em França de onde o mesmo é natural.

Os dias festivos serão passados alternadamente com cada um dos progenitores nos moldes a combinarem entre ambos sendo que os anos pares serão passados com o pai e os ímpares com a mãe.

Todas as conduções do menor para estar com o pai entre Portugal e França serão da responsabilidade do mesmo.

No que se refere às férias de verão o pai comunicará com a mãe até ao fim do mês de maio qual o período de férias de verão que poderá passar com o filho. Pelo que consta do acordo, o menor viajará para França com o progenitor para aí passar períodos de 15 ou 28 dias.

Para o efeito a mãe desde já autoriza que o menor viaje sozinho, com o progenitor para passar esses períodos em França com o progenitor. Nos períodos de férias escolares do menor, a mãe poderá viajar com o mesmo para o estrangeiro sem necessidade de autorização escrita do progenitor desde que esta comunique com a antecedência de três semanas qual o período que estará ausente de Portugal e o local para onde se deslocará, tudo sem prejuízo dos períodos em que o menor deverá estar com o pai.

Nas férias de verão o pai também se poderá ausentar com o menor para o estrangeiro sem necessidade de autorização escrita da progenitora desde que este comunique com a antecedência de três semanas qual o período que estará ausente de Portugal e o local para onde se deslocará, tudo sem prejuízo dos períodos em que o menor deverá estar com a mãe”(...)

Conforme resulta do teor da decisão proferida no âmbito do processo 2712/12.7TMPRT-A que fixou o regime provisório em 8/7/2104 e do qual foi interposto recurso:

“Em 6 de outubro de 2013 a progenitora mudou-se para Moçambique levando consigo o filho de ambos, passando a residir na ..., Moçambique em apartamento fornecido pela sua entidade patronal denominada “G...”, ocupando o cargo de local controller, tendo a partir dessa data a sua vida profissional organizada em Moçambique.

Por sua vez, o menor F..., a partir do momento em que foi deslocado para Moçambique foi inscrito no colégio Internacional denominado H..., passando de imediato a frequentar o mesmo.

O progenitor tem uma habitação em França (...).

O progenitor trabalha desde o início de janeiro de 2104 na Nigéria, sendo sua entidade Patronal a empresa petrolífera “I...” que lhe disponibilizou moradia em complexo habitacional da entidade patronal”(...)

Através de requerimento de 9/10/2013 junto a fls 73 e segs. dos autos a arguida dirigiu ao Juiz do Tribunal de Família e Menores do Porto e ao processo 2712/12.7TMPRT, 1ª secção a informação de que em resultado da sua atividade profissional na empresa G..., Lda com sede na Rua ..., ..., Moçambique, o menor se mantinha junto da requerente no ..., Rua ..., ..., Moçambique e se encontrava a frequentar a escola H..., na Rua ..., ..., Moçambique.

De tal requerimento foi dado conhecimento ao mandatário do assistente (fls.73).

A arguida fixou a sua residência em Moçambique sem prévia autorização do arguido.

Da prova produzida não resultou suficientemente indiciado que:

A arguida tivesse criado entraves ao cumprimento das responsabilidades

parentais por não ter cumprido o dever de informação; por viajar por vários países com o seu filho sem autorização do pai; por obstaculizar o contacto entre o pai e o filho de forma reiterada e injustificada através de múltiplos artifícios.

Da análise desses elementos de prova não resulta evidente, factos que permitam concluir por indícios suficientes da prática do crime de subtração de menor p.p. pelo artº 249º al.c) do Cod. Penal e deste modo poder responsabilizar criminalmente a arguida para além dos constantes do arquivamento de fls.235 a 240.

### **MOTIVAÇÃO DE FACTO:**

A convicção do Tribunal fundou-se na análise de toda a prova documental constante dos autos (certidão de nascimento do menor de fls.23 e segs, certidão do Tribunal de Família e Menores do Porto dos autos de regulação das responsabilidades parentais de fls.26 e segs., esclarecimentos da assistente e documentos de fls.65 a 71., incidente de incumprimento do regime de responsabilidade parental, de fls.111 e segs, regime provisório de alteração das responsabilidades parentais de 8/7/2014 o qual foi objeto de recurso), devidamente conjugada com os depoimentos das testemunhas ouvidas em sede de inquérito, cujos depoimentos constam de fls. 83/83v., 167/168,169/170,197v.,nas declarações da assistente constantes de fls.49/50. Assim, e pese embora a versão do arguido reproduzida no seu RAI afiguram-se, quanto a nós, que a mesma não conseguiu demonstrar que os factos praticados pela arguida sejam enquadráveis e subsumíveis no tipo legal de subtração de menor e desta forma concluirmos pela indiciação suficiente para a prolação de despacho de pronúncia.

### **FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:**

Com a Lei nº 61/2008 foi dada uma nova redação à alínea c) do preceito do artº 249º do Cod. Penal, a qual passou a abranger também o incumprimento, “de modo repetido e injustificado, do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”. Assim, para além das situações em que o progenitor não guardião não entrega o menor a quem exerce as responsabilidades parentais, a tutela, ou tem legitimidade para a sua guarda, criminaliza-se ainda a recusa de entrega do menor por parte do progenitor guardião.

Saliente-se ainda que, de acordo com a letra da lei, basta que se criem obstáculos significativos à sua entrega ou acolhimento (“atrasar ou dificultar”) para que o tipo legal esteja preenchido. Na versão anterior, porém, apenas se

contemplava a recusa de quem não detém a guarda relativamente a quem a detém, não se tutelando penalmente o direito de visita. Mais recentemente, e já tendo em conta as alterações introduzidas pela Lei nº 61/2008, importa referir o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18/05/2010 Processo nº 06P4707, disponível in <http://www.dgsi.pt>, segundo o qual, “face à anterior redação do tipo legal, não constituía subtração de menor a recusa, pelo progenitor guardião, do direito de visita ao outro progenitor ou progenitores. Todavia, perante a nova configuração típica daquela alínea, conferida pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, estão atualmente abrangidos no tipo incriminador quer os comportamentos do progenitor guardião que não entrega a criança ao outro para que este exerça o seu regime de convívio, quer as do progenitor não guardião que não entrega o filho ao guardião na pós-visita”. Saliente-se ainda que, de acordo a letra da lei, a recusa de entrega deverá ser “repetida” e “injustificada”.

(...)

A atual redação do art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, interpretada logo pela construção da tipicidade, visa acorrer às situações em que a recusa, atraso ou criação de dificuldades sensíveis na entrega ou acolhimento do menor, se faz, por exemplo, através da fuga para o estrangeiro de um dos vinculados pelo regime de regulação das responsabilidades parentais, ou através de comportamentos ou abstenções de semelhante dimensão, com graves prejuízos para a estabilidade e os direitos dos menores; é em tais circunstâncias que se impõe, não uma exigência de abstenção dos Estados face às relações jurídico-familiares, mas também deveres de conteúdo positivo, fazendo impender sobre os Estados o dever de criar mecanismos legais expeditos para o cumprimento. Conhecidas as críticas a que a intervenção penal está sujeita nesta área, a lei penal não se pode satisfazer com uma qualquer forma ou modalidade de incumprimento; exige, por isso, logo pela descrição do tipo e como elemento da tipicidade, um incumprimento qualificado, não se satisfazendo, por uma projeção quantitativa, com uma única hipótese de incumprimento, mas sim, ao invés, exigindo que seja «repetido».

Classificando o incumprimento como «injustificado», o legislador utiliza a noção desligada dos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, alargando-a a outras realidades e circunstâncias que se impõem na definição como elementos do tipo e não como causa de exclusão da ilicitude: «repetido» e «injustificado» são expressões da realidade que apontam para projeções simultaneamente materiais e de valoração, como índices de gravidade e de insuportabilidade da rejeição ao cumprimento de deveres, que justificam a dimensão penal do não cumprimento do «regime estabelecido para a

convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais»[1]; «recusar, atrasar ou dificultar significativamente» são ações que apenas podem assumir dimensão típica se constituírem comportamentos repetidos, isto é, reiterados e recorrentes, densificando quantitativamente, quer pela quantidade e persistência, quer qualitativamente, a gravidade do não cumprimento do regime estabelecido.

Nesta perspetiva de leitura e interpretação dos elementos do tipo do art. 249.º, n.º 1, al. c), do CP, os factos indiciados não integram, nem se aproximam do limiar de tipicidade descrito na norma penal, independentemente de circunstâncias a floradas e que poderiam ser consideradas no plano da justificação, o comportamento da arguida não foi repetido e injustificado, com o sentido com que a tipicidade acolhe a noção; pois que apesar de mudar e fixar a residência para Moçambique, (estando indiciado nos autos desde 6 de outubro de 2013) comunicou por requerimento quer ao Tribunal e com conhecimento ao mandatário do assistente em 9 de outubro de 2013.

É certo que a alteração de residência por parte da arguida para Moçambique cria entraves e dificuldades no relacionamento pessoal entre o progenitor e o menor ficando assim comprometido o contacto entre ambos tal como ficou estabelecido no acordo de poder sobre o exercício das responsabilidades parentais evidenciando assim objetivamente uma situação de incumprimento do regime estabelecido. O abandono do país terá tido em vista a obtenção de melhores condições de vida, quer para si, quer para o seu filho, possibilitando a inserção deste num contexto mais adequado ao seu bem-estar, segurança e formação. Veja-se inclusive que a arguida tem um posto de trabalho garantido e o menor encontra-se já inscrito numa escola.

Este comportamento, porque justificado, não é ilícito à luz da atual redação da alínea c) do nº 1 do artigo 249º do Código Penal. Assim, o facto da arguida ter decidido ir viver com o filho em Moçambique por razões de trabalho, levando a que o regime de visitas entre menor e o seu progenitor seja, na prática, dificultado, não configura um incumprimento injustificado. Atente-se ainda a circunstância de que não foi apenas a arguida que fixou a sua residência num outro país. Também o assistente trabalha desde janeiro de 2014 na Nigéria, o que também dificulta o contacto com o menor. Ou seja da análise dos factos, o que os mesmos refletem é que ambos os progenitores face às circunstâncias da vida procuraram melhores condições de vida num outro país não se nos afigurando que a atuação da arguida mais não fosse do que precisamente procurar uma melhor estabilidade económica para si e para o menor não se evidenciando que o tivesse feito por mera atitude de revanchismo relativamente ao assistente. A sua conduta não configura assim um incumprimento injustificado, não se mostrando preenchidos os elementos

tipificadores do crime de subtração menores p.p. pelo artº 249º nº1 al.c) do Cod. Penal.

\*

De acordo com o disposto no artº 308º do C.P.P. chegou o momento de analisar o processo e verificar se foram recolhidos indícios suficientes que apontem para uma possibilidade razoável de a arguida, em sede de julgamento, ser condenada pelo crime que lhe é imputado.

A lei processual considera “suficientes” os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança -.Cfr. artº 283º nº2 do C.P.P.

Compulsados os autos e analisada a prova neles produzida, quer em fase de inquérito, quer nesta fase em de instrução entendemos que deve ser proferido despacho de não pronúncia.

Apesar dos motivos invocados no requerimento de abertura de instrução a análise da prova produzida em fase de inquérito não logrou abalar os factos enunciados no despacho de arquivamento não resultando qualquer indício suficiente que permita imputar a prática à arguida do crime que lhe é imputado. Isto é, da factualidade existente nos autos resultam inequivocamente dúvidas sérias de que a conduta da arguida preencha os indicados elemento objetivo e subjetivo deste tipo legal de crime pelo que se impõe a conclusão de que o cometimento do crime de subtração de menor não se encontra suficientemente indiciado, não se justificando, com as provas recolhidas no inquérito e bem assim nesta fase que a arguida seja submetida a julgamento.

A lei define no artº 283º nº2 do C.P.P. o que considera indícios suficientes, ou seja, o conjunto de elementos dos quais resulte a probabilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.

A prova indiciária não conduz a um julgamento de certezas. A prova indiciária contém apenas, um conjunto de factos conhecidos que permitirão partir para a descoberta de outro/outros, que deixarão de se mover no campo das probabilidades para entrarem no domínio das certezas. Contudo, o indício é (em si) um facto certo, do qual, por interferência lógica baseada em regras de experiência, consolidadas e fiáveis, se chega á demonstração de um facto incerto, a provar segundo o esquema do chamado silogismo judiciário.

Por indiciação suficiente, entende-se a possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, em razão dos meios de prova existentes, uma pena ou medida de segurança.

Conforme dispõe o artº 286º nº1 do C.P.P. “A instrução visa a comprovação

judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento.

Para a pronúncia, como para a acusação, a lei não exige a prova no sentido da certeza moral da existência do crime, basta-se com a existência de indícios, de sinais de ocorrência de um crime, donde se possa formar a convicção de que existe uma probabilidade razoável de que foi cometido o crime pela arguida. Contudo, essa possibilidade, é uma certeza mais positiva do que negativa, sendo que o juiz só deve pronunciar o arguido quando pelos elementos de prova recolhidos nos autos forme convicção no sentido de que é mais provável que o arguido tenha cometido o crime do que o não tenha cometido.

Do já citado artº 308º do C.P.P. conjugado com a noção de indícios suficientes dada pelo artº 283ºnº2 do C.P.P., resulta pois, que a lei só admite a submissão a julgamento desde que da prova dos autos resulte uma probabilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força dela, uma pena, ou uma medida de segurança, não impondo porém, a mesma exigência de verdade requerida no julgamento final.

Analisada a prova dos autos e atentas as razões supra referidas, entendemos deve ser proferido despacho de não pronúncia.

Da análise da prova constante dos autos e tida em conta nesta fase processual subsiste quanto a nós a dúvida da verificação desses indícios o que resultará como muito provável (probabilidade como já supra referimos positiva), de a arguida, em sede de julgamento não lhe vir a ser aplicada uma pena ou medida de segurança.

A prova constante dos autos é assim manifestamente insuficiente para legitimar uma decisão de pronúncia.

Assim, porque os autos não fornecem indícios da prática pela arguida do crime referido na acusação alternativa do assistente determino a NÃO PRONÚNCIA de: C..., determinando, em consequência o oportuno arquivamento dos autos. Custas pelo assistente que se fixam em 2 UC

\*

Notifique, oportunamente, arquite.

Porto, d.s.

\*\*\*

Como é jurisprudência assente, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso, é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação apresentada, em que sintetiza as razões do pedido (artigo 412.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), que se delimita o objeto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Superior.

Questão a resolver:

a) Suficiência de indícios para a pronúncia da arguida C... pela prática de um

crime de subtração de menor, previsto e punível pelo artigo 249º alínea c) do Código Penal.

Vejam os.

Como ensina Germano M. Silva - Curso de Processo Penal III, p. 149- "A instrução visa comprovar a acusação em ordem à decisão sobre a submissão da causa a julgamento, nos termos da acusação ou de uma das acusações formuladas. A instrução destina-se a obter o reconhecimento jurisdicional da legalidade ou ilegalidade processual da acusação deduzida, para o que o juiz tem o poder/dever de a esclarecer, investigando-a autonomamente".

E o artigo 288.º n.º 4, do Código de Processo Penal estatui que a partir do requerimento para abertura de instrução, o juiz investigará autonomamente o caso submetido a instrução, o que significa que poderá realizar as diligências a que se proponha levar a cabo por iniciativa própria, as requeridas, umas e outras ou nenhuma.

A instrução é tida por uma fase judicial através da qual, se opera o controlo judicial da posição assumida pelo Ministério Público no final do inquérito. Cfr. José Souto de Moura, Inquérito e instrução, Jornadas de Direito Processual Penal, Almedina, 1989, pag. 125.

Sobre o tema, escreveu Mouraz Lopes que «a instrução surge, assim, essencialmente como função garantística, fundamentalmente perante uma autoridade autónoma (o Ministério Público) que detém o poder de acusar ou arquivar, obedecendo naturalmente a critérios de legalidade, mas que não deixa de estar, diríamos de uma maneira provocatória, no lado acusatório, em conflito com o cidadão»: Garantia Judiciária no Processo Penal, do Juiz e da Instrução, Coimbra Editora, pág. 69.

Para que o juiz pronuncie o(a) arguido(a) é necessário nos termos do disposto no artigo 308º do Código de Processo Penal, que até ao encerramento da instrução tenham sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, e caso tal não aconteça deve ser proferido despacho de não pronúncia.

A noção do que sejam indícios suficientes tem merecido abordagens de concretização quer pela doutrina quer pela jurisprudência.

O artigo 283º, nº 2 do Código de Processo Penal, considera suficientes os indícios "sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança."

Da conjugação dos arts. 308º, nº1 e 283º, nº2 do Código de Processo Penal, resulta que "a lei só admite a submissão a julgamento desde que da prova dos autos resulte uma probabilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por

força dela uma pena ou medida de segurança, (art. 283º, nº2); não impõe a mesma exigência de verdade requerida pelo julgamento final.” (cfr. Prof. Germano Marques, Curso de Processo Penal, III, 2ª ed., pág. 179).

E escreve ainda o Prof. Germano Marques, que “O juiz só deve pronunciar o arguido quando pelos elementos de prova recolhidos nos autos forma a sua convicção no sentido de que é mais provável que o arguido tenha cometido o crime do que não o tenha cometido” (cfr. Prof. Germano Marques, ob. cit. pág. 182).

“Só são suficientes aqueles indícios que comportem em si uma forte - e não uma ténue ou remota - possibilidade de o arguido vir a ser condenado pelos crimes que lhe são imputados: requer-se a existência de uma convicção fundada, perante os elementos de prova (já) existentes no processo que se aprecia, de que o arguido, futuramente, poderá vir por eles a ser condenado.”- Acórdão da Relação do Porto de 29-05-2013, processo n.º 174/11.5GDGDM-P.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ora, e como se alude no Ac. do S.T.J. de 2005 de maio (relator Conselheiro. Pereira Madeira), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), vem sendo entendido que “aquela “possibilidade razoável” de condenação é uma possibilidade mais positiva que negativa”, em que “o juiz só deve pronunciar o arguido quando pelos elementos de prova recolhidos nos autos, forma a sua convicção no sentido de que é mais provável que o arguido tenha cometido o crime do que o não tenha cometido” ou então que os indícios são suficientes quando haja “uma alta probabilidade de futura condenação do arguido, ou, pelo menos, uma probabilidade mais forte de condenação do que de absolvição” - neste sentido e entre outros, Figueiredo Dias, no seu “Direito Processual Penal”, I (1974), p. 133; Acs. da R.P. de 1990, 10 de janeiro, 1993 20 de outubro, R.L. 1999, 20 de fevereiro, respetivamente in C.J., Tomo I/247, Tomo IV/261, Tomo I/145.

E como refere José da Costa Pimenta, in Código de Processo Penal anotado, pg. 35 e ss "indício é a circunstância certa através da qual se pode chegar em indução lógica, a uma conclusão acerca da existência ou inexistência de um facto que se há de provar" - "o indício, para o ser verdadeiramente, tem de conduzir a um convencimento - um convencimento que esteja acima de qualquer dúvida razoável, sob pena de, desnecessariamente, se enxovalhar a dignidade das pessoas. Há pois regras a que a valoração dos indícios deve obedecer. A primeira é a da certeza e inequivocidade da circunstância indiciante, de forma a afastar múltiplas inferências. Com esta regra se distingue indício da mera conjetura".

Por outro lado, é preciso não esquecer que vigora no processo penal, em sede de prova, o princípio “in dubio pro reo”, devendo tecnicamente tal “non liquet”

nesse particular aspeto ter de ser resolvido em benefício do arguido, tanto quanto é certo que os factos imputados ao arguido na acusação têm de ser estabelecidos para além de qualquer dúvida razoável, pois, caso tal se não verifique, ou melhor, quando factos relevantes para a decisão não ultrapassem aquela dúvida, e na ausência de elementos de prova suficientemente seguros, terão de ser valorados em benefício do arguido, em obediência ao princípio “in dubio pro reo” que é um princípio imposto pela lógica, pelo senso e pela probidade processual e que consagra que “a dúvida equivale (...) à prova positiva da não culpabilidade”. (Cfr. neste sentido, Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, Lições coligidas por M. João Antunes 1988/89, pag. 146, e R.L.J. ano 105, pag. 125 e segs. e o Acórdão do S.T.J. de 13/01/94, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça Ano II Tomo I, pag. 197).

No caso em apreço, o recorrente alega que houve “manifesto erro de apreciação crítica da prova produzida”.

O Magistrado do Ministério Público titular do Inquérito, no despacho de arquivamento de fl. 235 a 240, da análise global dos elementos de prova concluiu que não se indicia a verificação de qualquer dos elementos típicos do crime em apreço, do crime previsto e punido no artº 249º, al. c) do Código Penal (subtração de menor) por parte da arguida C....

A Mª JIC quando refere a fls. 298 a 318 “... compulsados os autos e analisada a prova neles produzida, quer em inquérito, quer em instrução, entendemos que deve ser proferido despacho de não pronúncia. Apesar dos motivos invocados no requerimento de abertura de instrução a análise da prova produzida em fase de inquérito, não logrou abalar os factos enunciados no despacho de arquivamento não resultando qualquer indício suficiente que permita imputar a prática à arguida do crime que lhe é imputado. Isto é, da factualidade existente nos autos, resultam inequivocamente, dúvidas sérias de que a conduta da arguida preencha os indicados elementos objetivo e subjetivo do tipo legal de crime de subtração de menor, não se encontra devidamente indiciado, não se justificando, com as provas recolhidas em inquérito e bem assim, nesta fase, que a arguida seja submetida a julgamento ...

Veamos.

Cumpr, antes de mais, reapreciar toda a prova recolhida na fase de inquérito e na fase instrutória, nomeadamente a prova documental constante dos autos (certidão de nascimento do menor de fls. 23 e segs, certidão do Tribunal de Família e Menores do Porto dos autos de regulação das responsabilidades parentais de fls. 26 e segs., esclarecimentos da arguida de fls.65 a 71 e documentos juntos, incidente de incumprimento do regime de responsabilidade parental, de fls. 111 e segs, regime provisório de alteração

das responsabilidades parentais de 8/7/2014 o qual foi objeto de recurso), devidamente conjugada com os depoimentos das testemunhas (ouvidas em sede de inquérito), cujos depoimentos constam de fls. 83/83v., 167/168, 169/170 e 197v. e declarações do assistente constantes de fls.49/50.

Concretizando.

Em sede de inquérito:

Foi junta aos autos certidão de nascimento do menor de fls. 23 e segs. bem como certidão da decisão homologatória do acordo alcançado em 18.02.2013, no âmbito do processo de Regulação das Responsabilidades Parentais nº 2712/12.7TMPRT, que corre termos no Tribunal de Família e Menores do Porto de fls. 28 e segs., da qual se transcreve as partes com relevo para a apreciação em causa:

“Residência: Fixa-se a residência do menor junto da sua progenitora C...; Exercício das Responsabilidades Parentais: As responsabilidades Parentais relativas às questões de particular importância para a vida do menor, serão exercidas em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos do artº 1906º nº1 do Cod. Civil cabendo ao progenitor com quem o menor reside habitualmente, as decisões relativas aos atos da vida corrente, nos termos do artº 1906º nº3 do Cod. Civil.

Visitas: Uma vez que o pai trabalha durante 28 dias e seguidamente tem 28 dias de férias, em período escolar, o menor poderá estar com o mesmo durante esses 28 dias de férias sendo que só poderá estar ausente de Portugal por períodos de 15 dias que se iniciarão numa sexta feira ao fim do dia e terminarão no Domingo ao fim do dia, para que o menor não falta muito tempo ao infantário que frequenta.

Nas férias de verão o menor passará com o pai esses 28 dias seguidos, quer em Portugal, quer em França de onde o mesmo é natural.

Os dias festivos serão passados alternadamente com cada um dos progenitores nos moldes a combinarem entre ambos sendo que os anos pares serão passados com o pai e os ímpares com a mãe.

Todas as conduções do menor para estar com o pai entre Portugal e França serão da responsabilidade do mesmo.

No que se refere às férias de verão o pai comunicará com a mãe até ao fim do mês de maio qual o período de férias de verão que poderá passar com o filho. Pelo que consta do acordo, o menor viajará para França com o progenitor para aí passar períodos de 15 ou 28 dias.

Para o efeito a mãe desde já autoriza que o menor viaje sozinho, com o progenitor para passar esses períodos em França com o progenitor.

Nos períodos de férias escolares do menor, a mãe poderá viajar com o mesmo para o estrangeiro sem necessidade de autorização escrita do progenitor

desde que esta comunique com a antecedência de três semanas qual o período que estará ausente de Portugal e o local para onde se deslocará, tudo sem prejuízo dos períodos em que o menor deverá estar com o pai.

Nas férias de verão o pai também se poderá ausentar com o menor para o estrangeiro sem necessidade de autorização escrita da progenitora desde que este comunique com a antecedência de três semanas qual o período que estará ausente de Portugal e o local para onde se deslocará, tudo sem prejuízo dos períodos em que o menor deverá estar com a mãe”(…)

Foi também junta aos autos incidente de incumprimento do regime de responsabilidade parental (fls.111 e segs.) apresentado pelo assistente contra a ora arguida e certidão do teor da decisão proferida no âmbito do processo 2712/12.7TMPRT-A, que fixou o regime provisório em 8/7/2104 e, do qual foi interposto recurso (fls. 211 e segs.), da qual resulta:

“Em 6 de outubro de 2013 a progenitora mudou-se para Moçambique levando consigo o filho de ambos, passando a residir na ..., Moçambique em apartamento fornecido pela sua entidade patronal denominada “G...”, ocupando o cargo de local controller.

A partir dessa data a sua vida profissional organizada em Moçambique.

Por sua vez, o menor F..., a partir do momento em que foi deslocado para Moçambique foi inscrito no colégio Internacional denominado H..., passando de imediato a frequentar o mesmo.

O progenitor tem uma habitação em França (...).

O progenitor trabalha desde o início de janeiro de 2104 na Nigéria, sendo sua entidade Patronal a empresa petrolífera “I...” que lhe disponibilizou moradia em complexo habitacional da entidade patronal”(…)

Do documento junto pela arguida a fls. 73 e segs. dos autos resulta que a mesma através de requerimento de 9/10/2013 dirigiu ao Juiz do Tribunal de Família e Menores do Porto e ao processo 2712/12.7TMPRT, 1ª secção a informação de que em resultado da sua atividade profissional na empresa G..., Lda com sede na Rua ..., ..., Moçambique, o menor se mantinha junto da requerente no Bairro ..., Rua ..., ..., Moçambique e se encontrava a frequentar a escola H..., na Rua ..., .., ..., Moçambique.

De tal requerimento foi dado conhecimento ao mandatário do assistente (fls.73).

Foi também junto aos autos cópia de um requerimento, apresentado pela arguida em 29.10.2013, para alteração de regulação do exercício das responsabilidades parentais no processo nº 2712/12.7TMPRT, em virtude de ter ido trabalhar para Moçambique em outubro de 2013 (fls. 88 a 101).

Foi ainda junto aos autos informação prestada pela TAP relativa aos bilhetes/itinerário/datas emitidos em nome da arguida e do seu filho (fls. 160).

Foram tomadas declarações ao assistente que, em súmula, confirmou os factos denunciados, esclarecendo que só em 10.10.2013 tomou conhecimento que a denunciada e o seu filho se encontravam em Moçambique.

Procedeu-se à inquirição das testemunhas J... (mãe da arguida), K... (irmã da arguida), D... (mãe do assistente) e E... (amiga do assistente), as quais, em súmula esclareceram as circunstâncias em que a denunciada se ausentou de Portugal com o menor e as circunstâncias em que têm ocorrido os contactos estabelecidos entre o assistente e o menor, bem como relataram as respetivas perspetivas sobre o incumprimento do acordo das responsabilidades parentais.

Em sede de instrução:

O assistente juntou cópia do perfil da arguida constante do “site” “L...”.

Cumpre, pois, examinar tais provas.

E da análise do conjunto da referida prova produzida resultam suficientemente indiciados os seguintes factos:

Ambos, assistente e arguida intentaram ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais, requerendo, respetivamente que lhe seja atribuída a guarda do menor, F..., nascido a 5/09/2009, filho de ambos.

O assistente e a arguida não são casados entre si.

A guarda do menor está atribuída à arguida por sentença que homologou o acordo estabelecido entre os progenitores proferida a 18/2/2013 nos autos que correram termos no Tribunal de Família sob o nº2712/12.7TMPRT e da qual decorre o seguinte:

“Residência: Fixa-se a residência do menor junto da sua progenitora C...;

Exercício das Responsabilidades Parentais: As responsabilidades Parentais relativas às questões de particular importância para a vida do menor, serão exercidas em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos do artº 1906º nº1 do Cod. Civil cabendo ao progenitor com quem o menor reside habitualmente, as decisões relativas aos atos da vida corrente, nos termos do artº 1906º nº3 do Cod. Civil.

Visitas: Uma vez que o pai trabalha durante 28 dias e seguidamente tem 28 dias de férias, em período escolar, o menor poderá estar com o mesmo durante esses 28 dias de férias sendo que só poderá estar ausente de Portugal por períodos de 15 dias que se iniciarão numa sexta-feira ao fim do dia e terminarão no Domingo ao fim do dia, para que o menor não falta muito tempo ao infantário que frequenta.

Nas férias de verão o menor passará com o pai esses 28 dias seguidos, quer em Portugal, quer em França de onde o mesmo é natural.

Os dias festivos serão passados alternadamente com cada um dos progenitores nos moldes a combinarem entre ambos sendo que os anos pares serão passados com o pai e os ímpares com a mãe.

Todas as conduções do menor para estar com o pai entre Portugal e França serão da responsabilidade do mesmo.

No que se refere às férias de verão o pai comunicará com a mãe até ao fim do mês de maio qual o período de férias de verão que poderá passar com o filho. Pelo que consta do acordo, o menor viajará para França com o progenitor para aí passar períodos de 15 ou 28 dias.

Para o efeito a mãe desde já autoriza que o menor viaje sozinho, com o progenitor para passar esses períodos em França com o progenitor.

Nos períodos de férias escolares do menor, a mãe poderá viajar com o mesmo para o estrangeiro sem necessidade de autorização escrita do progenitor desde que esta comunique com a antecedência de três semanas qual o período que estará ausente de Portugal e o local para onde se deslocará, tudo sem prejuízo dos períodos em que o menor deverá estar com o pai.

Nas férias de verão o pai também se poderá ausentar com o menor para o estrangeiro sem necessidade de autorização escrita da progenitora desde que este comunique com a antecedência de três semanas qual o período que estará ausente de Portugal e o local para onde se deslocará, tudo sem prejuízo dos períodos em que o menor deverá estar com a mãe”(...)

Conforme resulta do teor da decisão proferida no âmbito do processo 2712/12.7TMPRT-A que fixou o regime provisório em 8/7/2104 e do qual foi interposto recurso:

“Em 6 de outubro de 2013 a progenitora mudou-se para Moçambique levando consigo o filho de ambos, passando a residir na ..., Moçambique em apartamento fornecido pela sua entidade patronal denominada “G...”, ocupando o cargo de local controller, tendo a partir dessa data a sua vida profissional organizada em Moçambique.

Por sua vez, o menor F..., a partir do momento em que foi deslocado para Moçambique foi inscrito no colégio Internacional denominado H..., passando de imediato a frequentar o mesmo.

O progenitor tem uma habitação em França (...).

O progenitor trabalha desde o início de janeiro de 2104 na Nigéria, sendo sua entidade Patronal a empresa petrolífera “I...” que lhe disponibilizou moradia em complexo habitacional da entidade patronal”(...)

Através de requerimento de 9/10/2013 junto a fls 73 e segs. dos autos a arguida dirigiu ao Juiz do Tribunal de Família e Menores do Porto e ao processo 2712/12.7TMPRT, 1ª secção a informação de que em resultado da sua atividade profissional na empresa G..., Ldª com sede na Rua ..., ..., ...,

Moçambique, o menor se mantinha junto da requerente no Bairro ..., Rua ..., ..., Moçambique e se encontrava a frequentar a escola H..., na Rua ..., .., ..., ..., Moçambique.

De tal requerimento foi dado conhecimento ao mandatário do assistente (fls.73).

A arguida fixou a sua residência em Moçambique sem prévia autorização do arguido.

\*\*\*

E considera-se que da mesma prova produzida não resultou suficientemente indiciado que:

A arguida tivesse criado entraves ao cumprimento das responsabilidades parentais por não ter cumprido o dever de informação; por viajar por vários países com o seu filho sem autorização do pai; por obstaculizar o contacto entre o pai e o filho de forma reiterada e injustificada através de múltiplos artifícios.

\*\*\*

Aqui chegados, cumpre analisar se os factos indiciados integram a prática pela arguida de um crime de subtração de menores, previsto e punível no artigo 249º, nº 1, alínea c) do Código Penal, conforme defende o assistente.

Veamos, pois, se a reconstituição processual que os elementos do inquérito e da instrução revelam, permite ou não alcançar o nível de probabilidade quanto à existência do crime imputado pelo assistente à arguida, necessária para o despacho de pronúncia.

Começemos por dizer que o artigo 249º do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 59/2007, de 04.09. dispunha que:

“1 - Quem:

a) Subtrair menor;

b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou

c) Se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legitimamente confiado;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - O agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se for ascendente, adotante ou tiver exercido a tutela sobre o menor.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.”

O artigo 249.º, nº 1, alínea c), do Código Penal («Subtração de menor») na atual redação, dada pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, aplicável ao caso em apreço, dispõe que:

“1 - Quem:

- a) Subtrair menor;
- b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou
- c) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento;

é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos.

3 - O procedimento criminal depende de queixa”

Do que decorre que o crime de «subtração de menores», na formulação da nova redação da alínea c) do n.º 1 do artigo 249º do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, se afasta inteiramente da estrutura e construção típicas das alíneas a) b) e c) (na anterior redação), divergindo mesmo do significado semântico que enquadrava consistentemente a construção tradicional da estrutura típica.

De facto a Lei n.º 61/2008, que surgiu no contexto da profunda alteração introduzida no instituto do divórcio e, embora em menor escala, no instituto do exercício das responsabilidades parentais, deu nova configuração ao crime de subtração de menor, não só alterando as molduras penais abstratas (reduzindo-se para mais de metade o limite máximo da pena aplicável), mas também a modalidade típica em que é incumprida a decisão de exercício das responsabilidades parentais, passando a abranger hipóteses até então atípicas.

Assim, ao passo que na redação inicial o legislador visava apenas proteger os poderes que cabem a quem estivesse encarregado do menor ou o tivesse à sua guarda, com a nova redação o legislador aumentou o âmbito da proteção e passou a proteger também aqueles outros poderes que estão acometidos a quem não detém o exercício das responsabilidades parentais, como seja o caso do titular do direito de visita.

Na verdade o legislador eliminou a referência apenas à entrega e detentor do poder paternal para passar a fazer uma referência genérica aos incumprimentos do regime estabelecido de convivência.

Com relevância, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18/05/2010 Processo n.º 06P4707, disponível in <http://www.dgsi.pt>, segundo o qual, “face à anterior redação do tipo legal, não constituía subtração de menor a recusa, pelo progenitor guardião, do direito de visita ao outro progenitor ou progenitores. Todavia, perante a nova configuração típica daquela alínea,

conferida pela Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, estão atualmente abrangidos no tipo incriminador quer os comportamentos do progenitor guardião que não entrega a criança ao outro para que este exerça o seu regime de convívio, quer as do progenitor não guardião que não entrega o filho ao guardião na pós-visita” (vd. também Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *A Criança e a Família – uma questão de direito(s) – visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra Editora, págs. 194-199).

Não existindo ainda a fixação do modo de exercício das responsabilidades parentais por qualquer das modalidades admitidas na lei, não há preenchimento do tipo. Também não está abrangido no tipo o exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio, exercido em conjunto por ambos os pais (artigo 1901º, nº 1 do Código Civil), até porque, quanto aos atos praticados apenas por um deles, a lei estabelece, como princípio, uma presunção *iuris tantum* de comum acordo (artigo 1902º, nº 1 do Código Civil).

Por outro lado, a Lei 61/2008 restringiu o tipo penal em causa na medida em que a recusa, tal como o atraso e a criação de dificuldades, só têm relevância típica quando consubstanciarem uma conduta repetida, ou seja, reiterada no tempo e injustificada.

Sobre este aspeto pode ler-se no acórdão do STJ de 23.05.2012, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) “... a lei penal não se pode satisfazer com uma qualquer forma ou modalidade de incumprimento; exige, por isso, logo pela descrição do tipo e como elemento da tipicidade, um incumprimento qualificado, não se satisfazendo, por uma projeção quantitativa, com uma única hipótese de incumprimento, mas sim, ao invés, exigindo que seja «repetido». O incumprimento é ainda qualitativamente qualificado, porquanto deve ser injustificado; mas «injustificado», não apenas no sentido da inexistência de alguma causa de justificação, mas abrangendo outras hipóteses que, não preenchendo expressamente os requisitos das causas justificadoras, excluem materialmente os índices de constância, reiteração, intensidade e gravidade («de modo repetido e injustificado»), que estão pressupostos na dimensão e descrição penal.

Classificando o incumprimento como «injustificado», o legislador utiliza a noção desligada dos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, alargando-a a outras realidades e circunstâncias que se impõem na definição como elementos do tipo e não como causa de exclusão da ilicitude: «repetido» e «injustificado» são expressões da realidade que apontam para projeções simultaneamente materiais e de valoração, como índices de gravidade e de insuportabilidade da rejeição ao cumprimento de deveres, que justificam a dimensão penal do não cumprimento do «regime estabelecido para a

convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais»; «recusar, atrasar ou dificultar significativamente» são ações que apenas podem assumir dimensão típica se constituírem comportamentos repetidos, isto é, reiterados e recorrentes, densificando quantitativamente, e pela quantidade e persistência, qualitativamente, a gravidade in se e as consequências do não cumprimento do regime estabelecido.”

Na nova formulação, o tipo legal do artigo 249º do Código Penal pode, deste modo, ser integrado «por intermédio de um *facere* ou de um *omittere*: a recusa e, em princípio, o atraso na entrega do menor serão, por via de regra, concretizados através de uma omissão, ao passo que, para além de se não afastar a comissão ativa no atraso, dificultar a entrega tanto admite ação como *non facere*». «Enquanto se mantiver a recusa na entrega, o crime diz-se permanente, como já sucedia com a anterior redação do art. 249.º, n.º 1, alínea c)». Tendo em conta o critério da conduta, o delito apresenta-se como de execução vinculada, porquanto só as específicas modalidades descritas no tipo-de-ilícito objetivo são aptas a consumir o crime» (cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, «o Crime de Subtração de Menor - Uma Leitura do Reformado Artº 249º do Código Penal», “Julgar”, nº 7, Janeiro-Abril, 2009, p. 99, segs. e J. M. Damião da Cunha, «Anotação ao art. 249º do Código Penal», pag. 619-620). Como se refere no já citado acórdão do STJ de 23.05.2012, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) “No enquadramento de tipicidade, a alínea c) do nº 1 do artigo 249º na atual formulação não traduz nem expõe manifestamente uma «subtração», mas apenas uma rejeição do cumprimento, ou no rigor, o incumprimento das obrigações decorrentes do regime fixado ou acordado de regulação das responsabilidades parentais de menores: a formulação típica não representa nem prevê uma retirada ou ocultação do menor, ou recusa de entrega à pessoa que exerça o poder paternal, constituindo apenas, em determinadas circunstâncias, o estabelecimento de uma forma instrumental e funcional de injunção ao cumprimento das obrigações de correntes do regime de responsabilidade parental; no rigor, uma modalidade constitutivamente aproximada de uma desobediência.

A atual redação do art. 249.º, n.º 1, alínea c), interpretada logo pela construção da tipicidade, visa acorrer às situações em que a recusa, atraso ou criação de dificuldades sensíveis na entrega ou acolhimento do menor, se faz, por exemplo, através da fuga para o estrangeiro de um dos vinculados pelo regime de regulação das responsabilidades parentais (no mesmo sentido André Lamas Leita, ob. cit. pag. 123), ou através de comportamentos ou abstenções de semelhante dimensão, com graves prejuízos para a estabilidade e os direitos dos menores; é em tais circunstâncias que se impõe, não uma exigência de abstenção dos Estados face às relações jurídico-familiares, mas

também deveres de conteúdo positivo, fazendo impender sobre os Estados o dever de criar mecanismos legais expeditos para o cumprimento”.

No que respeita ao bem jurídico protegido pela incriminação a doutrina não é unânime.

Maria Clara Sottomayor, in “Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio”, 5ª edição, Almedina, 2011, p. 136 defende que o bem jurídico protegido pela norma não pode deixar de ser o interesse da criança e a sua opinião.

J. M. Damião da Cunha, in Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 614 afirma que se protegem os poderes que cabem a quem está encarregue da criança, embora a razão de ser dessa proteção seja o bem-estar desta.

Em sentido similar, Paulo Pinto Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pág. 738 afirma que se protege o poder paternal ou de tutela sobre o menor, reconhecendo que, quando exista exercício conjunto acaba o bem jurídico por se reconduzir à guarda.

Segundo André Lamas Leite, O Crime de Subtração de Menor - Uma Leitura do Reformado art. 249.º do Código Penal, in “Julgar”, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 7, Janeiro-Abril de 2009, pág. 119, o bem jurídico a surpreender na redação atualmente em vigor do artigo 249º, nº 1, alínea c) do Código Penal “continua a ser a garantia da integridade do exercício dos poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais, devendo este comando ser sempre lido em conjugação com os arts. 1906º a 1908º do Código Civil, cujo respeito a norma penal visa garantir”.

Citando Joana Cardoso Lopes (Do Crime de subtração de menores, Evolução Legal e Reflexões Críticas, in Tese UCP): “Por nossa parte, entendemos que, com a criminalização do crime de subtração de menores, visa tutelar-se em primeiro plano o superior interesse da criança, mais concretamente o seu direito a manter uma relação de proximidade com ambos progenitores, a permanecer numa família que dela cuide e que assegure o seu desenvolvimento físico e emocional”.

E Ana Teresa Leal (Procuradora da República in Tutela Penal nas Responsabilidades Parentais, verbojurídico) disse: “Não havendo, assim, qualquer dúvida de que o interesse da criança tem de ser erigido como o núcleo central dos interesses que a norma visa tutelar pois, a criança é o centro e a destinatária primordial do regime legal em vigor. (...) Para que o superior interesse da criança esteja devidamente garantido é imprescindível que o exercício das responsabilidades parentais possa ser levado cabo de

forma plena e sem obstáculos ou atropelos.”

Tendo em conta o critério da conduta, o delito apresenta-se como de execução vinculada, porquanto só as específicas modalidades descritas no tipo-de-ilícito objetivo são aptas a consumir o crime» (cf. André Lamas Leita, ob cit, p. 99, segs.).

Todavia, neste contexto de alargamento da incriminação e, considerando que o direito penal deve ser a ultima ratio da intervenção estadual nas relações sociais, há que encontrar o ponto de equilíbrio.

É de assinalar a tendência do legislador para recorrer a sanções penais para fazer valer o cumprimento de normas jurídicas que pouco ou nada bolem com princípios essenciais e em que a intervenção e punição do direito penal ao invés de solucionar a situação, em regra agrava-a.

Segundo ANDRÉ LAMAS LEITE, “o legislador continua, de modo crescente, a lançar mão das sanções criminais como forma de assegurar o cumprimento de normas jurídicas que pouco ou nada contendem com valores fundamentais comunitários e em que o arsenal punitivo do Direito Criminal, mais do que solucionar alguma coisa, em regra acicata o problema”. No entanto, o mesmo Autor reconhece que “numa época marcada por profundas mutações a nível relacional entre os seres humanos, os desafios e os perigos que se colocam à família que alguns apelidam de «pós-moderna», reclamam, em pontos precisos, um eventual reforço da norma”.

Sabemos que, por norma, o Estado não deve intervir nas relações familiares, salvo se existir um interesse superior que o exija. E temos igualmente em conta que à reserva da vida privada e familiar é reconhecimento assento constitucional no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, trata-se de direito fundamental também reconhecido no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

E o mero incumprimento do acordo/sentença de regulação das responsabilidades parentais não reclama desde logo a intervenção estatal, nomeadamente a intervenção do direito penal, existindo outros instrumentos para fazer cumprir esse regime - cfr. artigos 181º e 191º e segs. da Organização Tutelar de Menores (OTM).

De facto, o incumprimento do direito de visita tem na OTM um mecanismo destinado a acorrer a hipóteses de recusa de entrega do menor (artigo 181º e 146 da OTM) nos termos do qual o tribunal pode ordenar as “diligências necessárias para o cumprimento coercivo”, o que pode passar pelo uso da força pública, embora deva ser-se muito cuidadoso em tal utilização, atentos os interesses em causa e o acautelar o “interesse superior do menor”. Pode também, ser requerida a condenação do progenitor “faltoso” em indemnização a favor do menor ou do requerente ou ambos (artigo 181º, nº 1 da OTM).

Como se refere na decisão recorrida “Importa referir que as medidas coercivas podem subdividir-se em medidas de execução coerciva direta, como é o caso dos artigos 146º, al. d), 181º e 191º a 193º da OTM) e medidas de execução coerciva indireta – sanção pecuniária punitiva (artigo 181º da OTM), sanção pecuniária reparadora (artigo 496º do CC) e sanção pecuniária compulsiva (artigo 829º-A do CC).

Prevê, ainda, a OTM um outro processo tutelar cível especial de entrega judicial de menor (arts. 191º a 193º), para os casos em que o menor é retirado do local onde devia encontrar-se, nos termos do acordo homologado ou de decisão judicial. Este processo, sendo julgado procedente, pode terminar com a entrega do menor no local definido pelo juiz (artigo 191º, nº 4 da OTM) ou com o seu “depósito em casa de família idónea” (artigo 192º, nºs 2 e 3 da OTM).

Prevê, ainda, a OTM um outro processo tutelar cível especial de entrega Para além das situações analisadas anteriormente, há ainda a possibilidade de ser intentada uma ação de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 182º, nº 1 da OTM.

Finalmente, e para os casos mais graves, o CC prevê também a inibição do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1915º) e a entrega do menor a terceiro (artigo 1918º). De acordo com este artigo, “as decisões que apliquem medidas tutelares cíveis e de proteção, ainda que provisórias devem conjugar-se e harmonizar-se entre si, tendo em conta o interesse superior do menor”. Segundo o artigo 191º da OTM, “se o menor abandonar a casa paterna ou aquela que os pais lhe destinaram ou dela for retirado, ou se se encontrar fora do poder da pessoa ou do estabelecimento a quem esteja legalmente confiado, deve a sua entrega ser requerida ao tribunal com jurisdição na área em que ele se encontre”. Cf., também, o artigo 146º, al. f), segundo o qual, “compete aos tribunais de família e menores, em matéria tutelar cível: ordenar a entrega judicial do menor”.

O acordo tanto pode ser homologado pelo juiz – cf. os artigos 178º, nº 1, a contrario, e 183º, nºs 1 e 2 da OTM – como pelo Ministério Público – art. 14º, nºs 4 a 6 do DL nº 272/2001, de 13.10.

À luz deste artigo, “não havendo contestação, ou senda esta manifestamente improcedente, é ordenada a entrega e designado o local onde deve efetuar-se, só presidindo o juiz à diligência quando o julgue conveniente; o requerido será notificado para proceder à entrega pela forma determinada, sob pena de desobediência”. Tal acontecerá quando, realizadas as diligências que o juiz considere convenientes, as mesmas demonstrarem a falta de idoneidade do requerente. Neste caso, o requerente será notificado para, no prazo de cinco dias, alegar o que tiver por conveniente e oferecer as provas. Se, porém, não

apresentar alegações, nem oferecer provas, o menor é depositado em casa de família idónea.

Refere o artigo 1915º n.º1 que, “a requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres”.

Com efeito, o incumprimento do regime de visitas encontra, como vimos, outras formas de ser tutelado que não passa pelo recurso à via penal, como por exemplo, através da propositura de uma ação de incumprimento.

Por outro lado, existe apoio constitucional para a incriminação em causa, decorrendo do disposto no artigo 36º, n.º 6 da Constituição da República Portuguesa que a proximidade física entre os progenitores e os seus filhos constitui um direito, liberdade e garantia pessoal nuclear nas responsabilidades parentais, a qual só será devidamente assegurada se a comunidade souber da sua resposta a nível penal.

E também encontra cobertura constitucional nos artigos 67º, n.º 2, al. d) e 69º n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa e surge da necessidade de proteger a criança nos seus direitos contra abusos da autoridade familiar, pois não podemos esquecer que incumbe ao Estado a proteção da família em todas as suas vertentes.

De facto, os artigos 36º, 67º, 68º e 69º da Constituição da República Portuguesa, que consagram um conjunto de princípios fundamentais em matéria de proteção da família e da infância, permitindo a intervenção penal para proteção destes valores (dignidade penal), justificada por existirem novos fenómenos ou fenómenos antigos que agora assumem diversa proporção.

E percebemos que, levando em conta a proliferação de casos graves, em que os menores se transformam, muitas vezes, em verdadeiras “armas de arremesso”, de pressão ou de coação, só a criminalização de certas condutas poderá conferir uma maior e melhor proteção aos direitos das crianças e jovens.

No entanto, não podemos esquecer que a sociedade está em constante mudança, nem escamotear a alteração da estrutura familiar, o aumento da rutura das relações entre pessoas que partilham uma vida em comum, bem como a crescente litigiosidade em matéria de fixação do exercício das responsabilidades parentais.

Com efeito, as relações interpessoais existentes no lar do menor encontram-se marcadas pelo devir da realidade social que encontram eco, por exemplo, nos

institutos do divórcio ou separação dos seus progenitores, dando origem a nova realidade familiar em que é necessário continuar a assegurar o interesse superior da criança.

O crime de subtração de menores insere-se, assim, num contexto melindroso em que a atuação do estado deve ser moderada e ponderada, devendo todos os intervenientes prosseguir o interesse superior da criança, sem esquecer que isso passa, salvo algumas exceções, pela presença na sua vida de ambos os progenitores.

De facto, a lei reconhece que as pessoas que devem velar pelo interesse superior da criança deverão ser os progenitores, salvo situações em que os mesmos a ponham em sério perigo (cfr. arts. 1913º e segs. e 1978º e segs. do Código Civil e 35º e segs. da LPCJP).

E foi neste contexto que o legislador exigiu como elemento do tipo objetivo um comportamento repetido e injustificado, isto é, uma conduta que incumpra uma decisão judicial que presumivelmente previu o regime que mais se conciliava com o interesse superior da criança e que, considerada a sua gravidade e reiteração, demonstra que a via civil falhou.

E perante a coexistência dos vários mecanismos legais, mormente de natureza cível e criminal, importa saber da sua eficácia no que toca ao cumprimento do exercício das responsabilidades parentais.

De acordo com JÚLIO BARBOSA E SILVA “à introdução de factos novos na lei penal, não foi alheia a falta de meios suficientemente eficazes (“toothless”) para o cumprimento do acordado ou decidido em termos de exercício das responsabilidades parentais”. De acordo com o referido autor, os mecanismos previstos na OTM são “ora aplicados tardiamente, em fases adiantadas do litígio, o que coloca em causa o seu objetivo, ora tidos, pelo menos para alguns pais, como um pagamento para o não cumprimento voluntário”.

O mesmo autor refere ainda que “as medidas coercivas também não são de aplicação frequente certamente pelo melindre da situação e do objeto e sujeito do processo mas também, julgamos, por falta de criatividade e visão de médio/ longo prazo na aplicação de medidas ao caso concreto, sendo certo que o próprio artigo permite grande margem de manobra para sugerir e aplicar medidas coercivas”.

Reiteramos que estamos numa época marcada por grandes mudanças a nível das relações interpessoais, em que a criminalização de certas condutas poderá contribuir para uma maior e mais efetiva proteção dos direitos das crianças. No entanto, não podemos deixar de concordar com Conceição Cunha quando afirma que “esta incriminação só seria (será) legítima, comprovada a ineficácia daqueles mecanismos (referindo-se aos mecanismos previstos na OTM) e, ademais, se, comparadas as vantagens e desvantagens da intervenção

penal, aquelas sobrelevassem estas, o que também não será assunto pacífico”. É que a criminalização destas condutas poderá ter como consequência o recurso exagerado e injustificado aos processos-crime por incumprimento do regime de visitas, o que, na maior parte dos casos, terá efeitos nefastos sobre a própria criança.

Neste sentido a APMJ, no seu Parecer sobre a matéria (disponível em <http://www.apmj.pt>, p.17) não deixa também de sublinhar que a alínea c) do artigo 249º do Código Penal “aumenta o conflito parental, pois, com prejuízo para a estabilidade da criança, os pais passam a ter ao seu dispor a ameaça de uma queixa-crime contra o outro. Como na maioria dos casos são as mulheres que têm a guarda dos filhos são elas que se encontram nesta situação de poderem ser perseguidas penalmente”.

Renovamos que o legislador exigiu um incumprimento qualificado, não se satisfazendo com um comportamento isolado, exigindo que seja repetido, cumprindo, pois, caso a caso, averiguar do número de vezes em que esse incumprimento se revela, ligando-o ao grau de violação do conteúdo da decisão reguladora do exercício das responsabilidades parentais. O tipo legal só está preenchido se se provar que a conduta foi repetida e injustificada e que a recusa, atraso ou dificuldade na entrega ou acolhimento foi significativo.

André Lamas Leite, ob. cit. pag. 124 fala em incumprimento qualitativamente qualificado, referindo ainda que o mesmo deve ser injustificado.

Com relevância, cita-se o Acórdão deste Tribunal da Relação do Porto, de 25.03.2010, em que foi relator Joaquim Gomes, proferido no proc.

1568/08.9PAVNG.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) no qual se diz claramente que “não basta um mero incumprimento do regime de visitas ou das responsabilidades de guarda do menor, para que se tipifique o crime de subtração de menor, na vertente do subtipo do art. 249º, 1, al. c) do C. Penal (recusa de entregar o menor à pessoa que sobre ele exerce poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legalmente confiado)”. (...) a recusa, o atraso, ou estorvo significativo na entrega do menor, só têm relevância jurídico-penal para efeitos do referido crime de subtração de menores, se essas condutas forem graves, isto é, se significarem uma autêntica rutura na relação familiar ou habitual entre o menor e os seus progenitores, ou com aquele a quem o mesmo se encontra confiado, e corresponderem ainda a uma lesão nos direitos ou interesses do menor e não em relação àqueles a quem o menor está confiado”.

Também a propósito do conceito de “injustificado”, pode ler-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.05.2010, em que foi relator Alberto Mira, proferido no proc. 35/09.8TACTB.C1, igualmente disponível em

www.dgsi.pt que o mesmo deverá ser usado no sentido de: “sem qualquer fundamento lógico, racional, uma atitude desprovida de fundamento lógico perceptível”. “Repare-se que o legislador não exigiu que o fundamento seja ponderoso. Basta-se que aquele seja credível, razoável, em termos de arredar a conduta de uma atuação deliberadamente dirigida a infringir o acordo acerca do exercício das responsabilidades parentais no que diz respeito ao regime de visitas”. Referindo-se ainda que a lei (art. 249, nº 1, al. c) do Código Penal) exige que o incumprimento seja repetido e injustificado, devendo entender-se que o preenchimento do elemento “modo repetido” exige que a conduta se tenha repetido, no mínimo, por três ocasiões, à semelhança do que sucede com a violação da obrigação de alimentos na qual se exige a “prática reiterada”.

Refira-se ainda o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18.05.2010, no qual se pode ler que “o legislador remete para o julgador, em cada momento, fornecer um conteúdo ao conceito ou ideia de justificação, em que este terá de aferir das concretas características da situação sob apreciação e do peso da razão ou das razões que levou ao incumprimento da regulação das responsabilidades parentais em matéria de convivência e, concluindo pela sua injustificação, terá ainda de ter em atenção se tais incumprimentos injustificados se verificaram repetidamente. Sendo certo que o entendimento do legislador plasmado na incriminação parece conferir a necessidade de não se perder de vista que a ideia de injustificação repetida aponta para um incumprimento de forma voluntária, no sentido de propositada e repetida. Entende o Tribunal que o legislador optou pela utilização de conceitos indeterminados, de modo a conferir a certas situações a possibilidade de se considerarem justificadas – hipóteses essas que, não obstante não preencherem a totalidade dos requisitos das figuras previstas nos artigos 31º e ss. do CP, delas se aproximam”.

Ora, apesar de serem ainda parcas as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores sobre a matéria aqui em análise, as três decisões acima referidas e cujo teor transcrevemos são simbólicas da corrente jurisprudencial que defende que a aplicação da lei penal deve ser o último reduto da intervenção legislativa nas relações familiares e, nesta sequência, fazem uma interpretação muito restritiva do sentido da norma penal contida no art.º na alínea c) do art.º 249º, do Código Penal.

Também nós entendemos que a intenção do legislador foi não vulgarizar a criminalização dos comportamentos incumpridores, destinando a tutela penal para aqueles que se mostram relevantes do ponto de vista dos interesses em jogo e da proteção dos bens jurídicos tutelados pelo preceito legal.

Com efeito, sem escamotear que o legislador se decidiu pela utilização de

vários conceitos indeterminados, dificultando, assim, a tarefa do julgador, não podemos deixar de citar novamente Conceição Cunha (ob. cit., p. 929 e 930) quando afirma que “contra o risco de serem interpretados ao sabor da subjetividade de cada intérprete/aplicador, gerando forte insegurança, apelamos a uma aplicação razoável, criteriosa, atenta às particularidades de cada caso concreto, e sujeita a um cuidadoso dever de fundamentação”. É que a utilização de tais conceitos genéricos pelo legislador acarreta constantemente dificuldades na determinação das condutas que os integram, sendo a mesma de evitar, nomeadamente quando estão em causa normas penais.

Contudo, perante a opção concreta do legislador, cumpre ao intérprete dar conteúdo a tais conceitos e à jurisprudência defini-los.

No caso em apreço o que a norma penal visa, exatamente, prevenir é a existência de uma rutura familiar entre os progenitores e o filho, mais concretamente no direito de aqueles conviverem com este, punindo as condutas que, pela sua gravidade, possam conduzir a um afastamento físico e afetivo entre os progenitores e os filhos, determinante de uma quebra de laços, com repercussões muito nefastas no seio familiar e na vida da criança. Com efeito, um dos elementos típicos do crime previsto na al. c) do artigo 249º do Código Penal é, pois, a violação do regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais.

E exige-se uma conduta repetida, o que quer dizer que tem que ser mais do que uma. Dependendo da gravidade da conduta e dos reflexos que a mesma tem na vida familiar do menor, assim, um comportamento que se repete por duas vezes, poderá ou não integrar o tipo de ilícito e, também nem sempre uma conduta levada a cabo por forma mais ou menos sistemática, integrará, necessariamente, o crime em causa.

Por outro lado, a repetição da conduta pode acontecer não apenas com a sua verificação em diversas ocasiões, mas também com a sua continuação no tempo.

Como salienta André Teixeira dos Santos, in Revista Julgar, nº 12 (especial) 2010, p. 237) a recusa tanto pode consistir em protelar no tempo a entrega da criança como a ocorrência de várias situações de não entrega.

Para estar preenchido o tipo de crime não basta recusar, atrasar ou dificultar significativamente a entrega ou acolhimento da criança, exigindo-se, pois, que tais condutas terão que ser repetidas e injustificadas.

Estamos, pois, em consonância com o referido acórdão do STJ (de 23.05.2012) quando refere que não é qualquer incumprimento do regime que configura a prática do ilícito, sendo a gravidade desse incumprimento, no caso concreto, que determinará a verificação ou não do ilícito.

E concordamos com o tribunal a quo quando refere que “Classificando o incumprimento como «injustificado», o legislador utiliza a noção desligada dos tipos justificadores em sentido técnico-jurídico, alargando-a a outras realidades e circunstâncias que se impõem na definição como elementos do tipo e não como causa de exclusão da ilicitude: «repetido» e «injustificado» são expressões da realidade que apontam para projeções simultaneamente materiais e de valoração, como índices de gravidade e de insuportabilidade da rejeição ao cumprimento de deveres, que justificam a dimensão penal do não cumprimento do «regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais»; «recusar, atrasar ou dificultar significativamente» são ações que apenas podem assumir dimensão típica se constituírem comportamentos repetidos, isto é, reiterados e recorrentes, densificando quantitativamente, quer pela quantidade e persistência, quer qualitativamente, a gravidade do não cumprimento do regime estabelecido”.

Atualmente e por força das novas regras introduzidas pela Lei 61/2008 de 31 de outubro, as responsabilidades parentais são sempre exercidas em conjunto por ambos os progenitores no que respeita às questões de particular importância, só assim não o sendo quando, sempre por decisão judicial devidamente fundamentada, tal exercício for considerado contrário aos interesses do filho.

Neste contexto e, atentas todas as considerações expostas, cumpre reverter para o caso em análise.

Importa considerar que decorre da matéria de facto indiciária que o assistente e a arguida não são casados entre si, sendo que a guarda do menor está atribuída à arguida por sentença que homologou o acordo estabelecido entre os progenitores, fixando-se a residência do menor junto da sua progenitora C.... No que se refere ao exercício das Responsabilidades Parentais, as relativas às questões de particular importância para a vida do menor, serão exercidas em conjunto, por ambos os progenitores, cabendo ao progenitor com quem o menor reside habitualmente, as decisões relativas aos atos da vida corrente. Ao progenitor com quem o menor não reside habitualmente cabe o direito de visitas (férias, dias festivos, etc.).

Há também a considerar que em 6 de outubro de 2013 a progenitora (ora arguida) se mudou para Moçambique levando consigo o filho de ambos, passando a residir na ..., Moçambique em apartamento fornecido pela sua entidade patronal denominada “G...”, onde fixou a sua residência sem prévia autorização do arguido, ocupando o cargo de local controller, tendo a partir dessa data a sua vida profissional organizada em Moçambique. Por sua vez, o menor F..., a partir do momento em que foi deslocado para Moçambique foi

inscrito no colégio Internacional denominado H..., passando de imediato a frequentar o mesmo.

No que se refere ao progenitor, o mesmo tem uma habitação em França (... , ... ) e trabalha desde o início de janeiro de 2104 na Nigéria, sendo sua entidade Patronal a empresa petrolífera “I...” que lhe disponibilizou moradia em complexo habitacional da entidade patronal”(...)

Da mesma prova indiciária resulta que, através de requerimento de 9/10/2013 junto a fls 73 e segs. dos autos a arguida dirigiu ao Juiz do Tribunal de Família e Menores do Porto e ao processo 2712/12.7TMPRT, 1ª secção a informação de que em resultado da sua atividade profissional na empresa G..., Lda com sede na Rua ..., ..., Moçambique, o menor se mantinha junto da requerente no Bairro ..., Rua ..., ..., Moçambique e se encontrava a frequentar a escola H..., na Rua ..., .., Moçambique, sendo que de tal requerimento foi dado conhecimento ao mandatário do assistente (fls.73).

Ora, considerada a matéria de facto indiciada entendemos, tal como o tribunal a quo, que a mesma não integra, nem se subsume à prática pela arguida do crime de subtração de menores, previsto e punível no art. 249.º, n.º 1, al. c), do Código Penal.

Com efeito, atentos os factos indiciados não podemos concluir que o comportamento da arguida foi repetido e injustificado, com o sentido com que a tipicidade acolhe a noção, pois apesar de a mesma, desde 6 de outubro de 2013 mudar e fixar a residência para Moçambique, comunicou tal mudança por requerimento ao Tribunal e com conhecimento ao mandatário do assistente em 9 de outubro de 2013.

Aceitamos que deslocar uma criança para o estrangeiro ou para um lugar geograficamente muito distante constitui um ato que “dificulta significativamente” e pode mesmo ser impeditivo da entrega da criança no cumprimento do regime de visitas estabelecido.

E não escamoteamos que uma alteração de residência do menor que implique uma mudança geográfica para um local distante dentro do próprio país ou para o estrangeiro constitui uma questão de particular importância, a ser decidida por acordo de ambos os progenitores ou, na falta deste, por decisão judicial a proferir em processo próprio, regulado no art.º 184º, da OTM.

E defendemos que, por regra, o progenitor com que o menor reside habitualmente não pode unilateralmente decidir-se pela mudança de residência deste, desde que tal implique um grande afastamento geográfico do outro progenitor o que acontece, com especial acuidade, nos casos em que a mudança tem lugar para outro país.

Em consonância e, revertendo para o caso em apreço, entendemos que a alteração de residência por parte da arguida para Moçambique, sem prévia

autorização do assistente, cria entraves e dificuldades no relacionamento pessoal entre este progenitor e o menor, ficando assim comprometido o contacto entre ambos, tal como ficou estabelecido no acordo de poder sobre o exercício das responsabilidades parentais, sendo que tal comportamento por parte da arguida consubstancia objetivamente uma situação de incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor com o assistente, seu progenitor, relativamente ao regime de visitas fixado, criando a permanência da mãe do menor no estrangeiro, inevitavelmente, dificuldades sensíveis no direito (natural) de relacionamento pessoal entre o progenitor e a criança.

Contudo, não podemos esquecer que o abandono/saída do país - e não fuga - terá tido em vista a obtenção de melhores condições de vida, quer para si, quer para o seu filho, possibilitando a inserção deste num contexto mais adequado ao seu bem-estar, segurança e formação. Veja-se inclusive que a arguida tem um posto de trabalho garantido e o menor encontra-se já inscrito numa escola.

De facto, da matéria indiciada decorre que a mudança de país por parte da mãe do menor foi determinada pela circunstância de passar a ter a sua vida profissional organizada em Moçambique, onde reside em apartamento fornecido pela sua entidade patronal, encontrando-se o menor desde então inscrito num colégio e a frequentar o mesmo: a mudança em causa ocorreu em busca de melhores condições de vida quer para a arguida, quer para o menor, seu filho e com ela residente, motivo pelo qual se entende esse comportamento, porque justificado, não sendo, pois, ilícito à luz da atual redação da alínea c) do n.º 1 do artigo 249.º do Código Penal.

De facto, o comportamento da arguida não pode ser qualificado como uma fuga planeada com o objetivo de simplesmente subtrair o menor ao convívio do pai; como uma fuga deliberada com o intuito de infringir o acordo acerca do exercício das responsabilidades parentais no que diz respeito ao regime de visitas; com uma fuga sem qualquer fundamento lógico ou racional, apenas para provocar o assistente. Parece-nos que está em causa uma deslocação - razoável e credível - para um outro país, num contexto de crise geral, com que somos confrontados todos os dias, que envolve não só a arguida, mas muitas outras pessoas que simplesmente são obrigadas a partir em busca de melhores condições de vida, ou somente em busca de um emprego que não conseguem no país onde nasceram e sempre viveram, e que lhes permita sobreviver, bem como à sua família.

E se de uma fuga, no verdadeiro sentido do termo se tratasse, se a pretensão da arguida fosse cortar os laços entre pai e filho, não teria sentido comunicar-lhe tal facto e, inclusivamente, fornecer-lhe o local concreto onde se

encontram ambos.

Assim, face a todo o exposto, reiteramos que este comportamento da arguida, porque justificado, não se afigura ilícito à luz da atual redação da alínea c) do nº 1 do artigo 249º do Código Penal.

No mesmo sentido se decidiu no citado acórdão da Relação de Coimbra de 18-05-2010 em que se entendeu que a deslocação da criança para a Suíça, para onde foi levada pela mãe sem o acordo do outro progenitor, a favor do qual havia sido fixado um regime de visitas ao filho, é uma conduta justificada à luz do estabelecido na al. c) do nº 1 do art.º 249º, do Código Penal, na medida em que subjacente a tal conduta está uma motivação atendível, a obtenção de melhores condições de vida para a mãe e para o próprio menor. Com efeito, o facto de a arguida ter decidido ir viver com o filho para Moçambique por razões de trabalho, levando a que o regime de visitas entre menor e o seu progenitor seja posto em causa, não configura um incumprimento injustificado (o motivo em causa é suscetível de justificar minimamente a sua atitude em termos de tornar atípica a sua conduta). Acresce que não foi apenas a arguida que fixou a sua residência num outro país, pois também o assistente trabalha desde janeiro de 2014 na Nigéria, o que também dificulta o contacto com o menor.

Do que resulta que ambos os progenitores, face às circunstâncias da vida, procuraram melhores condições de vida - a arguida em Moçambique, o assistente na Nigéria - consubstanciando o comportamento da arguida a busca por uma melhor estabilidade económica para si e para o menor, não se evidenciando, como se refere na decisão recorrida, que o tivesse feito por “mera atitude de revanchismo relativamente ao assistente”. A sua conduta não configura assim um incumprimento injustificado, não se mostrando preenchidos os elementos tipificadores do crime de subtração de menores, previsto e punível pelo artº 249º nº1 al. c) do Código Penal.

Face a todo o exposto, a decisão recorrida não nos merece qualquer reparo, mantendo-se, por isso e conseqüentemente, improcedendo o recurso do assistente B...

\*\*\*

### **III - DECISÃO**

Pelo exposto, acordam os juízes da 2ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto em negar provimento ao recurso interposto pelo assistente B..., mantendo integralmente a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 4 UCs.

Notifique.

\*\*\*

Porto, 21 de outubro de 2015

Elsa Paixão

Maria dos Prazeres Silva

---

[1] Ana Teresa Leal "A tutela Penal nas Responsabilidades Parentais - O Crime de Subtração de Menor.