

Alegações

Referência: 51176

Data de Entrega: 30-12-2024 19:00:53

Finalidade: Juntar a Processo Existente

Caracterização

Tribunal Competente: Comarca de Lisboa Oeste - Cascais - Unidade Central

Área Processual: Família e RGPTC

Espécie de Processo: (cv) Ação de Processo Especial

Processo: 2845/22.1T8CSC-B

Objeto da Ação: Direito de regresso

Valor: 30 000,01 €

Magistrado Subscritor

Leonor Magalhães



Processo n.º 2845/22.1T8CSC-B

Juízo de Família e Menores de Cascais – Juiz 1

Exm.^a Juiz de Direito

Do Juízo de Família e Menores de Cascais, J1

A Magistrada do Ministério Público não se conformando com a doutra sentença exarada nos autos supra identificados, datada de 20.12.2024, da não determinação do regresso da menor ao Luxemburgo, vem, por esta forma, com a legitimidade que lhe é conferida ao abrigo do disposto nos 4.º, n.º 1, al. i), do E.M.P e artigo 629.º do Código Processo Civil (doravante, “CPC”), da mesma interpor recurso ordinário de apelação para o Tribunal da Relação de Lisboa, ao qual deve subir nos próprios autos e com efeitos devolutivo, de acordo com os artigos 627.º, 628.º, 629.º, 631.º, 644.º, n.º 1, alínea a) e 645.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Civil

Por ter legitimidade e estar em tempo, requer-se a V. Exa. se digne admitir o presente recurso e a ordenar a sua remessa ao Tribunal da Relação de Lisboa.

Para esse efeito, junta-se a respectiva motivação de recurso nos termos do disposto no art.º 639.º do C.P.C.

Espera deferimento

A Magistrada do Ministério Público

Leonor Magalhães



Processo n.º 2845/22.1T8CSC-B

Juízo de Família e Menores de Cascais – Juiz 1

MOTIVAÇÃO DO RECURSO
INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

EXMOS SENHORES JUÍZES
VENERANDOS DESEMBARGADORES
DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I- DO OBJECTO DO RECURSO

O Ministério Público junto deste Tribunal instaurou a acção tutelar comum pedindo o regresso da menor [REDACTED] ao Luxemburgo, o seu país de residência, tendo o tribunal proferido sentença a determinar o não regresso da [REDACTED] ao Estado do Luxemburgo, mas, decidindo que esta ficasse a residir em Portugal, com a mãe.

O Ministério Público, não se conformando com o teor da sentença proferida, vem, ao abrigo do disposto no artigo 627.º do Código Processo Civil (doravante, “CPC”), artigos 629.º, 638.º, 639.º, 644.º, n.º 1, alínea a) e 645.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Civil, da mesma interpor recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

II- FUNDAMENTOS DO RECURSO

Considerando os fundamentos em que se alicerça a sentença recorrida, não pode o Ministério Público conformar-se com a mesma quanto determina o não regresso da [REDACTED] ao Luxemburgo, por entender que o Tribunal a quo efectuou uma errada apreciação



de direito e conseqüentemente, violação das normas jurídicas, nos termos do art.º639.º do C.P.C, no caso vertente, as questões que se colocam à cognição do tribunal superior reportam-se a matéria direito.

A) QUESTÃO PRÉVIA - NULIDADES DA SENTENÇA

A.1) Falta de fundamentação

Considera o Ministério Público que a sentença enferma de uma nulidade prevista no ao abrigo do disposto nos artºs 615, nº1 als. b) e c) do C.P.C.

O n.º 4 do art.º 607º do CPC dispõe que “ Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados...., analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.”

Na sentença proferida o tribunal deu como provados 165 (cento e sessenta e cinco) factos, **não se pronunciando, contudo, quanto aos factos que não foram dados como provados**. Existe, pois, uma omissão completa, de forma a permitir que o Ministério Público possa impugnar os factos dados como não provados, o que poderia conduzir a uma decisão diversa.

Ainda assim, o Ministério Público pugnará pela ampliação da matéria de facto dada como provada, bem como, impugnará alguns dados como provados.

Para além disso, o Tribunal a quo na fundamentação de direito da sua sentença termina, concluindo com a seguinte expressão: “**NÃO DETERMINO TAL DEVOLUÇÃO**”, **não se estribando em qualquer norma jurídica que habilite a tal decisão**.

O Tribunal a quo no dispositivo da sentença refere “(...) *ao abrigo das já supra citadas disposições normativas (...)*”, mas tendo existido omissão de disposições normativas



para justificar que não haveria retenção ilícita da criança e a ilegalidade do processo e tendo citado diversas disposições qual das mesmas se aplica.

Salvo o devido respeito, a omissão das disposições legais, impede a recorrente de impugnar de uma forma clara o direito em causa.

Acresce ainda, na fundamentação da matéria dada como provada o tribunal baseia-se em **meras remissões para documentos constantes dos autos**, muitas vezes sem determinar quais os documentos, o que sucedeu designadamente:

- Factos dados como provados de 108 118, 120 a 124 – é referido que a prova resulta dos relatórios clínicos juntos aos autos. Ora, dos autos constam inúmeros relatórios, nem todos no sentido desses factos provados. Deveria o tribunal mencionar qual o médico, a especialidade ou a data de forma a poder ser confrontado tal relatório e, também pela negativa, contraditar tal relatório com outros que constam do processo. Mas como não é mencionado o relatório, ficamos na incerteza;

- Facto Provado sob o n.º139, resulta do email que o pai enviou. Contudo, o Tribunal a quo, não refere a data. Ora, tal como anteriormente relativamente aos relatórios clínicos, nos autos existem muitas mensagens de correio eletrónico.

- Factos dados como provados sob os n.ºs 46 e 47, resultam das declarações prestadas por ambos os progenitores, bem como, dos “printscreens” das mensagens de WhatsApp, que os pais trocaram nesse dia. Contudo e novamente, não existe a indicação do dia e hora, ficando a dúvida a que concretas mensagens está o tribunal a recorrer e porque desconsiderou outras mensagens e a sua contextualização (as mensagens pressupõem respostas ou mensagens anteriores e uma mensagem sozinha pouco ou nada permite aferir fora do seu contexto).

Isto porque, como o tribunal a quo referiu e bem na sua sentença, os progenitores efetuaram inúmeros requerimentos aos autos, juntaram inúmeras trocas de correspondência eletrónica (mensagens de correio eletrónico e mensagens por WhatsApp), juntaram inúmeros relatórios clínicos, escolares e outros. Perante tal dimensão de prova e requerimentos, impunha-se que o tribunal identificasse em concreto a que documentos se reportava e porque desconsiderou outros documentos. Sem tais elementos, torna-se difícil concordar ou



contradizer, ficando a dúvida relativamente aos fundamentos documentais da convicção do tribunal.

Cumprir destacar, na fundamentação da matéria de facto dado como provada, como por exemplo nos pontos 36, 37, 39, 41, 44, 75, o tribunal fundou a sua convicção nas declarações de ambos os pais, no entanto, não esclareceu qual foi o sentido das declarações dos progenitores apresentadas e aquela que mereceu a sua credibilidade.

Na fundamentação da matéria de facto, o tribunal omitiu qual foi a credibilidade colhida a determinadas testemunhas, os documentos se deram mais valor a uns em detrimento de outros.

A sentença não cumpriu o ónus da motivação que visa completar a gravação (áudio) nos aspectos em que a audição fica aquém da visão e imediação do julgador, principalmente quanto ao modo do depoimento (desvio de olhar, ou olhares para o advogado, nervosismo, hesitações ou segurança no relato, etc.). Igualmente, não foi realizada uma súmula do depoimento das testemunhas e análise da sua credibilidade e a razão de ciência, pois dela depende a sua força probatória.

De salientar ainda, que os factos dados como provados nos pontos 74, 160, 162, 164 se resumem a **conclusões e não a factos objectivos**.

Entende o Ministério Público que a sentença padece de falta de fundamentação, como atrás referido, pela remissão de forma genérica e abstracta para a prova documental no processo, processo este bastante complexo, com troca de diversas mensagens de correio eletrónico, repetidas e cortadas, juntas pelas partes com claras omissões, de acordo com os seus interesses, não tendo um fio condutor - deste o início ao fim das suas trocas de conversas como seria normal -, dificultando, é certo, o trabalho do tribunal. Mas é necessário, na sentença, concretizar, compreender em que documentos o tribunal se baseou para dar como assente os factos e assim, dela poder a recorrente impugnar de uma forma mais clara, transparente e imparcial.



Resulta do preceituado no art.º 615.º, al. b) do C.P.C, que existe nulidade quando exista absoluta falta de fundamentação, seja de facto ou de direito, e não apenas fundamentação deficiente, quiçá errada.

Já é amplamente consabido que cabe ao juiz especificar os fundamentos de facto e de direito da decisão que profere, nos termos do disposto no art.º 607.º n.º 3 e 4, a fim de que esta decisão seja perceptível para os seus destinatários e que estes, face à fundamentação exposta na sentença, possam impugná-la quer de facto (através do recurso previsto no art.º 640.º do C.P.C.) quer de direito.

Na sentença, há uma omissão de forma clara e inequívoca dos preceitos legais relativamente a alguns pontos: na questão da retenção e no dispositivo da sentença¹.

Por outro lado, há uma completa omissão dos factos dados como não provados (nem que fosse aquelas constantes da petição do Ministério Público).

Cabe aos Tribunais fundamentar as suas decisões (sentenças) proferidas no processo, em homenagem ao princípio constitucional contido no art.º 205.º, n.º1, da C.R.P., que exige que as decisões do tribunal, que não sejam de mero expediente, sejam fundamentadas na forma prevista na lei, de molde a assegurar a todos os cidadãos um processo equitativo e justo, conforme decorre do disposto no art.º 20.º, n.º4, da C.R.P.

Tal dever geral de fundamentação, para assegurar a todos os cidadãos um processo equitativo e justo, impõe não só a indicação dos factos provados, como dos não provados e ainda, a indicação do processo lógico – racional que conduziu à formação da convicção do julgador, relativamente aos factos que considerou provados ou não provados, de acordo com o ónus de prova que incumbia a cada uma das partes, conforme o disposto no art.º 607.º, n.º 4 do CPC.

Sendo imprescindível um processo equitativo, só através do seu escrupuloso cumprimento se salvaguarda as garantias das partes possibilitando a sua cabal reacção, em

¹ «Bem sabemos que o pai sempre disse na presente acção, bem como na acção de regulação das responsabilidades parentais, que não concordava que a mesma cá residisse (não obstante o acordo de residência alternada entre os dois países, que havia assinado!), mas, à data em que os presentes autos foram instaurados, não havia qualquer retenção ilícita da [REDACTED]

Pelo exposto, e sem mais delongas, necessariamente ociosas, os factos provados mostraram que a presente acção foi instaurada com base na invocação de pressupostos falsos, bem como que a [REDACTED] não ficou cá retida, pelo que, não há fundamento legal, para determinar a devolução da [REDACTED] ao Luxemburgo, ao abrigo da referida Convenção. Pelo que, não determino tal devolução».



caso de discordância (mormente através do recurso ao disposto no artº 640.º do C.P.C.). A sua não observância, pela total falta de indicação dos factos provados ou dos não provados, constitui fundamento de nulidade da decisão.

Com efeito, decorre do disposto no art.º 607, nº4 do C.P.C. que o juiz deve declarar quer os factos que julga provados, quer os que julga não provados. Esta indicação não se basta com meras remissões para os articulados, nem com a indicação de que os não provados são todos os que não resultarem provados. Tal afirmação equivale a nada dizer.

«Cumpro ao magistrado judicial, em cumprimento do disposto no nº 4, do artº 607.º do C.P.C., indicar de forma concreta os factos relevantes e controvertidos que julgou não provados, fundamentando a sua decisão, em conformidade com o disposto nos nºs 4 e 5 deste preceito. A este respeito, conforme referem Abrantes Geraldés/Paulo Pimenta/Luís Filipe Pires de Sousa, em anotação ao artº 607 do C.P.C.[7], impõe-se ainda que a factualidade apurada pelo tribunal deva *“ser descrita pelo juiz de forma fluente e harmoniosa, técnica bem diversa de uma que continue a apostar na mera transcrição de respostas afirmativas, positivas, restritivas ou explicativas a factos sincopados, como os que usualmente preenchem os diversos pontos da base instrutória (e do anterior questionário). Se, por opção, por conveniência ou por necessidade, se inscreveram nos temas de prova factos simples, a decisão será o reflexo da convicção formada sobre tais factos, a qual deve ser convertida num relato natural da realidade apurada... [...]. O importante é que, na enunciação dos factos provados e não provados, o juiz use uma metodologia que permita perceber facilmente a realidade que considerou demonstrada, de forma linear, lógica e cronológica, a qual, uma vez submetida às normas jurídicas aplicáveis, determinará o resultado da acção.”* Especificados os factos provados e não provados, prossegue ainda Abrantes Geraldés[8], que *“o dever de fundamentação introduzido pela reforma de 1961, reforçado em 1995 e agora transferido para a própria sentença que simultaneamente deve conter a enunciação dos factos provados e não provados e as respectivas implicações jurídicas”* exige que *“se estabeleça o fio condutor entre a decisão sobre os factos provados e não provados e os meios de prova usados na aquisição da convicção, fazendo a respectiva apreciação crítica nos seus aspectos mais relevantes. Por conseguinte, quer relativamente aos factos provados, quer quanto aos factos não provados, o juiz deve justificar os motivos da sua decisão, declarando por que razão, sem perda da liberdade de julgamento garantida*



pela manutenção do princípio da livre apreciação das provas (...), deu mais credibilidade a uns depoimentos e não a outros, julgou relevantes ou irrelevantes certas conclusões dos peritos ou achou satisfatória ou não a prova resultante de documentos. É na motivação que agora devem ser inequivocamente integradas as presunções judiciais e correspondentes factos instrumentais (...). Se a decisão proferida sobre algum facto essencial não estiver devidamente fundamentada a Relação deve determinar a remessa dos autos ao tribunal de 1ª instância, a fim de preencher essa falha com base nas gravações efectuadas ou através de repetição da produção da prova, para efeitos de inserção da fundamentação da decisão sobre a matéria de facto.»²

A sentença como se encontra fundamentada impede o Ministério Público de cumprir o ónus de impugnação que lhes adstrito e de cabalmente argumentarem na defesa das suas posições, porquanto desconhecem a convicção do Mmº Juiz a quo, restando-lhes supor que factos terá considerado como provados para concluir como o fez.

Além disso, de acordo com o preceituado no disposto no art.º 607º, n.º 4 do CPC dispõe:

“Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados (...)”

Assim e em primeiro lugar, na parte citada, este normativo dirige um comando ao juiz cujo sentido é este: na fundamentação (de facto) da sentença, só devem constar factos e não matéria de direito e/ou conclusões.

Resulta claro do citado normativo que na fundamentação de facto apenas cabem asserções de facto e não asserções conclusivas, genéricas, matéria de direito.

Considera ainda, que nos factos dados como provados nos pontos 9º, 74º, 160º, 162º, 164.º, 94.º, 96.º as expressões utilizadas pelo Tribunal a quo, extrai-se conclusões e não factos objectivos.

² Citado do Acórdão da Relação de Coimbra, datado de 10.10.2023, processo n.º 525/21.4T8LRA.C1
<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/50ec74c6537e635280258a52003879fc?OpenDocument>



Os enunciados de facto devem ser expressos numa linguagem natural e exata, de modo a retratar com objetividade a realidade a que respeitam, e devem ser estruturados com correção sintática e propriedade terminológica e semântica.

Cumprirá, por sua vez, ao juiz, na formulação dos juízos de prova, expurgar tais deformações, sendo que, como é entendimento jurisprudencial corrente, não se encontra adstrito à forma vocabular e sintática da narrativa das partes, mas sim ao seu alcance semântico. Deve, pois, adotar enunciados que, refletindo os resultados probatórios, sejam portadores de um sentido semântico, o mais consensual possível, de forma a garantir que a controvérsia se desenvolva em sede da sua substância factual e não no plano meramente epidérmico dos seus modos de expressão linguística.

Face ao exposto, deverá a sentença ser declarada nula por falta de fundamentação de acordo com o preceituado no disposto no art.º 615º, n.º 1, al. b) e c) do CPC.

Caso assim não se entenda, sempre, se pugnará o seguinte.

B) AMPLIAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO DADA COMO PROVADA

O objecto deste processo incide sobre a decisão do regresso da menor ao país donde ilicitamente terá saído.

O tribunal com base na prova documental junta ao processo selecionou os factos de acordo com a sua própria convicção e sentido da decisão, de uma forma parcial e pouco objetiva, desconsiderando factos relevantes para a boa decisão da causa. Desta forma, **face aos factos considerados provados de forma parcelar, a ausência de factos não provados que se possa impugnar, impõe-se o aditamento de outros factos com a virtualidade de potenciar uma diferente convicção do Tribunal.**

Considera o Ministério Público, que a sentença na vertente da matéria de facto deve ser ampliada, de acordo com o preceituado no art.º 662º n.º 2 alínea c) do C.P.C, no qual se dispõe que a Relação deve, mesmo oficiosamente: “Anular a decisão proferida na 1.ª instância, quando, não constando do processo todos os elementos que, nos termos do número anterior, permitam a alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto, repute deficiente,



obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto, ou quando considere indispensável a ampliação desta”.

Tendo em conta que o tribunal não considerou factos alegados pelas partes e corroborados pela prova documental – e, portanto, inequívocos e contraditados - pretende o Ministério Público garantir que os mesmos são refletidos na sentença.

O tribunal deveria ter conhecido esses factos, sob pena de se inviabilizar a representação da efetiva vivência da menor, optando por aderir à (reduzida) tese da progenitora, que omitiu deliberadamente factualidade relevante, condicionando dessa forma (pelo menos, tentativamente) o poder de cognição do tribunal.

Ao atuar como atuou, o Tribunal a quo inviabilizou a respetiva apreciação e, eventual impugnação, pelo Ministério Público, o que afetou a boa decisão da causa.

De acordo com o preceituado no disposto do n.º 1 do art.º 662.º, do CPC, o Tribunal da Relação deve alterar a decisão proferida.

Assim,

Pretende o Ministério Público uma maior amplitude da matéria facto dada como provada, porquanto, existem “factos novos”, alegados pelas partes, e contantes em documentos, que foram desconsiderados pela sentença.

Vejamos,

O Ministério Público considera que deverá ser dado como provado que: «a progenitora propôs o acordo do exercício das responsabilidades parentais nos seguintes termos

1. *As responsabilidades parentais são exercidas em comum por ambos os progenitores, de acordo com o seguinte:*

a. *Ficando a menor a residir com a mãe durante duas semanas e uma semana com o pai até aos três anos de idade.*

b. *Quando completar a idade de 3 anos, no dia 31 de Agosto de 2023, a menor passará a residir duas semanas com cada progenitor, no local de residência do mesmo.*

(...)



5. Na altura de ingressar na escolaridade obrigatória, aos 6 anos menor terá a oportunidade de escolher em que país o quer fazer (no caso de os progenitores residirem em países diferentes). Ambos os progenitores comprometem-se a respeitar esta decisão sem contestação, não vindo a exercer qualquer tipo de pressão ou condicionamento na tomada de uma decisão livre por parte da filha.»

Tal resulta da prova documental junta ao processo, em anexo ao requerimento da progenitora (datado de 23.08.2024, doc. n.º 32), no qual constam as seguintes mensagens de correio eletrónico, que se passam a citar parcialmente para os efeitos tidos por convenientes:

- Email datado de 23.01.2022 do progenitor para a progenitora com o seguinte teor:



Tal como pediste envio-te o documento editado.

Quero no entanto deixar claras as ideias que já te referi várias vezes:

Acho que a ideia de por a [redacted] a escolher aos seis anos onde quer viver não é uma boa ideia. Não tenho solução para essa questão e a única solução implicaria dizer-te que não podes voltar a Lisboa. Como dizes que não te adaptas ao Luxemburgo e que aqui não és feliz, isso implicaria limitar a tua liberdade.

Quero deixar claro que acho que estás a tomar uma decisão precipitada e não pensada. Como me dizes que terás tu de assumir as consequências das tuas escolhas, acabo por aceitar a regulação do poder paternal

Sempre tive a intenção de te proteger de decisões não pensadas, mas percebo a tua resposta de que não tenho de ser eu a fazê-lo e de que não tens 12 anos, sendo capaz de tomar as tuas decisões e assumir as consequências das mesmas. Tens razão quanto a isso e como tal não procurarei evitar que tu tenhas de passar por situações mais duras no futuro.

Respeitando as tuas decisões e aceitando que tens o direito de cometer os teus erros, estou disponível para assinar o acordo que propuseste. Faço-o contrariado e com a ideia de que não é a melhor solução, mas aceito que não posso impor-te um local onde vives apenas porque tens uma filha. Para que essa filha tenha o desenvolvimento mais saudável possível é importante que estejas presente e que estejas bem.»



- **Email datado de 24.01.2022 da progenitora para o progenitor com o seguinte teor:**

«De acordo com o conversado, segue então a segunda via do Acordo. Espero podermos assinar hoje, de forma a poder apresentar a minha demissão na empresa amanhã o mais tardar (como sabes tenho o prazo limitado do início desta semana para o fazer).

*Obrigada pelas tuas palavras e preocupação connosco. Como sempre mencionei, assino este **acordo com a mais firme ideia e pretensão de que ele nunca será necessário, pois continuaremos juntos e não haverá necessidade de o tornar num Acordo de Divórcio, isto sim, creio eu ser a vontade de ambos e o melhor para todos. Bem sabes que o meu maior desejo é que regressemos, todos juntos, como família, no mesmo momento.***

Como bem dizes, também eu respeito a tua vontade de ficar. Também me sacrifiquei no passado, quando acedi a emigrar para o Luxemburgo, quando surgiu a tua oportunidade aqui, para aquilo que ambos acreditámos ser uma melhor vida para ambos. Infelizmente não aconteceu assim, não me adaptei, e não experiencio a mesma realização pessoal e profissional que tu. Tenho pena, tentei fazê-lo, como sabes e reconheces, nestes últimos 4 anos e alguns meses.»

- **Email datado de 24.01.2022 do progenitor para a progenitora com o seguinte teor:**

«Na tua ótica então basta o documento assinado por nós e já não queres registar o documento?

Tu de birra em birra vais levando que as coisas sejam feitas à pressa e de acordo com o modelo que queres. Mas tudo bem.

*Dizes que **sempres cumpriste com a tua palavra e quero acreditar que isso de facto é assim. Como te disse acho que não estás a pensar em nada e as decisões são todas precipitadas. Espero, caso as coisas corram mal, que não venhas pôr em causa o teu acordo, ok?***

»

Resulta da prova supra, que o acordo da regulação do exercício das responsabilidades parentais foi proposto por iniciativa da progenitora.



Resulta, ainda, provado que o progenitor anuiu e acreditou na progenitora que esse acordo nunca seria válido caso o divórcio se viesse a concretizar.

O Ministério Público considera que deverá ser dado como provado que «*O Colégio São João de Brito tinha conhecimento, desde 27/09/2023, que a menor frequentava a escola no Luxemburgo, na sequência de uma reunião com ambos os progenitores*» [conforme prova documental junta no processo, designadamente mensagem de correio eletrónico enviado em 20 de junho de 2024 ao progenitor (em anexo ao requerimento apresentado pelo progenitor em 08.08.2024)].

Igualmente considera o Ministério Público que deverá o tribunal dar como provado o ponto «*A progenitora informou a escola Colégio São João de Brito das ausências programadas da menor nos períodos compreendidos entre 25 e 29 de setembro, 16 a 27 de outubro e 11 a 15 dezembro de 2023, para estar com o pai, no Luxemburgo*» [cfr. email da progenitora datado de 11.09.2023, a dar as informações à escola da ausência da menor e as razões da mesma, dando conta dos períodos programados de ausência da menor, em anexo ao requerimento apresentado por parte do progenitor (em 08.08.2024)].

Considera, ainda, o Ministério Público que devem ser dados como provados e admitidos à matéria de facto provada, os seguintes factos:

- *Durante o período que a menor frequentou a escola no Luxemburgo, a [REDACTED] manifestou ser uma menina aberta aos outros, sorridente, autónoma, brinca com os colegas, partilha jogos, ajuda quando necessário. No período da manhã quando a menor se separa do pai foi difícil na primeira semana, mas registou-se progressos.*
- *Em termos de linguagem fala português e também comunica com linguagem não verbal, compreende as instruções em Luxemburguês, repete palavras e apreende vocabulário, ouve canções e canta-as, participa na sala de aula e é interessada. Apresentou um raciocínio lógico desenvolvido.*
- *O pai colabora com a escola no Luxemburgo.*



Esses factos resultam provados dos documentos anexos ao requerimento do progenitor datado de 08.08.2024, na troca de emails entre *Tammy Nezi* e *Emmanuelle Herr* e *Conny Detail* e, ainda, um documento emitido por parte da Organização Nacional da Infância, do Luxemburgo.

Resulta do documento traduzido de troca de emails entre *Tammy Nezi* e *Emmanuelle Herr* e *Conny Detail*, o seguinte:

«A [REDACTED] está presente a cada duas semanas na nossa pré-escola. No que diz respeito à convivência, temos observado que ela é uma menina aberta aos outros, sorridente e, para a sua idade, muito autónoma. Ela é pequena em estatura, mas se sai muito bem em todas as situações da vida em sala de aula. Apesar de não estar lá o tempo todo, a [REDACTED] está muito bem integrada, tanto na sala de aula com outras crianças, quanto no albergue da escola que fica no mesmo prédio. Brinca com os colegas, partilha jogos, ajuda quando necessário. Tal como acontece com todas as crianças da turma, o que é normal nessa idade, a separação do pai de manhã foi um pouco difícil na primeira semana. Registaram-se grandes progressos rápidos. Também notamos que a [REDACTED] tem grande resistência durante os workshops que oferecemos. É muito motivada e gosta de trabalhar. Gosta de experimentar cores, tesouras e cola. Ela é muito aberta a todas as actividades artísticas e plásticas. Ela manipula os diferentes materiais que usamos e está sempre feliz e, fazer pequenas obras de arte. Em termos de linguagem, [REDACTED] **fala Português** e também comunica com linguagem não verbal, o que é bastante normal nesta idade. **Tenta compreender as instruções em Luxemburguês e repete palavras do vocabulário. Ouve com prazer canções e tenta repeti-las connosco (...)**Podemos enfatizar que a comunicação com o pai da [REDACTED] **está a correr muito bem**, o que é muito importante para os cuidados adequados da [REDACTED]»

Este documento foi subscrito por *Tammy Nesy*, assistente social junto do Gabinete para a Infância tendo sido solicitado a pedido do pai.

O referido documento (email) foi junto ao processo, contraditado e não impugnado, não se questionando a sua validade e autenticidade, pelo que, cremos assim, que o teor da mesma deverá ser valorado pelo tribunal e conseqüentemente, serem dados como provados os factos enumerados.



Perante a questão a ser apreciada pelo tribunal, tais factos, consideram-se relevantes, para um melhor posicionamento, sobre a situação vivencial da menor em caso do regresso da mesma ao Luxemburgo, a sua adaptação e a forma como este viveu, bem como a sua integração escolar.

O Ministério Público considera que deverá ser dado como provado que: *«a menor foi acompanhada no Luxemburgo no Centre Hospitalier de Luxembourg, Office national de L'enfance e consultas de psicologia infantil».*

No exame pericial realizado á menor pelo Instituto de Medicina Legal de Lisboa, na secção “enquadramento socioeducativo” refere-se expressamente esse acompanhamento médico da menor no Luxemburgo, na sequência da disponibilização dos relatórios médicos disponíveis realizados no Luxemburgo, pelos progenitores àquele Instituto.

Este facto é relevante e deve ser dado como provado, porquanto, demonstra que o progenitor sempre diligenciou pelo bem-estar de saúde, designadamente, emocional, da menor.

O Ministério Público considera que deverá ser dado como provado os factos que:

- *Desde agosto de 2023 o progenitor é acompanhado pelo Gabinete Nacional da Infância em Allkandzielt»;*
- *A [REDACTED] quando está com o progenitor no Luxemburgo encontra-se calma e equilibrada a nível socioemocional.*

[Esses factos resultam provados pelo documento emitido por parte do *Office National de L'enfance*, junto ao requerimento do progenitor datado de 08.08.2024].

Desse documento, resulta ainda, que a referida instituição luxemburguesa acompanha o agregado familiar desde agosto de 2023 até à data, tendo inclusivamente, realizado uma visita familiar ao domicílio do progenitor onde foi observado o comportamento da menor: *“(...) Parecia sentir-se confortável no ambiente do pai e apresentava-se calma e equilibrada a nível socioemocional. Procurou contacto com o pai, mas também conseguiu ocupar-se (por exemplo desenhar, brincar). De vez em quando, ela pedia ajuda ao pai e a mim. O pai respondeu adequadamente e às suas necessidades e perguntas durante a consulta. A minha primeira impressão é que a [REDACTED] tem um ambiente educacional adequado e, em geral, o pai está muito preocupado com o bem-estar da filha. (...)”.*



Por último, o Ministério Público considera que deverá ser dado como provado o facto «*O progenitor revela competências parentais*» - pois resulta na Informação Social do Núcleo de Infância e Juventude, datado de 18.06.2024, considerando esse mesmo documento no ponto 134 da matéria de facto dada como provada, do qual não foi extraída esta valência do progenitor – o que não se compreende nem se pode aceitar.

Para concluir, diremos apenas que o Ministério Público considera (e, salvo melhor opinião, demonstrou) que existem documentos no processo, contraditados e não impugnados, dos quais se extrai a seguinte factualidade adicional, que deve por isso ser ampliada:

1. A progenitora propôs o acordo do exercício das responsabilidades parentais ao progenitor com o seguinte teor:

“1. As responsabilidades parentais são exercidas em comum por ambos os progenitores, de acordo com o seguinte:

a. Ficando a menor a residir com a mãe durante duas semanas e uma semana com o pai até aos três anos de idade.

b. Quando completar a idade de 3 anos, no dia 31 de Agosto de 2023, a menor passará a residir duas semanas com cada progenitor, no local de residência do mesmo.

(...)

5. Na altura de ingressar na escolaridade obrigatória, aos 6 anos menor terá a oportunidade de escolher em que país o quer fazer (no caso de os progenitores residirem em países diferentes). Ambos os progenitores comprometem-se a respeitar esta decisão sem contestação, não vindo a exercer qualquer tipo de pressão ou condicionamento na tomada de uma decisão livre por parte da filha.

2. O Colégio São João de Brito tinha conhecimento que a menor frequentava a escola no Luxemburgo, na sequência de uma reunião realizada com ambos os progenitores.
3. A progenitora informou a escola Colégio São João de Brito das ausências programadas da menor nos períodos compreendidos entre 25 e 29 de setembro, 16 a 27 de outubro e 11 a 15 dezembro de 2023 – em que se encontraria á guarda do pai no estrangeiro (o que é revelador do entendimento preexistente entre os pais).



4. Durante o período em que a menor frequentou a escola no Luxemburgo, manifestou-se uma menina extrovertida, aberta aos outros, sorridente, autónoma, brinca com os colegas, partilha jogos, e pede ajuda quando necessário. No período da manhã, quando a menor tem de se separar do pai para ir para a escola, custou-lhe na primeira semana, mas foram-se registando progressos.
5. Em termos de língua, a menor fala português e também comunica com linguagem não verbal, compreende as instruções em luxemburguês, repete palavras e apreende vocabulário, ouve canções e canta-as, participa na sala de aula e é interessada. Apresentou um raciocínio lógico desenvolvido.
6. O pai colabora com a escola no Luxemburgo.
7. A menor foi acompanhada no Luxemburgo no *Centre Hospitalier de Luxembourg*, *Office national de L'enfance* e consultas de psicologia infantil.
8. Desde agosto de 2023 que o progenitor é acompanhado pelo *Office national de L'enfance*;
9. A [REDACTED], quando está com o progenitor no Luxemburgo, encontra-se calma e equilibrada a nível sócio emocional.
10. O pai revela competências parentais.

De acordo com o preceituado no art. 662.º, n.º 2, al. c), do CPC, a «Relação deve (...), mesmo oficiosamente, anular a decisão proferida na 1ª instância, quando, não constando do processo todos os elementos que (...) permitam a alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto, repute deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto (...)».

Com efeito, a «decisão da matéria de facto pode apresentar patologias que não correspondem verdadeiramente a erros de apreciação ou de julgamento», resultando nomeadamente de se revelar, total ou parcialmente, deficiente, obscura ou contraditória (António Santos Abrantes Geraldés, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Almedina, Julho de 2013, pág. 239).

A decisão será: deficiente quando aquilo que se deu como provado e não provado não corresponde a tudo o que, de forma relevante, foi previamente alegado (isto é, não foram considerados todos os pontos de facto controvertidos, ou a totalidade de um facto



controvertido); será obscura quando o seu significado não possa ser apreendido com clareza e segurança (isto é, os pontos de facto considerados na sentença são ambíguos ou poucos claros, permitindo várias interpretações); e será contraditória quando pontos concretos que a integram tenham um conteúdo logicamente incompatível, não podendo subsistir ambos utilmente (isto é, diversos pontos de facto colidam entre si, de forma inconciliável)³».

Actualmente poderá afirmar-se que haverá deficiência quando o tribunal não se pronuncie sobre algum facto integrante dos temas da prova ou, como refere Abrantes Geraldês, in Recursos em Processo Civil, 6ª edição, pág. 352, a decisão de facto será deficiente se houver “falta de pronúncia sobre factos essenciais ou complementares”, “de modo que conjugadamente se mostre impedido o estabelecimento de uma plataforma sólida para a integração jurídica do caso”; **será caso de ampliação da matéria de facto, quando tiver sido omitida dos temas da prova matéria de facto alegada pelas partes que se revele essencial para a resolução do litígio** (cfr. Abrantes Geraldês, ob. cit., pág. 353).

Logo, quando se verifique que a decisão sobre a matéria de facto omitiu a «pronúncia sobre factos essenciais ou complementares», possui uma «natureza ininteligível, equívoca ou imprecisa», ou revela «incongruências, de modo que conjugadamente se mostre impedido o estabelecimento de uma plataforma sólida para a integração jurídica do caso», deve o Tribunal da Relação, **oficiosamente, anulá-la, quando não lhe seja possível» suprir tais vícios** (António Santos Abrantes Geraldês, Recursos no Novo Código de Processo Civil, Almedina, Julho de 2013, págs. 239 e 240).

Concluindo diremos, que a sentença padece de deficiência da decisão de facto, não integrando factos essenciais relevantes para a boa decisão da causa (nem nos factos provados nem nos não provados), factos esses atrás descritos, devendo a sentença ser anulada nos termos do disposto no art.º 662.º, n.º 2, al. c) do C.P.C, ou, caso assim não se entenda, seja ampliada a matéria de facto, nos termos supra expostos.

³ Citado do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 07.06.2023, relator Maria João Matos, consultado em <https://jurisprudencia.pt/acordao/215971/>



C) MATÉRIA DIREITO

O Ministério Público considera que o Tribunal a quo violou os artigos 1.º, al. b), e 2, al. a), 2.º n.º11, al. a) e b), 9.º, al. a) e b), 11.º, 22.º, 27.º e 29.º do Regulamento (UE) n.º 1111/2019, de 25 de Junho, em conjugação, com artigos 1.º, als. a) e b), 2.º, 3.º, al. a) e b), 4.º, 5.º, al. a) todos da Convenção dos Aspetos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia.

*

A única questão a ser apreciada pelo Tribunal a quo era determinar se existiu retenção ilícita da menor [REDACTED] e, em caso afirmativo, determinar o seu regresso ao país da sua residência habitual no Luxemburgo.

Era este e tão só este o **objeto do processo**.

Lamentavelmente, da leitura da fundamentação de direito constante da sentença, o MP não consegue alcançar o seu sentido, ou a subsunção dos factos ao direito.

O Tribunal a quo conclui *«Bem sabemos que o pai sempre disse na presente acção, bem como na acção de regulação das responsabilidades parentais, que não concordava que a mesma cá residisse (não obstante o acordo de residência alternada entre os dois países, que havia assinado!), mas, à data em que os presentes autos foram instaurados, não havia qualquer retenção ilícita da [REDACTED] Pelo exposto, e sem mais delongas, necessariamente ociosas, os factos provados mostraram que a presente acção foi instaurada com base na invocação de pressupostos falsos, bem como que a [REDACTED] não ficou cá retida, pelo que, não há fundamento legal, para determinar a devolução da [REDACTED] ao Luxemburgo, ao abrigo da referida Convenção. **Pelo que, não determino tal devolução.**»* (negrito nosso) – contudo, essa conclusão é frontalmente contrariada pela factualidade e prova constante dos autos que se passam a indicar:

- a menor residiu em Portugal com o consentimento do progenitor;
- a menor residiu no Luxemburgo com o consentimento da mãe;
- quando a acção foi instaurada já a criança viajava entre os dois países;
- o progenitor ficou sem acesso à sua filha tendo esta continuado a viajar para o

Luxemburgo após esta acção ser instaurada e quando esta acção foi instaurada, em junho de



2023, já estava fixado um regime provisório em que a menor ficava a residir com a progenitora e passava fins-de-semana alternados com o pai no Luxemburgo;

Vejamos,

O Tribunal a quo decidiu com base em parte da factualidade, não refletindo a real vivência desta criança ou a ocorrência da mudança de país e dos pressupostos que lhe serviram de base.

Este recurso não se prende com uma divergência de opinião relativamente a uma questão jurídica, entre o Tribunal a quo e o MP, mas sim com o facto de nos termos confrontado com uma sentença que apresenta sérias fragilidades, vulnerabilidades, e nulidades que não só não acautelam o superior interesse da criança, como o prejudicam.

Assim,

O Ministério Público instaurou a acção no dia 23 de junho de 2023, data que não se confunde com a data em que ocorreu a retenção ilícita - setembro de 2022.

O progenitor apresentou o pedido de regresso da menor junto da Autoridade Central de Luxemburgo, no dia 24 de janeiro de 2023, ou seja, em data anterior à realização da conferência de pais no âmbito do processo de regulação das responsabilidades parentais, ocorrida em 31 de janeiro de 2023.

Aliás, o progenitor nessa conferência de pais, alertou o Tribunal a quo para essa situação, a qual não foi atendida, tendo-se aguardado pelo processo.

Não se percebe, pois, como pode o Tribunal a quo afirmar, como afirmou, que a acção assentou em pressupostos falsos.

A verdade é que o progenitor respeitou os procedimentos legais, dirigindo o seu pedido à Autoridade Central da residência da criança à data da deslocação que, por sua vez, dirigiu o seu pedido à Autoridade Central do país onde a criança foi deslocada (Portugal).

Note-se, que o progenitor nunca consentiu que a menor residisse habitual e exclusivamente em Portugal, pese embora, aqui tivesse frequentado uma creche com o acordo do pai, que nessa decisão atendeu única e exclusivamente ao superior interesse da criança. Os pais acordaram que a menor ficaria a residir duas semanas em Portugal e uma no Luxemburgo até completar os 3 anos de idade e a partir daí duas semanas em cada país. Nunca a menor se desvinculou do Luxemburgo. Foi a mãe quem desonrou o acordo de regulação paternal



celebrado entre ambos quando, em 9 de setembro de 2022, impediu a menor de regressar ao Luxemburgo para integrar a creche conforme havia combinado com o pai, com quem iria passar uma semana, iniciando o regime acordado.

Saliente-se que, à data da entrada da presente ação, esse acordo de regulação parental celebrado entre os pais da menor não tinha sido dado a conhecer ao MP – razão pela qual uma boa parte dos factos não consta dos autos *ab initio*, desde logo, da Petição Inicial do MP.

Não obstante, tratando-se de um processo de jurisdição voluntária, o tribunal poderia tê-los conhecido oficiosamente, pois são determinantes para a boa decisão da causa.

Acordo esse, que prevê que o pai consentia que a menor permanecesse com a progenitora em Portugal, sempre no pressuposto que esta regressaria à sua residência habitual no Luxemburgo, para junto de si, ainda que alternadamente, até perfazer uma determinada idade.

Ambos os pais ocultaram informação relevante ao Tribunal a quo, conduzindo assim a uma visão distorcida da realidade e dando azo a interpretações enviesadas dos seus comportamentos. Efetivamente, enquanto a progenitora pretendeu criar a convicção que existiu uma mudança de residência de forma estável, duradoura e consentida, da menor para Portugal, fazendo, inclusivamente, as afirmações falsas de que a menor teria vivido ininterruptamente em Portugal, e de que desconheceria que a menor estivesse inscrita numa creche no Luxemburgo e que a menor ali iria integrar no dia 03 de setembro de 2023. Estas afirmações são frontalmente contrariadas pela prova documental. **E, ainda assim, o Tribunal a quo proferiu uma sentença que desconsiderou em absoluto esta factualidade** (sublinhado nosso).

No entanto, **desde 02 de setembro de 2022, que o progenitor ficou impedido de privar com a sua filha e só foi possível retornar os contactos com o processo de regulação das responsabilidades parentais**, com a fixação do regime provisório. Obviamente, no cumprimento da decisão proferida pelo tribunal a quo existiu restabelecimento dos convívios e a menor recomeçou a viajar entre os dois países.



Veja-se, neste ponto, que o pai foi colocado numa situação inadmissível: só retomou os contactos com a filha menor e retida em Portugal desde setembro de 2022, se aceitasse regular em Portugal as responsabilidades parentais. Neste período, apenas no Natal foi permitido ao pai estar com a menor e, ainda assim, acompanhado.

Além disso, não será o facto da menor ter viajado entre os dois países suficiente para se concluir pela inexistência da retenção. É necessário enquadrar a vida da criança (que sempre viveu no Luxemburgo e se viu de repente com os pais a residirem em diferentes países).

Da mesma forma, em nada interfere a data em que esta acção foi instaurada, essa data não poderá ser imputável ao pai, aliás, este teria sempre o prazo de um ano após a data do seu conhecimento, não podendo este ultrapassar os mecanismos legais previstos no Regulamento e na Convenção, ou seja, apresentar o pedido na entidade competente – autoridade central.

Ainda assim veja-se que o pai efetuou o pedido no Luxemburgo, dentro do prazo legal permitido, ainda antes da conferência para regulação das responsabilidades parentais em Portugal (e esta ocorrendo nas circunstâncias atrás referidas), nunca aceitando a competência dos tribunais portugueses, instaurando também ação no Luxemburgo.

Mais, não pode desta forma artificial, incumprir-se os prazos previstos na Convenção de Haia, como se os mesmos não fossem vinculativos, pelo simples facto de ter surgido uma ação para regulação das responsabilidades parentais em Portugal. Aceitar isto seria admitir **o desrespeito desse prazo de um ano previsto na Convenção como válido, equivaleria a admitir que o “progenitor infrator” poderia retirar a criança do país de forma lícita, impedindo o acesso do outro progenitor à criança - que só seria concedido após a regulação das responsabilidades parentais no país retentor em contexto judicial.**

Antes de mais, importa ter em consideração o seguinte: a data de instauração da acção regulação das responsabilidades parentais (25.08.2022), não coincide nem se confunde com a data da apresentação da petição inicial no contexto do processo de deslocação ilícita da criança (de 29.06.2023) – única que releva para aferir da competência internacional dos tribunais



portugueses (cfr. artigo 17.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Regulamento “*Considera-se que o processo foi instaurado: a) Na data de apresentação ao tribunal do acto introdutório da instância, ou acto equivalente (...)*”).

Significa isto que não se verificaram as condições previstas na alínea a) (“*Cada pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda dar o seu consentimento à deslocação ou à retenção*”) e na alínea b) do artigo 9.º do Regulamento.

Esta situação é muito importante e não deve ser confundida com a autorização/consentimento do pai para a “alegada” alteração de residência da menor do Luxemburgo para Portugal.

O progenitor não deu o seu consentimento à deslocação da criança, tendo, pelo contrário, proposto um processo especial de entrega judicial da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980, no dia 23 de janeiro de 2023, **mas sempre teria 1 ano para dar entrada desse pedido junto da Autoridade Central no Luxemburgo** – em respeito da alínea b) do mesmo artigo 9.º (“A criança ter estado a residir nesse outro Estado-Membro durante, pelo menos, um ano após a data em que a pessoa, instituição ou outro organismo, titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, se esta se encontrar integrada no seu novo ambiente (...)”).

Resulta dos autos que:

- Em 22.08.2022, a menor não residia no nosso país há um ano, nem tão pouco se verificava qualquer das condições previstas nas subalíneas da referida alínea b) do artigo 9.º ;
- O pedido de regresso do pai foi apresentado tempestivamente, ou seja, no prazo de um ano após a data em que o titular do direito de guarda tenha conhecimento do paradeiro da filha e da retenção da mesma;
- O titular do direito de guarda (o progenitor) ter desistido do pedido de regresso e não ter sido apresentado nenhum novo pedido dentro do prazo previsto na subalínea i);
- Os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas terem proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança.



Assim, mesmo que por aplicação da regra geral constante do artigo 8.º, n.º 1 do Regulamento, se considerasse que a menor tinha adquirido uma nova “residência habitual” em Portugal, os tribunais portugueses ainda podem e devem declarar-se internacionalmente competentes, por força do disposto no artigo 9.º do Regulamento⁴ (Neste sentido Acórdão

⁴ Neste sentido Acórdão STJ, datado de 28.01.2016, relator Fernando Isabel Pereira, https://www.dgsi.pt/jstj_nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/35baa41e713ada2380257f48005c2003 sumário:

- O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27-11, que revogou o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, de 29-05, alargou o âmbito da **competência no tocante às questões de responsabilidade parental**, com a finalidade de garantir igualdade de tratamento entre crianças, dispondo em relação a todos os filhos menores, independentemente da existência, ou não, de um vínculo matrimonial entre os pais e da conexão da questão relativa a responsabilidades parentais com eventual processo de dissolução do casamento.

II - Tal Regulamento – directamente aplicável na nossa ordem jurídica – contém, entre o mais, regras directas de competência internacional quanto às matérias nele abrangidas, estabelecendo, como regra geral, no seu art. 8.º, n.º 1, a competência dos tribunais do Estado-Membro em que a criança resida habitualmente à data em que seja instaurado processo relativo a responsabilidade parental.

III - O TJUE, por Acórdão de 22-12-2010, considerou que a determinação do conceito de residência habitual há-de ser feita à luz das disposições do dito Regulamento, nomeadamente do constante do seu considerando 12.º, daí resultando que “as regras de competência nele fixadas são definidas em função do superior interesse da criança, em particular do critério da proximidade”.

IV - De acordo com esta jurisprudência, o conceito de “residência habitual” corresponde ao lugar que traduz uma certa integração da criança num ambiente social e familiar, sendo que para determinar a residência habitual de uma criança, além da presença física desta num Estado-Membro, outros factores suplementares (v.g. a duração, a regularidade, as condições e as razões de permanência num território de um Estado-Membro ou da mudança, a nacionalidade da criança, a idade e, bem assim, os laços familiares e sociais que a criança tiver no referido Estado-Membro) devem indicar que essa presença não tem carácter temporário ou ocasional.

VI - Resultando da factualidade apurada, em sede de processo de regulação das responsabilidades parentais, que: (i) a criança nasceu no dia 02-03-2011, em Milão, Itália, cidade onde os pais contraíram casamento; (ii) **após o seu nascimento, o pai decidiu passar a residir em Portugal, exercendo funções de médico especialista no hospital de ..., cidade onde reside;** (iii) **a criança tem nacionalidade italiana e brasileira e fixou residência com a mãe em Milão, em Setembro de 2012, juntamente com a irmã uterina, em resultado de acordo dos pais;** (iv) **também por acordo dos pais e necessitando a mãe de estudar para um exame a ter lugar em Junho de 2013, veio para Portugal, em finais de Março de 2013, onde ficou em casa do pai;** (v) **permaneceu em território nacional em Agosto de 2013, por acordo dos pais, para conviver com os avós paternos, seguindo-se uma viagem ao Brasil para participar num convívio com a família paterna;** (vi) **ter a mãe, no regresso da criança e do pai, em Outubro de 2013, exigido que a criança regressasse a Itália, o que o pai não aceitou e;** (vii) **tendo sido proferida decisão no processo de entrega judicial de menor apenso a ordenar a entrega da criança à mãe, na sua residência, em Itália, deve decidir-se pela incompetência internacional dos tribunais portugueses, em virtude da residência habitual da criança se situar em Itália.**



STJ, datado de 28.01.2016, relator Fernando Isabel Pereira, **situação muito idêntica ao dos presentes autos, no qual foi determinado o regresso dessa criança a Itália no apenso a esse processo**).

Na verdade, este processo é distinto do processo de regulação das responsabilidades parentais (que corre por apenso aos presentes autos), pois, visa sancionar o caráter ilícito da deslocação/retenção da criança, evitando que a passagem do tempo venha a consolidar as situações constituídas em violação de direitos de um dos progenitores, o que na verdade sucedeu.

O tribunal ao ter conhecimento do pedido de regresso, não pode tomar decisões sobre o direito de custódia sem que estejam provadas as condições para o regresso da criança ou sem que tenha decorrido um prazo razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento com vista ao regresso da criança, o que sucedeu.

A decisão provisória no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, foi adotada pelo Tribunal a quo que já tinha conhecimento atentas as declarações prestadas pelo progenitor – que se encontrava em curso um pedido de regresso da menor ao seu país de residência (Luxemburgo), apresentado junto das autoridades daquele país. O que significa que o Tribunal a quo poderia e deveria, oficiosamente, ter solicitado acesso ao mesmo.

Assim, pese embora, este Tribunal se tenha declarado internacionalmente competente para a regulação das responsabilidades parentais e ali ter sido fixado a residência da menor, daqui não se retira automaticamente, que não existiu deslocação ilícita e o afastamento da Convenção, [não obstante, os motivos dessa decisão sobre o direito de custódia poderem ser tidos em consideração na decisão sob o regresso da criança - art.º17.º da C.H (Cfr. Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro⁵)].

Pois,

Estando perante um processo de deslocação ilícita e não perante uma acção de regulação das responsabilidades parentais, os Tribunais Portugueses são internacionalmente

⁵ consultado em : <https://portal.oa.pt/upl/%7B40b76efc-8042-4aa6-92d6-5aa473019980%7D.pdf>



competentes, neste sentido veja-se Acórdão da Relação de Évora, no seu sumário: «I - *Não estando em causa a regulação das responsabilidades parentais, mas sim o pedido de regresso a França de uma criança deslocada para Portugal pela sua progenitora, os tribunais portugueses são os competentes para apreciar aquele pedido*», datado de 30.06.2022, relator Manuel Bargado, in. www.dgsi.pt⁶.

Acresce que, em conformidade com a definição de «deslocação ou retenção ilícitas de uma criança», que figura no artigo 2.º, n.º 11, do referido Regulamento e no artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980, a legalidade ou ilegalidade de uma deslocação ou retenção é apreciada em função dos direitos de guarda atribuídos nos termos do direito do Estado Membro da residência habitual da criança antes da sua deslocação ou retenção.

Caberá no âmbito deste processo, única e exclusivamente, apreciar os pressupostos da verificação da deslocação/retenção ilícita e não determinar ou questionar a residência da menor, situação apreciada pelo Tribunal a quo, para concluir pela ilegalidade do processo por ser a acção instaurada em pressupostos falsos (o que não se afigura correto, como vimos atrás).

Concluindo diremos, que nesta parte o tribunal violou o disposto no art.º2.º, n.º11, 9.º, al.b) do Regulamento e art.º3 da C. Haia.

**

Prosseguindo,

Antes de mais, importa salientar o seguinte (que dificulta a impugnação da matéria de direito):

O tribunal considerou que a residência da criança era em Portugal por ter existido consentimento do pai, bem como, a acção instaurada por parte do Ministério Público assentou em pressupostos falsos, porque, caso o pai tivesse contado a verdade, esta não seria admitida.

⁶consultado em:

<http://www.gde.mj.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/eb6d9f7318f3c756802588b1002ee554?OpenDocument>



É o Ministério Público que recebe os pedidos formulados através da autoridade central, tendo-se utilizado o mecanismo residual da providência tutelar cível comum (artigo 67º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível) o qual apenas dispõe que o juiz pode ordenar as diligências que repute necessárias antes de proferir decisão final⁷. Esta solução não é isenta de dificuldades na medida em que atribui ao juiz a responsabilidade por uma gestão do processo que lhe permita uma decisão justa, com a maior celeridade e a menor complexidade que o caso justifique.

Não é verdade, o Ministério Público sempre deveria ter instaurado essa acção na sequência do pedido por parte da Autoridade Central e os factos alegados por parte do progenitor não são completamente falsos, tendo inclusivamente o Ministério Público pugnado pelo regresso da menor ao Luxemburgo.

Por via disso, considerou o Tribunal a quo que a acção deveria ser rejeitada por ilegalidade, concluindo com a seguinte expressão: “**NÃO DETERMINO TAL DEVOLUÇÃO**”, não se estribando em qualquer norma jurídica.

Resulta da sentença “*Não obstante o que acabámos de afirmar, o que seria por si só, suficiente para a presente sentença terminar por aqui, temos presente o invocado em sede de alegações quer pelo Ministério Público, quer pelas Ilustres Mandatárias dos pais, para saber que, o que é expectável, é que a presente decisão seja objecto de recurso, pelo que, importará, pronunciarmo-nos também relativamente à demais matéria invocada, isto é, relativamente à existência de motivos para excepcionar a devolução da criança, no caso de ter ocorrido efectiva retenção ilícita*”.

O tribunal num primeiro momento, posiciona-se num sentido que implicaria o desfecho do processo, mas, num segundo momento e tendo por base a eventual expectativa do recurso das partes, defende outra perspectiva que consubstancia a verificação de uma excepção legal para determinar o não regresso ao Luxemburgo.

Ora, sucede que, para se determinar o não regresso é necessário partir do princípio que existe retenção (apreciar da eventual violação do direito de custódia e do exercício efetivo do direito de guarda – o que não sucedeu no caso dos autos) e avaliar os respetivos

⁷ Sobre as opções processuais relativas ao meio utilizado, FIALHO, António José, Execução das decisões de regresso proferidas no âmbito da Convenção da Haia de 1980, p. 11



pressupostos legais. Mas se o tribunal nem sequer apreciou a retenção, de que forma pode determinar o regresso ou não regresso?!

Parece-nos, assim, inequívoco, a plena contradição na fundamentação de direito explanada por parte do Tribunal a quo, ao ter considerado por uma lado que, não existir fundamento legal para determinar o regresso da [REDACTED] (note-se omitindo as normas jurídicas no qual assentou o seu raciocínio), e por outro lado, validar as exceções contempladas no art.º 13.º da C.H, tendo por base a existência/verificação da violação do direito de custódia previsto no art.º 2.º al. 11.º do Regulamento e art.º 3 da C. Haia.

Prosseguindo,

O Ministério Público considera que o Tribunal a quo violou outras normas jurídicas (**art.º 3.º, 4.º 5.º, 13.º da Convenção de Haia e art.º 2, ponto 11, al. a) e b), 22.º e 27.º do Regulamento**), ao considerar que não existiu retenção, razão pela qual, salvo o devido respeito, deveria o tribunal ter decidido em sentido contrário.

Vejamos,

Para existir o direito de regresso, importa indagar se existiu deslocação ou retenção ilícita (art.º 3.º, 4.º 5.º da Convenção de Haia e art.º 2, ponto 11 e art.º 22 do Regulamento).

Em primeiro lugar, existirá deslocação ou retenção ilícitas de uma criança (segundo o preceituado no ponto 11. do artigo 2.º do mesmo Regulamento, em termos semelhantes ao que consta do artigo 3.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Haia de 1980) quando:

a) **Viole o direito de guarda** conferido por decisão judicial, **por atribuição de pleno direito** ou por acordo **em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação** ou retenção;
e

b) **No momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção.** Considera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de



uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental.”.

Para existir retenção ilícita terá de verificar-se dois pressupostos, o primeiro existir a violação do direito de custódia atribuído pelo Direito do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou da sua retenção e em segundo, o exercício efectivo desse direito no momento da transferência ou da retenção.

O “direito de custódia” reporta-se à responsabilidade pelos cuidados devidos à criança, incluindo o direito de decidir sobre o lugar da sua residência.

O direito de custódia em causa pode designadamente resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o Direito deste Estado [art. 3.º, 2.º § da Convenção].

Com esclarece Luís de Lima Pinheiro,⁸«[o] preceito deve ser interpretado no sentido de abranger qualquer título de atribuição do direito de custódia vigente na ordem jurídica da residência habitual. Razão por que a referência ao Direito do Estado da residência habitual abrange necessariamente o Direito Internacional Privado deste Estado»⁹.

⁸ Citado anteriormente.

⁹ Como se sintetiza no Acórdão do TJUE de 08/06/2017 (processo C-111/17), ponto 53. da fundamentação, acima referido:

“[E]m conformidade com a definição de «deslocação ou retenção ilícitas de uma criança», que figura no artigo 2.º, n.º 11, do referido regulamento e no artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980, recordada no n.º 36 do presente acórdão, a legalidade ou **ilegalidade de uma deslocação ou retenção é apreciada em função dos direitos de guarda atribuídos nos termos do direito do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da sua deslocação ou retenção**”- neste sentido Acórdão do STJ⁹.

É pois a protecção do poder-dever de guarda ou custódia da criança que está em causa — e não o regime de visitas eventualmente estabelecido para o progenitor que não resida com a criança, que efectivamente poderá ser igualmente infringido em resultado de deslocação ou retenção da criança por parte do progenitor guardião — cfr., nomeadamente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-B.P1.

Averiguar da ilicitude da deslocação ou retenção de uma criança, alegada como fundamento do pedido de regresso apresentado nos tribunais portugueses, reconduz-se normalmente a determinar se aquele que deslocou a criança para Portugal tinha o poder de, por si só, decidir sobre o respectivo local de residência, ou se a deslocação ou retenção foi ou não efectuada com o acordo ou com o consentimento do titular (ou co-titular) desse poder. (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.7T2OBR-A.C1).



O direito de custódia pode resultar de uma atribuição de pleno direito, o que permite a aplicação da Convenção na protecção dos direitos de custódia exercidos antes de qualquer decisão sobre a matéria, no caso deste processo à datada da deslocação não existia qualquer decisão sobre a custódia, **podendo este ser resultante de um efeito ex lege, ou seja, baseia-se ou na lei interna do Estado da residência habitual do menor ou na lei designada pelas normas de conflito desse Estado** (relevante para determinar a lei aplicável na atribuição do direito de custódia, ao qual já se adianta que será o direito civil Luxemburguês¹⁰, caso se entendesse que seria o direito português designada pelas normas de conflito¹¹.

Cabe ao tribunal determinar se a progenitor tinha poder de, por si só, decidir sobre o respectivo local de residência, ou se a deslocação ou retenção foi ou não efectuada com o acordo ou consentimento do progenitor que tinha esse poder.

¹⁰ Consultar em: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/06/27/a589/jo>

¹¹ E, à luz da legislação portuguesa, em concreto o n.º 2 do artigo 1901.º do Código Civil² (doravante abreviadamente «CC») prevê que na constância do matrimónio os pais exercem as responsabilidades parentais de mútuo acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação. Ora, a retirada do menor da convivência com o pai com quem residia e o seu afastamento para outro país constitui necessariamente uma questão de particular importância, não dispensando o consentimento do pai – neste sentido, veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, de 14.07.2011, proferido no âmbito do processo n.º 8395/10.1TBCSC.L1-7, em que foi relatora Maria João Areias, que se passa a citar, para os devidos efeitos: «(...) Ora, a retirada do menor da convivência com a mãe com quem residia e o seu afastamento para outro país constitui necessariamente uma questão de particular importância, não dispensando o consentimento da mãe. Segundo Hugo Manuel Leite Rodrigues, “esta é claramente uma questão de particular importância, visto que, além de ser uma decisão rara (muitas famílias nunca passam por essa decisão), a mudança de um país para o outro é suscetível de alterar toda a vida do menor. A perda e o ganho de amigos, a mudança de língua, a nova cultura a que se terá de adaptar, o afastamento de alguns familiares (ou a aproximação de outros que estejam no país do destino), entre muitos outros factores, mudam radicalmente a vida de uma pessoa”. E, o estabelecimento da residência permanente ou habitual da criança é, ainda e sobretudo, uma questão de particular importância para vida do menor, pela necessidade de manter, tanto quanto possível, a exigível relação de proximidade de ambos os pais. Note-se, que, no caso em apreço, a mudança de um país para o outro arrasta consigo uma mudança ainda mais radical – que o menor deixe de viver com a progenitora com quem residia desde a separação do casal, para viver com o seu pai. A decisão unilateral do requerido, de retirar o menor da convivência da mãe com quem este residia em Inglaterra, trazendo-o para Portugal para aqui passar a residir consigo, contra a vontade da mãe, é necessariamente ilícita, por violadora do nº2 do art. 1901º do CC (...)» Cabendo a ambos os pais o exercício das responsabilidades parentais, se não existir acordo sobre matéria relevante da vida dos filhos, como seja a residência destes, nenhum deles pode, unilateralmente, introduzir qualquer alteração ao que fora instituído por acordo de ambos: «(...) Quanto a tal questão se pronunciam Helena Bolieiro e Paulo Guerra: “Ora, admitindo, por exemplo, que segundo a lei do Estado onde a criança tem a sua residência habitual as responsabilidades parentais e o direito de custódia pertencem a ambos os progenitores e este é exercido de forma efectiva e pelos dois, não poderia um, sem o consentimento do outro deslocar a criança. Fazendo-o, um dos progenitores está numa situação ilícita a que importa colocar fim (...)”» (sublinhado nosso).



«É pois a protecção poder-dever de guarda ou custódia da criança que está em causa – e não o regime de visitas eventualmente estabelecido para o progenitor que não residia com a criança, que efectivamente poderá igualmente ser infringido em resultado da deslocação ou retenção da criança por parte do progenitor guardião»¹².

O regime legal aplicável nos termos previstos no ponto 11.º do artigo 2.º do Regulamento, será a Lei Luxemburguesa, segundo o qual caberá a ambos os progenitores a autoridade parental cuja a finalidade resida no interesse da criança, conforme consagrado no preceituado no Art. 375.º do C.Civil¹³:

Podemos, assim, concluir que, de acordo com o direito do Luxemburgo, correspondente ao direito do Estado-membro da residência habitual antes da retenção da menor, uma mudança de residência dependeria do consentimento de ambos os progenitores que exercerem o poder parental.

Mesmo admitindo-se, o desconhecimento de qual dos progenitores exercia efetivamente o direito de guarda, nos termos previstos na alínea b) do ponto 11. do artigo 2.º

¹² Citado do Artigo da Revista Julgar, “Jurisprudência sobre Rapto internacional de crianças”, autora Maria dos Prazeres Beleza.

Consultado: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/04-MP-Beleza-Jurisprud%C3%Aancia-rapto-internacional.pdf>

¹³ “A autoridade parental é o conjunto dos direitos e deveres cuja finalidade reside no interesse superior da criança.

Cabe aos pais o exercício da autoridade parental, até que a criança atinja a maioridade ou tenha sido emancipada, visando protegê-la no que se refere à sua saúde, segurança e moral, a fim de assegurar a sua educação e permitir o seu desenvolvimento com o respeito que lhe é devido”.

Art.º 372.º - 1 “Qualquer ato de poder parental, de natureza habitual ou não habitual, carece do acordo de cada progenitor quando exercem conjuntamente o poder parental (negrito nosso).

Este acordo não se presume para atos não habituais”.

ART.º375- “Os pais exercem conjuntamente o poder parental”

Art.º 376.º - 2 “A separação dos pais não tem impacto nas regras de devolução do exercício do poder parental. Cada progenitor deve manter relações pessoais com a criança e respeitar os laços da criança com o outro progenitor”.

Arr.º376.º-1 “Se o interesse superior da criança assim o exigir, o tribunal pode confiar o exercício do poder parental a um dos progenitores.

O exercício do direito de visitação e alojamento só pode ser recusado ao outro progenitor por motivos graves. O progenitor, privado do exercício do poder parental, mantém o direito e o dever de fiscalizar a manutenção e a educação do filho. Ele deve ser informado sobre escolhas importantes relacionadas à sua vida. Ele deve respeitar a sua obrigação nos termos do artigo 372-2 (...).” - Lei de 27 de junho de 2018 que institui o juiz de assuntos de família, reforma o divórcio e o poder parental, que alterou o Código Civil

<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/06/27/a589/jo>



do Regulamento n.º 2201/2003, sempre se diria que caberia a ambos, “*considera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental*”, no mesmo sentido que a legislação Luxemburguesa, e caso fosse aplicável a legislação nacional, igualmente caberia a ambos os progenitores decidir o lugar da residência da criança.

Retomando ao caso dos autos,

Foi dada como provada na sentença a seguinte factualidade: os pais da [REDACTED], no início do ano de 2021, começaram a dormir em quartos separados; em outubro de 2021, o progenitor pediu informações ao Consulado de Portugal no Luxemburgo sobre o que era necessário fazer, para tratar do seu processo de divórcio.

Considera o Ministério Público que ficou demonstrado que os progenitores tomaram a decisão de se separar, tendo subscrito um acordo de exercício das responsabilidades parentais, no qual previa que a menor residisse duas semanas em Portugal e uma no Luxemburgo e assim sucessivamente.

Esse acordo, não foi homologado por nenhuma autoridade competente para o efeito, pelo que, consideramos ser apenas um acordo de vontades.

Desse acordo de vontades resulta que o pai consentiu que a menor permanecesse por períodos com a progenitora em Portugal, no pressuposto que esta regressaria à sua residência habitual no Luxemburgo para junto de si. Este seria o regime a ser implementado.

Existiu esse acordo formal de vontades, subscrito por ambos, suscitando-se dúvidas, apenas quanto à assunção prática e real desse compromisso, à vontade das partes e à **existência do consentimento do progenitor à retenção**, situação diversa, que se questiona neste processo, é aceitação da mudança de residência da menor para Portugal.

Caso se entenda que o pai aceitou a mudança de residência definitiva e a menor aqui reside em Portugal, nem sequer se coloca a questão da retenção – o que parece ter sido a posição assumida na sentença.



Desde já se adianta a posição do Ministério Público: a residência da menor é no Luxemburgo, país onde residiu desde o seu nascimento de uma forma estável e duradoura até ao dia em que a progenitora reteve a menor em Portugal, contra a vontade do pai, e contrariando o acordo formal celebrado entre as partes.

A leitura e articulação atenta dos factos, permite constatar que a progenitora nunca pretendeu cumprir o acordo, criando falsas expectativas no progenitor de que as suas vidas retomariam a normalidade, quando na realidade regressou a Portugal e diligenciou por um novo emprego, trazendo consigo a menor (28.02.2022), inscrevendo-a numa creche (iniciando 25.02.2024), fazendo a mudança definitiva de todas as suas coisas e da menor da casa do Luxemburgo (maio), para o território nacional, ao mesmo tempo criando a convicção junto do Tribunal, de que o progenitor teria consentido nessa mudança de residência.

Estava no plano dos progenitores, a menor frequentar duas creches uma em Portugal e outra em Luxemburgo, o pai aceitou e até escolheu o colégio São João de Brito (março de 2022) para a sua filha frequentar, da mesma forma que a progenitora tinha conhecimento da existência da escola no Luxemburgo e da data em que menor iniciava a sua integração e nunca se opôs, na verdade acertou com a creche portuguesa as ausências da menor para o Luxemburgo.

O progenitor igualmente esclareceu, que a progenitora foi em maio de 2022 ao Luxemburgo – mês em que a menor reintegrava a creche naquele país - , mas tal reintegração não chegou a ocorrer porque a progenitora invocou a desnecessidade da deslocação por estar em teletrabalho e disponível para cuidar da menor.

Durante toda permanência da menor em Portugal esta esteve sempre inscrita numa creche no Luxemburgo, sendo essa situação do conhecimento da progenitora (Requerimento inicial – documentos no qual consta a troca dos emails trocados entre a creche e os progenitores, referentes à adaptação e a semana da sua integração de 05 a 09 de setembro de 2022) não tendo a mesma em momento algum informado o progenitor ou as instituições educativas que a [REDACTED] residia definitivamente em Portugal e conseqüentemente não iria regressar ao Luxemburgo, pese embora, esta alegue que foi decisão do pai mantê-la



inscrita na creche, o que se coaduna com o acordo de residência alternada e não com o consentimento de residir em Portugal.

Importa ainda referir, que a progenitora demonstrou que procedeu à mudança da sua residência do Luxemburgo para Portugal, na data em que retirou todos os seus bens pessoais e da menor, fazendo crer, que existiu uma mudança de residência efectiva (sublinhado nosso) da menor para Portugal com o consentimento do progenitor, situação essa, que não logrou provar, conforme infra demonstraremos.

Importa referir que o progenitor teve conhecimento da mudança, colaborou com a progenitora nessa mudança, não se opondo e momento algum a que a progenitora levasse tais objetos, tratava-se dos seus bens pessoais, mas para este, tal acto, não significaria **aceitação de uma mudança da residência definitivamente para Portugal**, aliás como este referiu no depoimento de partes este providenciou para comprar coisas para essa casa.

Consideramos, que o progenitor esteve sempre de “boa-fé”, acreditando no alegado acordo de vontades, comprou novos bens para a sua casa no Luxemburgo, criando as condições para a “nova vida” da [REDACTED], permitindo a sua vivência nos dois países. Nem se compreenderia outra situação, atendendo que este manteve a menor inscrita numa creche no Luxemburgo e defendeu a homologação do acordo feito e apresentado no Consulado.

Depois dessa mudança, o progenitor esteve na casa da progenitora com a menor a gozar as férias da Páscoa e ainda as férias de verão, estas últimas todos juntos na casa dos avós paternos da [REDACTED] sita no Guincho.

No dia 02 de setembro de 2022, no dia que antecedia a partida da [REDACTED] para o Luxemburgo, a progenitora comunicou ao pai que a menor não regressaria ao Luxemburgo, tendo-o informado, inclusivamente e apenas nessa data, da entrada do processo de divórcio e da regulação das responsabilidades parentais – demonstrando que a decisão de não permitir o regresso da criança à sua residência no Luxemburgo já estaria tomada antes de a comunicar ao pai.



A progenitora alegou que desde que a menor veio para Portugal o pai não veio ver a [REDACTED] tendo passado muito tempo afastado desta, justificando que não existia condições da menor ficar sozinha com o pai.

Na versão da progenitora, existiu esse acordo de vontades, mas para si, a mudança de residência da [REDACTED] teria ocorrido em definitivo em fevereiro, mas nunca revelando essa intenção ao progenitor, foi uma mudança de expectativas, segundo esta, devido ao comportamento do progenitor que nunca se interessou pelos cuidados da menor.

Efectivamente a progenitora não informou da sua verdadeira intenção ao progenitor, de trazer a menor para viver consigo definitivamente, fez crer ao tribunal inclusivamente, no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que a menor aqui residia de forma estável, frequentava uma creche com o consentimento do progenitor.

A progenitora construiu uma narrativa desde o primeiro momento, criando a falsa expectativa ao progenitor da reconciliação, bastando para tal, que o progenitor assinasse o alegado “acordo de regulação das responsabilidades parentais”, conforme se denota no email enviado datado de 24 de janeiro de 2022:

*“(...) De acordo com o conversado, segue a segunda via do acordo. Espero podermos assinar hoje, de forma apresentar a minha demissão na empresa amanhã o mais tardar (como sabes tenho o prazo limitado do inicio desta semana para o fazer). Obrigada pelas tuas palavras e preocupação connosco. Como sempre mencionei, assino este acordo **com a mais firme ideia e pretensão que nunca será necessário, pois continuaremos juntos e não haverá necessidade de o tornar num acordo de divórcio, isto sim, creio eu ser a vontade de ambos e o melhor para todos.** Bem sabes que o meu maior desejo é que regressemos, todos juntos, como família, no mesmo momento (...)”¹⁴*

É nossa convicção que quando a progenitora veio para Portugal em fevereiro, inscrevendo a menor, a integrando-a neste país, fazendo crer ao progenitor, quando lhe solicitou que subscrevesse o acordo, que seria esse o regime a adotar em caso de divórcio. Caso contrário, o pai não permitiria que a menor viesse residir para Portugal e a mãe não

¹⁴ Requerimento da progenitora datado de 23.08.2023, documento anexo.



regressaria, ali ficando no Luxemburgo, país onde estava infeliz e sem qualquer apoio ou retaguarda, de acordo com a versão dos progenitores nas suas declarações.

Quanto à autorização do pai nas escolas no período que a menor estaria em Portugal, o pai consentiu, mas não renunciou ao direito de a menor regressar ao Luxemburgo – evidência disso mesmo é o facto de ambos terem acordado inscrever a menor em duas escolas em países distintos (em Portugal o pai consentiu na inscrição no São João de Brito e no Luxemburgo a progenitora aceitou a sua inscrição ou a ela não se opôs).

Efectivamente, resulta da prova produzida, que os progenitores estariam numa fase pré-divórcio, mas existindo eventualmente a esperança por parte do progenitor que a situação se alterasse e a progenitora regressasse ou cumprisse o regime que acordaram para mitigar a separação da menor com ambos os pais, ao qual o progenitor reconheceu não ser o melhor e o possível. Neste sentido vide o email enviado pelo progenitor datado de janeiro de 2022:

(...) quero deixar claro que acho que estás a tomar uma decisão precipitada e não pensada. Como me dizes que terás tu de assumir as consequências das tuas escolhas, acabo por aceitar a regulação parental (...) Faço-o contrariado e com a ideia que não é a melhor solução, mas aceito que não posso impor-te um local ondes vives apenas porque tens uma filha (...).

O certo é, que os progenitores passaram férias de verão juntos, na mesma casa, e apenas na véspera da menor embarcar para o Luxemburgo e iniciar a sua integração na escola de Luxemburgo, a progenitora informou o progenitor que a menor não iria regressar para o Luxemburgo.

Essa situação foi corroborada pelo depoimento da testemunha [REDACTED], bem como do depoimento de parte da progenitora (relatou no exame pericial). A progenitora referiu que “se a [REDACTED] não viesse para Portugal residir consigo esta nunca teria vindo embora do Luxemburgo” – o que sugere que a pretensão da progenitora sempre fora tornar Portugal a residência definitiva da menor, independentemente da vontade do pai.

Referiu, ainda, no contexto da perícia “(...) a [REDACTED] nasce a [REDACTED] de cesariana de urgência e foi imediatamente retirada (...) o parto correu mal (...) a [REDACTED] só nos é



entregue 2 horas depois (...) era um bebé muito querido, mas que dava muito trabalho (...) eu é que fazia os alimentos e estava de manhã à noite (...) era eu que fazia tudo com a [REDACTED] comecei a perceber que estava sozinha na relação (...) a separação do casal que habita no mesmo espaço foi em 2021 (...) quando, no final de 2021 eu recebo um telefonema a perguntar se eu estava disponível para um processo de recrutamento em Lisboa (...) não tinha rede de suporte nem de apoio, havia uma relação que estava terminadíssima e surge uma oportunidade para vir para Portugal, onde está toda a rede de suporte que quer eu quer o [REDACTED] tínhamos (...) este processo foi sempre falado com o [REDACTED] pedi que o [REDACTED] viesse connosco (...) pensei que talvez ficando em Portugal com os nossos amigos a relação melhorasse, pode ser que a relação retome (...) o [REDACTED] sempre foi muito perentório que não queria voltar (...) chegámos os dois à conclusão que seria melhor regressar (...) decidimos que em fevereiro de 2022 a [REDACTED] viria comigo e que eventualmente em setembro a [REDACTED] passaria a fazer, até que houvesse uma escolaridade mais e mais consistência a [REDACTED] passaria duas semanas comigo e uma [?] semana com o pai (...) e assim vim, durante o período que medeia fevereiro e setembro o pai da [REDACTED] veio passar uma semana com a [REDACTED] na Páscoa, onde quem continuava com as rotinas da [REDACTED] era eu, depois de estar essa semana na Páscoa o [REDACTED] veio 15 dias em agosto, em que a postura do [REDACTED] foi a mesma, continuava a ser eu que alimentava a [REDACTED] não houve um esforço da parte do pai para compreender as necessidades da [REDACTED] (...) não foi criada uma habitação aos cuidados (...) quando chegou setembro eu não fiquei confortável, não houve uma vontade do pai e acabei por dizer ao pai: «olha eu não acho que seja saudável para a [REDACTED] ir agora sozinha uma semana» (...) não nego ao pai a possibilidade de a ver (...) tenho pedido ao pai para repensar o regresso a Portugal, a [REDACTED] precisa do pai: «[REDACTED] nós vamos, mas tu tens direito a vir sempre todos os fins-de-semana», porque para mim sempre foi importante existir a presença do pai na vida da [REDACTED] (...) em final de agosto ponho uma ação de divórcio e regulação das responsabilidades parentais (...) vou-lhe ser muito sincera, não disse ao pai por dois motivos: primeiro porque a [REDACTED] fazia anos a [REDACTED] e eu queria ter o melhor clima possível e segundo porque tive receio das atitudes dele e terceiro por causa do Martim também, estava de férias cá.” (sic) – Citado do Relatório Pericial, pág.8.



Não temos dúvidas que o pai aceitou a residência da menor em Portugal, no pressuposto que a menor regressaria ao Luxemburgo e não uma mudança definitiva, como pretende fazer crer a progenitora na sua narrativa, ou seja, estamos perante, quando muito, uma residência alternada.

Em tudo muito semelhante ao que poderá acontecer nos negócios jurídicos, no qual o declarante está em erro na sua declaração, segundo o preceituado no art.º 247.º do C. Civil «Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro», ou seja, como se sabe o erro na declaração, ou erro obstáculo, existe quando, não intencionalmente - v.g., por inadvertência, engano ou equívoco -, a vontade declarada não corresponde a uma vontade real do autor, existente, mas de sentido diverso, a declarante/progenitora fez crer que a menor iria regressar ao Luxemburgo, sendo com base nessa declaração que o progenitor aceitou, tendo a progenitora enganado o progenitor, viciando assim, a vontade/consentimento da menor poder residir em Portugal.

O alegado “acordo de vontades de regulação das responsabilidades parentais” segundo o qual a residência da menor seria em países diferentes, mas com períodos distintos (duas semanas em Portugal com a mãe e uma semana com o pai no Luxemburgo), razão pela qual, este nunca aceitou efectivamente que a que a menor residisse definitivamente em Portugal.

Ficou provado e demonstrado que o pai nunca autorizou que a menor fixasse a residência da menor em Portugal definitivamente, fixando-se, antes, uma residência alternada.

***quid iuris* quanto à validade desse acordo de vontades?**

É nossa convicção que o Tribunal, no contexto de processos de jurisdição voluntária, nunca pode ser indiferente ao acordo de vontades das partes. Os pais exerciam as responsabilidades parentais da menor, cabendo a ambos decidir da residência da menor, não existindo acordo teria de ser o tribunal a fixar, mas até decisão do tribunal, ambos os pais têm esse direito de alternar a residência.



Na situação deste processo, conforme já referimos, não estamos a regular as responsabilidades parentais da menor, nem a decidir a residência da menor - essa situação terá de ser apreciada no âmbito do processo de regulação das responsabilidades parentais.

Assim,

No âmbito deste processo importa indagar se existiu retenção ilícita da menor, ou seja, se existiu a violação do direito de custódia este definido como o poder legítimo de decidir uma mudança de residência ao qual tem de ser tomada por acordo de ambos os pais, titulares das responsabilidades parentais e ainda que um dos progenitores esteja a exercer efectivamente esse direito.

Neste caso, se a violação do direito de custódia, consiste, no poder dos pais decidirem da mudança da residência da criança onde esta tinha a sua residência habitual (mas qual?) sem o consentimento do outro pai, será então determinante saber onde era a residência habitual da criança.

Seria em Portugal ou no Luxemburgo, a fim de aferir se no momento em que a progenitora impede a menor de regressar ao Luxemburgo está a tomar uma decisão unilateral ou se foi já tomada essa decisão em conjunto (ambos os pais) essa mudança de residência, tratando-se essa de uma matéria em que se exige o consentimento de ambos.

Este é o ponto crucial!

O tribunal na sua sentença fundamentou o seguinte:

«A criança veio, com um ano e meio, por vontade de ambos, de acordo com um regime escolhido pelos pais, em que a [REDACTED] passava a residir nos dois países, vivendo com cada um à vez. O facto de em Setembro de 2022, a mãe se ter oposto a que a criança fosse passar uma semana com o pai (era apenas uma semana!), finda a qual estaria de regresso a Portugal, pode ser considerado retenção, para os fins previstos na Convenção? Consideramos que não. Note-se que a mãe, naquele momento, e perante as necessidades muito especiais da filha, considerou que poderia ser danoso para a filha, (que sempre estivera aos cuidados da mãe), uma vez que o pai não estava ainda familiarizado



com as rotinas e necessidades alimentares da mesma, bem como o facto de até então, nunca a criança ter ficado aos cuidados exclusivos do pai, que a mesma fosse passar aquela semana sozinha com o pai».

Salvo o devido respeito, não podemos concordar com o Tribunal a quo, que deu como provado que a menor veio viver para Portugal por acordo, ou com o consentimento do pai – porquanto a prova produzida demonstra a existência de um acordo de vontades entre ambos no sentido de fixar uma residência alternada (duas semanas em Portugal e uma no Luxemburgo), situação essa, que acabaria por ser inviabilizada *a posteriori* pela progenitora.

É indiferente, o facto da menor à data (02.09.2022) ir apenas uma semana para o Luxemburgo, bem como, as razões que a mãe tenha invocado para fazê-lo.

Na verdade, a ida da [REDACTED] para o Luxemburgo era o regresso à sua habitação, que nunca deixou de sê-lo, sendo na verdade o início tardio do regime acordado pelos pais, mesmo este sendo altamente prejudicial para a menor.

Aliás, o progenitor ficou impedido de exercer o seu direito de guarda, de a contactar, tendo sido necessário, o tribunal fixar um regime provisório no processo de regulação das responsabilidades parentais, para o restabelecimento dos convívios com este. A mãe efectivamente cortou os vínculos com o pai até essa data.

O Tribunal a quo refere na sua sentença o seguinte:

«Bem sabemos que o pai sempre disse na presente acção, bem como na acção de regulação das responsabilidades parentais, que não concordava que a mesma cá residisse (não obstante o acordo de residência alternada entre os dois países, que havia assinado!), mas, à data em que os presentes autos foram instaurados, não havia qualquer retenção ilícita da [REDACTED]a».

Salvo o devido respeito, não se pode concordar.

A data em que foi instaurada esta acção em nada interfere com a acção de regulação das responsabilidades parentais, pelo que não se pode concluir que não existe retenção e/ou



deslocação, pois, o objecto da acção de regulação das responsabilidades parentais é decidir com quem a criança reside, enquanto, o objecto deste processo é determinar o regresso da criança à sua última residência antes da deslocação/retenção. Não se deve confundir os objectos destas acções que são distintos, conforme já referimos anteriormente.

Por isso, será indiferente, que exista um regime de regulação das responsabilidades parentais em vigor, daqui não se retira automaticamente, que não há retenção. Da mesma forma, que sempre poderia o Tribunal no âmbito da presente convenção aplicar decisões provisórias.

O Ministério Público louva que tenha existido o processo de regulação das responsabilidades parentais, pois só assim, foi possível garantir o convívio entre pai e filha. Também foi possível, que o progenitor mantivesse mais presente na vida da sua filha como sempre pretendeu, prestasse os cuidados necessários à [REDACTED], da mesma forma que a progenitora.

Considera o Ministério Público que o consentimento do pai, foi com base no acordo de vontades, este condicional e em “erro”, ou seja, a [REDACTED] poderia residir em Portugal, mas manter-se-ia a residir no Luxemburgo, razão pela qual, existe violação do direito de custódia.

Aliás, se não tivesse existido esse acordo, a progenitora nunca teria conseguido sair do Luxemburgo com a menor e foi esse objetivo que determinou a respetiva celebração. No caso dos autos, existiu retenção, pese embora, a progenitora tenha deslocado o centro de vida da menor para Portugal, entre fevereiro e setembro de 2022, a menor esteve cerca de 3 meses e meio com a progenitora (março, junho, julho e 1 dias agosto) e o pai esteve cerca de 1 mês e meio (maio, férias da Páscoa e 15 dias em agosto) durante esse ano de 2022.

Consideramos assim, ter existido uma retenção ilícita a partir da data em que a progenitora não autorizou o regresso da menor ao Luxemburgo país da sua residência habitual para integrar a creche.

Verificando-se assim, ter existido a violação do direito de custódia, será ainda necessário comprovar que o progenitor estivesse a exercer o direito de guarda, ao qual



se tem entendido, como aquele progenitor que se encontra presente na vida da criança e lhe presta cuidados.

O direito de guarda (de acordo com a definição do Regulamento) estava a ser exercido por ambos os pais, pois ambos contactavam regularmente com a menor, conviviam com esta, pese embora a progenitora exercesse os cuidados da mesma por ter maior disponibilidade (gozo da licença maternidade).

No entanto, desde o seu nascimento até 22 de fevereiro de 2022, a menor viveu em Luxemburgo na casa morada de família, estando o progenitor diariamente presente na sua vida, na prestação dos cuidados da sua filha. Igualmente manteve sempre contactos com a menor quando esta esteve com a progenitora em Portugal, pelo que, com a retenção, o pai ficou impedido de exercer efectivamente esse direito.

Concluindo diremos, que ambos os pais exerciam o direito de custódia, o “direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (art.º 5.º, al. a) da Convenção), à data da deslocação da criança durante a permanência desta em Portugal, com inobservância do hiato temporal consentido pelo progenitor, ocorrendo assim a retenção ilícita, como decorre do disposto no art.º 3.º, als. a) e b) da Convenção, o que determina a obrigação do Estado Português, através das autoridades competentes, enquanto outorgante da Convenção, de ordenar o regresso imediato da criança, uma vez que, entre a data da retenção indevida e a data do início dos presentes autos, havia decorrido menos de um ano (art.º 12.º da Convenção).

Assim, o Tribunal a quo violou o disposto no art.º 3.º, 4.º 5.º, 13.º da Convenção de Haia e art.º 2, ponto 11, al. a) e b) do Regulamento.

*

Assim, de acordo com o preceituado no artigo 12.º da Convenção é inequívoco ao foi **retida nos termos do art.º 3.º, pelo que, deverá a autoridade respetiva ordenar o regresso imediato da criança**” sem que haja lugar à discussão da bondade dessa decisão, sendo esse regresso obrigatório a menos que, ou seja, **salvo verificando-se circunstâncias excepcionais:**



a) A parte que pede o regresso da Criança não esteja a exercer, de maneira efetiva, o direito de guarda ou tenha consentido ou concordado com a deslocação ou retenção (artigos 3.º/b) e 13.º/a) da Convenção);

b) Exista um grave risco de a Criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer modo, ficar numa situação intolerável (artigo 13.º/b) da Convenção);

c) A Criança tenha atingido já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas objeções ao regresso (artigo 13.º, § 2.º);

d) O pedido para o regresso não tenha sido apresentado no Estado em que a Criança se encontra dentro do período de um ano após a deslocação ou retenção ilícitas e a Criança esteja já integrada no seu novo ambiente (artigo 12.º); ou

e) O regresso da Criança não seja consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (artigo 20.º).

Quanto à aplicação do preceituado na alínea b) do art.º13.º da C.H, importa indagar se se verifica a existência de um risco grave de a criança, no seu regresso, ficando esta sujeita a perigos de ordem física ou psíquica;

O Tribunal a quo sustentando a sua posição na jurisprudência nacional¹⁵, contudo, a mesma deverá ser olhada de forma atenta, sobretudo pela factualidade de cada caso em concreto.

¹⁵ Ac. do STJ de 13 de Setembro de 2022, prolatado no processo 20/22.4T8VVC-A.E1.S1
https://www.dgsi.pt/jstj_nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f8650181db797ed802588bc00508a6f?OpenDocument

Situação factual do ac. situação relativamente a uma criança com 3 anos de idade, que exerceu uma residência alternada com a mãe cerca de 3 meses e o relacionamento afectivo e a proximidade estabelecidos entre a progenitora aconselham a manutenção até decisão da regulação, mas de acordo com os factos dados como provados resulta, que esse pai não esteve presente na vida da menor, não viveu em semanas alternadas com a menor, esteve 2 anos ao cuidado da mãe, denotando-se ausência do pai da vida da menor, desde o momento da deslocação.



Quanto à invocação do Acórdão Ac. do STJ de 13 de Setembro de 2022, prolatado no processo 20/22.4T8VVC-A.E1.S1, importará citar o seguinte excerto do mesmo:

*(...) Sujeitar a criança a uma tal privação de contactos directos com a mãe – único progenitor com quem, à luz dos factos apurados, a criança mantém um bom relacionamento efectivo, **sendo desconhecidas as características do seu relacionamento com o pai** – é objectivamente gerar um grave risco de potenciar uma situação substancialmente intolerável e violadora do seu superior interesse nesta fase inicial da sua vida (...).*

Atenta a factualidade dada como provada, é amplamente conhecida a relação da menor com o pai, como bem denota o Tribunal a quo “***O pai é uma referência muito importante para a [REDACTED] mas não é a sua principal figura de referência. A principal figura de referência é a sua mãe***”.

Quanto à invocação Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁶, proferido nos autos com o n.º 2695/23.8T8PTM.E1.S1, importará citar o seguinte excerto do mesmo:

“(...) diremos que para uma criança com 9 anos de idade, que privou permanentemente com a mãe, e a quem está económica e afectivamente muito ligada, criança completamente integrada no seu meio social e escolar, em Portugal, tendo já

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f8650181db797ed802588bc00508a6f?OpenDocument>

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, por acórdão de 26 de Setembro de 2024, proferido no Processo. n.º 976/24.2T8GMR-A.G1
<https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ff3cd7730e69390d80258bac0037bb7?OpenDocument>

Ac. Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão proferido nos autos com o n.º 2695/23.8T8PTM.E1.S1.
https://juris.stj.pt/2695%2F23.8T8PTM.E1.S1/6nX_p9DfeolYVmhTk0b8GrkRuqk?search=FeSVnne1OOhCFuYqLXc

Ac. Tribunal da Relação do Porto, no Ac. de 12 de Julho de 2023, no processo n.º 2351/22.4T8STS-A.P1:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/71c229aafa81362f80258a1400435a05?OpenDocument>

¹⁶ Ac. Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão proferido nos autos com o n.º 2695/23.8T8PTM.E1.S1.

https://juris.stj.pt/2695%2F23.8T8PTM.E1.S1/6nX_p9DfeolYVmhTk0b8GrkRuqk?search=FeSVnne1OOhCFuYqLXc



alcançado no plano da formação escolar um aproveitamento muito bom e com inegável margem de progressão, num futuro próximo, separá-la desse meio e destruir estas amarras, representaria um choque psicológico e afectivo intolerável para o menor. Note-se que o desenvolvimento do BB, tendo em consideração a faixa etária em que se encontra, requererá o reforço das condições de segurança e confiança, que facilitarão e estarão na base do seu crescimento saudável e equilibrado, não sendo compatível com o provável trauma de mais uma mudança, em pleno ano lectivo, para condições de vida incertas e inseguras. Observe-se que a casa onde vivia no Brasil já foi assaltada, confirmando uma realidade que todas as estatísticas consideradas credíveis e citadas pelos mais prestigiados jornais internacionais suficientemente documentam (...).

A situação apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça, será diferente da dos presentes autos, desde logo, pela presença constante do pai na vida da sua filha, não existirem factores económicos e de segurança que coloquem em perigo o regresso da menor, o pai encontra-se a trabalhar e reúne boas condições habitacionais e profissionais, o Luxemburgo é um país bastante desenvolvido e seguro e a nível da educação a menor mantém-se integrada.

No entanto, da leitura da sentença e da sua fundamentação, o tribunal decidiu a residência da menor.

Objetivamente, temos um casal que foi para o Luxemburgo, ali constituiu família e separou-se, pretendeu a progenitora regressar ao seu país de origem trazendo a sua filha.

Caberia assim, ao tribunal decidir, com quem a menor deveria residir, com o pai no Luxemburgo ou com a progenitora em Portugal? Este foi o desfecho que a progenitora pretendeu não arriscar, designadamente a instauração de uma acção no Tribunal Luxemburguês.

O Tribunal a quo, ao decidir como decidiu, já tomou posição definitiva sobre a o desfecho do processo de regulação das responsabilidades parentais (em curso), esvaziando o seu objecto - pois, será este mesmo tribunal a julgar e a decidir a residência da menor (Portugal vs Luxemburgo). É nessa acção que seria apreciada e determinado o progenitor a quem a criança deve ser confiada e com quem deve residir, sendo que o



“interesse superior da criança” integra o direito da criança residir com a figura primária de referência.

A sentença, ao referir, “A mãe com quem a [REDACTED] sempre viveu, até este mesmo Tribunal decretar em sede de apenso de regulação das responsabilidades parentais, que o pai também passaria a passar tempo com a filha (quer em fins-de-semana, quer em férias). Até então, nunca este pai tinha estado em exclusivo com a filha. Ou era a mãe que estava em exclusivo, ou estavam os três juntos. Nunca só o pai.», está a tomar posição favorável aos interesses da mãe e a esvaziar a razão de ser do outro processo que corre por apenso, não tomando posição sobre as questões jurídicas suscitadas neste, designadamente sobre a retenção e/ou deslocação da criança pela mãe.

Nos presentes autos, o pedido não é a fixação da residência da menor, mas é esse o desfecho que resulta da leitura da sentença, que, salvo melhor opinião, excedeu os seus poderes cognitivos, extrapolando o objeto processual. Veja-se, a título meramente exemplificativo, as seguintes passagens da sentença: «É esta mãe quem cuida e cuida especialmente, dadas as vulnerabilidades da [REDACTED]. Foi esta mãe que não se quedou perante a situação de saúde da filha e que se mexeu junto de médicos e hospitais, para conseguir um diagnóstico e um tratamento para a filha». Mais refere, «Este pai, alertado por diversas vezes, indiferente ao sofrimento e aos danos ao desenvolvimento, à saúde física e psíquica da sua filha, adoptou este comportamento, manteve este comportamento, porquanto esta é a sua maneira de estar e viver, como aliás o relatório pericial do INML dá conta. O pai tem uma visão superlativa e idealizada de si próprio e das suas posições, tendo muita dificuldade em aceitar outras», prossegue ainda, «E, acrescentamos nós, mesmo quando recorre ao Tribunal e o Tribunal lhe fixa provisoriamente um regime (com que até concordou, note-se!), de nada vale, porquanto este pai, só faz o que quer relativamente à vida da filha».

Considera o Ministério Público, que para acionar a cláusula de exceção do artigo 13.º alínea b), o Tribunal tinha de demonstrar a existência do perigo emocional, a colocação numa situação intolerável, quando na realidade o Tribunal a quo se limitou a concluir que «**atendendo à sua idade, ao seu grau de vinculação à mãe, à sua especial de condição de saúde, aos cuidados médicos de que a mesma carece**, devolvê-la ao Luxemburgo,



seria provocar um sofrimento enorme à criança e **pô-la em risco**, nomeadamente do seu desenvolvimento físico, psicológico e emocional», a criança não deveria regressar ao país de residência.

Ora, salvo melhor opinião e o devido respeito pelo Tribunal, tal orientação decisória faz tábua rasa dos instrumentos jurídicos internacionais, acaba por premiar o “infractor” que, ludibriando o pai através da formalização de um acordo de vontades, acabou por materializar uma mudança de residência efetiva da menor para Portugal, de forma livre, deliberada e consciente, e sem consentimento do pai, e viola os objectivos da convenção que pretende o regresso imediato da criança ao país onde esta foi deslocada - situação que não se confunde nem se sobrepõe à regulação das responsabilidades parentais. Temos em que se considera que houve omissão de pronúncia da sentença quanto ao busílis da presente ação judicial, e excesso de pronúncia ao determinar a residência da menor, com base em critérios subjacentes ao processo de regulação.

Recorde-se que o objectivo da Convenção *«cedem na presença de um fim mais relevante e superior interesse da criança (portanto não há conflito, há hierarquia de direitos/valores) que é o de em concreto e não obstante aquela ilicitude demonstrada, se constatar que para a criança no contexto objetivo conhecido no processo “existir risco grave de ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica ou de qualquer outro modo ficar numa situação intolerável” deve este ser o privilegiado»*¹⁷.

O Tribunal a quo considerou a existência do perigo emocional devido a figura de referência ser a progenitora, aos cuidados médicos que a menor necessita e as condições de saúde providenciadas.

Quanto à figura de referência materna, cumpre referir que em regra, a figura de referência é quem, normalmente promove a retenção ou deslocação dos menores – pelo que,

¹⁷ Citado do Ac. da Relação do Porto 13 de janeiro de 2022, Proc. 1528/20.1T8AVR-A.P1

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/5ff982693deb70eb802587f9003d4abf?OpenDocument>



não pode ser interpretada como critério para determinar o não regresso do menor ao país de residência, no contexto de processos desta natureza.

Por outro lado, para apurar a gravidade do risco é exigível que esteja em causa um perigo que ultrapasse a perturbação da criança inerente à deslocação ou retenção, na medida em que um dos principais objetivos da Convenção é contrariar o uso de meios de autotutela no que diz respeito à regulação das responsabilidades parentais, pelo que as situações previstas no art. 13º, al. b), devem consagrar verdadeiras exceções ao regresso da criança.

A jurisprudência não tem sido unânime na interpretação dos conceitos de “risco grave e situação intolerável” para a criança deslocada¹⁸.

Como tivemos oportunidade de referir, o progenitor raptor é a figura de referência da criança que sempre dela cuidou, podendo o seu afastamento, provocar uma situação intolerável para esta, provocando-lhe danos psicológicos.

Existem autores, bem como jurisprudência internacional¹⁹, aplicada por outros Estados-Membros da Convenção que defendem uma interpretação restrita, resumindo o risco grave de perigo físico ou psíquico aquelas situações como “**maus-tratos, abuso sexual, regresso a países situados em zonas de conflito, de guerra ou de fome**”.

Como refere a autora Mafalda de Sousa, os fundamentos subjacentes à interpretação restrita, resume-se em síntese no seguinte:

¹⁸ Relatório de Estágio Curricular no Juízo de família e menores de Lisboa, “A deslocação ilícita da Crianças à Luz da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II”, Eva Caçador.

consultado: https://run.unl.pt/bitstream/10362/159944/1/Ca%C3%A7ador_2023.pdf

¹⁹ Relatório de Estágio Curricular no Juízo de família e menores de Lisboa, “A deslocação ilícita da Crianças à Luz da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II”, Eva Caçador, pág. 25-30.

As sentenças integradas no âmbito da Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional e que vão ser mencionadas podem ser consultadas e estão acessíveis em <http://www.incadat.com>. ; INCADAT (International Child Abduction Data-base) é uma plataforma na Internet que permite o acesso às decisões jurisdicionais mais importantes proferidas ao abrigo da Convenção de 1980, tendo como função a harmonização da jurisprudência e atenuação das diferenças culturais e jurídicas. 48

Decisão do Higher Regional Court, na Alemanha, de 12 de Abril de 2001 [INCADAT: HC/E/DE 491].

Decisão do Tribunal federal, na Suíça, de 15 de Novembro de 2005 [INCADAT: HC/E/CH 841].

Decisão do Supreme Court of Israel, em Israel, de 15 de Abril de 1992 [INCADAT: HC/E/IL 214].

Decisão do Hoge Raad der Nederlanden, de 14 de Abril de 2000 [INCADAT: HC/E/NL 316]



«- Apenas sérios danos aos interesses das crianças podem justificar a negação da restituição, não se considerando como sério o dano da separação da criança em relação à sua figura primária de referência.

- É inevitável que haja danos psicológicos do afastamento da criança da sua mãe, mas estes não se traduzem necessariamente numa situação intolerável.

- As acções no âmbito da Convenção de Haia não estão relacionadas com o que pode vir a ser melhor para a criança, pertencendo essa questão às autoridades do estado requerente pois a Convenção apenas pretende reparar o status quo ante.

- As “mães guardiãs” utilizam-se da excepção de oposição ao regresso para legitimar o seu acto ilícito.

- A inevitabilidade dos danos psicológicos perante o accionamento da Convenção.

- A presunção de que os Tribunais do Estado requerente são capazes de minimizar e eliminar os danos que a criança possa enfrentar com o regresso»²⁰.

No entanto, «conforme alguns autores, entre os quais Professora Elsa Dias Oliveira, têm considerado que se deve proceder a uma interpretação mais ampla da norma, rejeitando a conceção restrita do conceito de perigo, na medida em que os tribunais deverão fazer respeitar, no caso concreto, o art. 3º da Convenção dos Direitos da Criança, pelo que a avaliação da situação de perigo “*terá de se fundar, inequivocamente, na salvaguarda do interesse da criança, que constitui a chave mestra da Convenção*”²¹”

Em sentido contrário, o Professor Luís Lima Pinheiro que entende que a Convenção tem como objetivo principal a protecção da criança, ainda que tudo indique o seu regresso, se este for mais prejudicial para a criança do que a sua permanência com o progenitor que age ilicitamente, o regresso não deverá ser decretado.

Recentemente foi proferido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 13.09.2022, relator Manuel Aguiar Pereira, no qual explicita como deverá ser interpretada a norma em apreço e o primado superior interesse da criança:

²⁰ Relatório de Estágio Curricular no Juízo de família e menores de Lisboa, “A deslocação ilícita da Crianças à Luz da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II”, Eva Caçador, pag.51.

²¹ OLIVEIRA, Elsa Dias, cit., pp. 63 a 66.



«(...) não pode também deixar de avaliar se, no caso concreto, o imediato regresso ao país onde a criança tinha residência se enquadra no âmbito da efectiva tutela do seu superior e relevante interesse.

“O principal fundamento de oposição à decisão de regresso é o risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a danos de ordem física ou psicológica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. Este preceito deve ser interpretado à luz da primazia atribuída ao superior interesse da criança nas decisões que lhe dizem respeito pelo artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (sublinhado nosso).

A esta luz, o regresso deve, em princípio, ser ordenado se o titular do direito de custódia violado for apto a acolher a criança e estiver seriamente interessado no exercício da custódia. Isto, mesmo que tal implique uma separação relativamente ao outro progenitor, que causará normalmente alguma perturbação à criança. Mas **o regresso já deve ser recusado caso essa separação seja claramente mais prejudicial à criança que a permanência com o progenitor que a deslocou ou reteve ilicitamente.**

É bom de ver que os **tribunais do Estado requerido devem evitar a tentação de privilegiar os seus nacionais que deslocam ou retêm ilicitamente os filhos por meio de uma interpretação lata, e muito menos extensiva, dos fundamentos de oposição ao regresso da criança. Mas, contrariamente ao entendimento adotado pelo relatório explicativo e pelos tribunais de alguns Estados Contratantes, nem todos os fundamentos de oposição ao regresso da criança devem ser interpretados restritivamente.**

Neste ponto, parece que se impõe uma interpretação conforme à Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo a qual o critério decisivo deve ser sempre o superior interesse da criança em causa.

Podemos encontrar alguns critérios para a determinação do superior interesse da criança nestes casos na jurisprudência do Tribunal Europeu relativa ao direito ao respeito da vida familiar consagrado pelo artigo 8.º da Convenção Europeia, em parte relativa a decisões de regresso proferidas com base na Convenção da Haia de 1980. Segundo esta jurisprudência, a criança tem dois interesses principais: manter os seus laços com a sua família, a menos que se prove que esses laços são indesejáveis, e ver assegurado o seu desenvolvimento num ambiente sadio. Os interesses da criança, numa perspetiva de desenvolvimento pessoal, dependem de uma multiplicidade de circunstâncias individuais,



*em especial a sua idade e grau de maturidade, a presença ou ausência dos seus pais, o ambiente em que vive e as suas experiências pessoais*²² .

Para a autora Eva Caçador existem dois tipos de situações consagradas no art.º13.º, al.b) da Convenção de Haia, *«aquelas em que se separe a criança da sua figura de referência como consequência da ordem de regresso, em especial nos casos em que a criança tenha uma tenra idade; e aquelas em que o progenitor-raptor é vítima de violência doméstica por parte do progenitor cujo direito de guarda foi violado.*

Quanto às primeiras, tem-se entendido que tal circunstância poderá configurar uma situação intolerável para a criança, na medida em que está em causa a sua separação com

²² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relator Manuel Aguiar Pereira, datado de 13.09.2022

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f8650181db797ed802588bc00508a6f?OpenDocument>

- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de fevereiro de 2022 na revista 687/16.2T8TMR-H.E1.S1 (relatora Juíza Conselheira Maria João Vaz Tomé), em cujo sumário se salienta que o superior interesse da criança se encontra entre os valores estruturantes da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças.*

Consta no seu sumário - IV - Relativamente a uma criança com menos de três anos de idade, à data da retirada do país de residência habitual, que sempre viveu e esteve aos cuidados da mãe desde o seu nascimento e relativamente à qual o pai - actualmente separado da mãe - exerceu durante cerca de três meses, em alternância semanal, a respectiva guarda, deve ser recusado o regresso ao Estado de residência habitual da criança se, em concreto, o relacionamento afectivo e a proximidade estabelecidos entre a criança e a progenitora aconselharem a manutenção dessa situação até à definição, na sede própria, do regime de regulação das responsabilidades parentais.

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f8650181db797ed802588bc00508a6f?OpenDocument> ²² ;

- *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto na apelação 1528/20.1T8AVR-A.P1²² (relatora Juíza Desembargadora Isoleta Almeida Costa) onde se salienta que a avaliação sobre a recusa do regresso ao Estado de onde a criança foi deslocada deve ser feita em concreto perante todas as circunstâncias relativas à sua situação, nomeadamente a integração no ambiente familiar e com prevalência do seu superior interesse.*

Importa referir, que no âmbito deste acórdão o mesmo traz à colação diversos acórdãos, que afastam o regresso da criança atendendo ao superior interesse da criança, mas devemos indagar se essas situações apresentam alguma similitude, com a apreciação a dos presentes autos.

Neste Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, na apelação 1528/20.1T8AVR-A.P1, tratava-se de uma mãe que se ausentou da Noruega com a criança e qui permaneceu cerca de 23 meses ininterruptamente em Portugal, durante esse período de tempo o pai nunca visitou a criança (não existiu o exercício efectivo da parentalidade). Considerou esse tribunal, que a ausência do pai, «contribuiu paradoxalmente de forma ativa para o preenchimento do conceito de exceção já que não é razoável nem tolerável impor à criança uma separação da mãe para ir viver com o pai que desde há dois anos o contacta apenas por via telemática, com o enorme sofrimento daí decorrente. Um real interesse e proteção da criança imporá ao progenitor que durante este tempo tudo fizesse para que o seu filho o reconhecesse de modo próximo e se sentisse seguro na sua presença».



a pessoa que desempenha as tarefas do seu quotidiano e com quem existem profundas relações afetivas. Neste sentido, entendeu o STJ que “retirar uma criança de tenra idade (cinco anos) à mãe, com quem sempre viveu, desde que nasceu; retirá-la da terra onde vive desde que tem um ano de idade e, por isso, da única que conhece; retirá-la do meio familiar em que se encontra inserida (...) não é apenas submeter a criança a uma situação intolerável, nem a perigos abstractos de ordem psíquica. É muito mais grave. Configura uma situação de maus-tratos a menor, cujas sequelas poderão afectá-lo de forma grave e perene. (...) Conforme entendeu o TEDH no Caso İlker Uyanik v. Turquia¹⁸¹, adotar uma interpretação mais ampla da exceção em causa não implica que todos os casos em que se verifique uma deslocação por parte do progenitor que constitua a figura de referência da criança seja aplicável o art. 13º, al. b). Neste sentido, entendeu o Tribunal Federal Suíço¹⁸² que a separação entre a criança, de 5 anos, e a sua figura de referência, não constituam, per si, fundamento para que seja aplicável a al. b), sendo apenas de recusar o regresso na medida em que este fundamento seja acompanhado de outras circunstâncias que evidenciem um grave risco para a criança, designadamente a ausência de uma rede de apoio nos Estados Unidos, país de onde a criança foi deslocada²³.»

O principal fundamento de oposição à decisão de regresso é o risco grave de a criança, no seu regresso, **ficar sujeita a danos de ordem física e psicológica ou, de qualquer outro modo, em situação intolerável**. Este preceito deve ser **interpretado à luz da primazia atribuída ao superior interesse da criança nas decisões que lhe dizem respeito pelo artº 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança**” (cf., Luís Lima Pinheiro, Direito da Família e Direito dos Menores: Que Direitos no Século XXI, pg. 685)²⁴.

²³ Relatório de Estágio Curricular no Juízo de família e menores de Lisboa, “A deslocação ilícita da Crianças à Luz da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II”, Eva Caçador.

consultado: https://run.unl.pt/bitstream/10362/159944/1/Ca%C3%A7ador_2023.pdf

Ac. STJ, 24.06.10, Proc. nº 622/07.9TMBRG.G1.S1.

Consultado em

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8f6a939c85bcb0dd80257758003c477f>

²⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2021 na revista 6810/20.5T8ALM.L1.S1 (relator Juiz Conselheiro Vieira e Cunha), cfr.



Assim, recorrendo à jurisprudência nacional e transnacional, à doutrina supramencionada na interpretação desta norma prevista na Convenção de Haia, na interpretação do superior interesse da criança, vejamos, se o regresso da [REDACTED] a colocaria numa situação intolerável?

Efectivamente, uma separação da criança de qualquer um dos progenitores teria sempre impacto na sua vida, acarretando consequências a nível emocional, razão pela qual não colhe a afirmação de que apenas a separação da mãe terá impacto na sua vida da menor. Esse impacto é inevitável, fosse como que progenitor fosse.

O perigo emocional está lá sempre, a questão é saber se tem natureza “intolerável” – para aferir dessa intolerabilidade é preciso demonstrar que o progenitor não tem condições para assegurar os seus cuidados e que a separação da progenitora seria mais prejudicial do que separá-la do pai – e esse juízo de proporcionalidade também não foi efetuado.

É certo que, atendendo à morosidade processual dos presentes autos e respetivos apensos, a menor vive em Portugal há mais de dois anos com a mãe – o que contribuiu para a designação desta como figura de referência, mas este pai - pessoa que pretende o seu

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d50149661c1263078025876f004bf658?OpenDocument>

No âmbito deste acórdão trata-se de uma situação de um pedido de regresso por parte do pai, de uma criança que à data da deslocação tinha seis meses de idade que vivia em Espanha e estava inscrito na creche local da sua residência, afastando-a da sua família e irmãos. Considerou o tribunal para uma criança com 16 meses de idade (à data do acórdão) ou 11 meses (à data da sentença), que privou permanentemente com a mãe, que assim se constituiu como figura afectiva de referência para a criança, a separação física operada pelo regresso a Espanha (que foi executada após a prolação da sentença) só pode considerar-se uma violência, susceptível de afectar o equilíbrio psíquico dessa criança, constituindo uma situação intolerável.

Encontramo-nos perante uma criança com menos de dois anos de idade, quase tendo passado de um período de indistinção inicial com a mãe para uma situação de individualidade que deve ser sustentada por sentimentos de segurança e confiança que estarão na base da sua empresa evolutiva. **Trata-se de sustentar a imaturidade inicial do ser humano com os cuidados que, de forma contínua, deve ter e que, em determinadas circunstâncias, podemos dizer habituais, mas, sobretudo, nas circunstâncias dos autos, cabiam à mãe.**

Sendo certo que, hoje em dia, as funções arquetípicas maternas e parentais se dividem mais harmonicamente entre a mãe e o pai, mais do que era hábito em décadas passadas, e que muitos pais sabem hoje desempenhar adequadamente a singular função maternal, os autos não denotam que assim fosse na divisão de tarefas parentais entre os concretos pai e mãe do processo (o Requerido vive é certo com três filhos, de outra mãe, mas com eles goza apenas de convívio partilhado, uma quinzena por cada mês).



regresso não é uma figura estranha para esta, é uma referência e existe vínculos afetivos com ambos.

Desde a data do seu nascimento até ao momento que esta veio para Portugal com a progenitora, a menor sempre viveu com o progenitor e esteve presente na sua vida. Diga-se aliás, mesmo com a mudança para Portugal o pai manteve contacto com a mesma, inclusivamente, após a retenção da menor pela progenitora.

Caso se determine o regresso da menor ao Luxemburgo a mesma não será integrada num ambiente totalmente desconhecido, nem a uma pessoa alheia à suas relações. O pai manteve-se presente na vida da criança, exerce efetivamente a parentalidade, tem condições socioeconómicas para a criar, tem lutado processualmente pela defesa da sua pretensão, aceitou o regime provisório da regulação do exercício das responsabilidades parentais, para não ficar afastado do convívio com a sua filha.

Em relação ao concreto exercício da parentalidade verifica-se que o pai esteve com a menor em período semelhante à progenitora, desde a retenção ocorrida, esteve no Natal com a mesma e depois de ter sido fixado o regime da regulação das responsabilidades parentais, o pai ficou com a criança períodos de uma semana por mês durante quase 1 ano. Apenas após o início da disputa judicial se potenciou o “enraizamento” da menor em Portugal e a mãe – receio que o pai sempre demonstrou e tentou evitar, pois é facto público e notório a morosidade judicial da tramitação processual em Portugal.

Identificamos um relevante investimento do pai na parentalidade afetiva - no segmento da proximidade física com a criança, pelo que, assim afasta a dificuldade que sempre subsistiria para a criança na saída abrupta de um meio familiar, para outro meio familiar. Acresce que a criança não iria para um ambiente alheio, mas para o país onde viveu até à retenção.

Esta decisão de regresso da menor ao Luxemburgo, seria a mais equilibrada e proporcional aos fins da C.H e do Regulamento em confronto com o sacrifício imposto à criança, pois, a criança mantém relação afetiva com ambos os progenitores, não ficando abalada, por não ter de integrar um ambiente desconhecido e ser colocada numa situação intolerável.

Considera-se que existe uma situação intolerável quando uma criança é retirada do ambiente em que vive e encontra-se integrada para outro sem o qual não tem qualquer



ligação, para país diferente, num agregado familiar com o qual não tem qualquer ligação, o que não se verifica o caso dos autos perante a prova produzida.

Importa referir que a sentença se alicerçou em alegadas vulnerabilidades de saúde da menor, tendo inclusivamente concluído que “a [REDACTED] é acompanhada em pedopsiquiatria e já lhe foram diagnosticados vômitos psicogénicos causados por ansiedade, nomeadamente por separação à figuração de referência, a mãe (...)» (cfr. pág. 80 da sentença).

Ora em primeiro lugar, não existe prova nos autos que corrobore tal afirmação (cfr. ponto 116 da matéria de facto dada como provada) e, por outro, cumpre assinalar que um primeiro relatório médico fez essa associação de ideias, que acabaram por ser afastadas posteriormente, em relatório que associou esses sintomas a “seletividade alimentar”.

Outra curiosidade é o facto de os alegados problemas de saúde da menor se terem iniciado após a sua retenção pela sua mãe (**pontos 112 e 113 da matéria dada como provada**). Porém, o progenitor acompanhou todo o processo clínico da menor, esteve presente em todas as consultas que foi informado e manifestou preocupação em saber qual a situação médica da menor.

Resulta do relatório médico da Pedopsiquiatria da Dr.^a Paula Cristina Vilariça, datado de 05.07.2023, que “ (...) *melhorou muito do ponto vista clinico, com remissão do quadro de vômitos, actualmente está numa trajectória de desenvolvimento muito positiva com emergência de competências globais de forma sólida e consistente, mantém ainda a seletividade alimentar, mas em trajectória de melhoria gradual. Não é possível atribuir causalidade inequívoca à melhoria da [REDACTED]. O meu parecer é de que se trata do resultado de vários factores e do esforço e empenho de todos os agentes envolvidos. Estou consciente de que a situação de base se prende com a regularização das responsabilidades parentais e do regime de visitas, é um factor de stress para a [REDACTED] e para a sua família e que terá de ser definida em sede própria, que não é na consulta de Pedopsiquiatria*”.

Dúvidas não restam, que a necessidade de estabelecer a residência da menor, poderá ser um factor de stress e ansiedade para qualquer criança, mas não podemos olvidar, que no



âmbito deste processo não cabe ao tribunal decidir a residência da menor, mas tão somente cumprir os objetivos da convenção e repor o “*status quo*”.

Quanto aos problemas de saúde da [REDACTED], aquilo que se pode questionar é se estes são um obstáculo ao seu regresso, ou seja, existindo necessidade de serem prestados cuidados de saúde, ou se, no Luxemburgo podem ser estes prestados da mesma forma ou de forma superior.

Pugnamos que mesmo que exista um problema de saúde da menor, tal não deverá obstaculizar seu regresso ao Luxemburgo, um país com um desempenho economicamente forte, com uma cobertura de saúde muito ampla, em que as necessidades médicas e de tratamento estão entre as mais baixas ao nível europeu²⁵. Mais, resulta provado nos autos que a menor chegou a ter acompanhamento médico nesse país, sendo que o pai garantiu que perante a necessidade da intervenção cirúrgica da menor, esta será realizada em Portugal, ou no Luxemburgo se necessário ou mais adequado.

Em termos de educação, o progenitor diligenciou pela integração da menor na escola do Luxemburgo no ano letivo 2023/2024 (setembro de 2023 a 15 de julho de 2024) - ambos os progenitores aceitaram essa situação, duplicando o ensino escolar da menor.

A diligência do progenitor de prolongar as visitas da menor – apesar de consubstanciar formalmente um incumprimento da decisão do tribunal – procurava assegurar que a menor se integrava num ambiente escolar luxemburguês, contribuindo para o seu desenvolvimento social e bem-estar – o que revela **amor, preocupação com o bem-estar no futuro da sua filha e o sofrimento que lhe causaria uma saída abrupta da escola de Portugal para um estabelecimento de ensino estrangeiro onde não tivesse qualquer referência.**

No período que a menor esteve com o pai no Luxemburgo, este assegurou as suas rotinas, levando-a e indo buscá-la à escola, dava-lhe o banho, o jantar e contava histórias ao deitar, igualmente aos fins-de-semana garantiu momentos de lazer e de brincadeira, situações observadas e confirmadas pelo depoimento do seu irmão – que mereceu credibilidade.

²⁵ Cfr. <file:///C:/Users/ICP0741/Downloads/3cf98074-en.pdf>



Durante todo o período que a menor esteve com o progenitor no Luxemburgo, a família (pai e menor) foi acompanhada pelo *Office National de L'Infant* (Gabinete Nacional para a Infância), segundo este procedeu à intervenção do agregado familiar do progenitor no Luxemburgo a seu pedido e mostrou disponibilidade, em caso de regresso definitivo para pôr em prática medidas de apoio como assistência familiar afim de prestar apoio educativo temporário ao pai e oferece medidas de apoio ambulatorio, como seja, com psicólogos/psicoterapeutas, educação correctiva precoce, terapia psicomotora, terapia ocupacional, terapia da fala.

Este organismo procedeu a uma visita domiciliária e observou a relação da menor com o pai, tendo concluído que aquela “*sentia-se confortável no ambiente do pai e apresentava-se calma e equilibrada a nível sociemocional. (...) A primeira impressão é que a [REDACTED] tem um ambiente educacional adequado e, em geral, o pai está muito preocupado com o bem-estar da filha*” - Cfr. documento junto no requerimento apresentado pelo progenitor datado de 08.06.2024.

Ambos os progenitores revelam ter capacidades parentais, mas devido à agudização do conflito parental, podem negligenciar a identificação das necessidades afetivas da menor, ou seja, o elevado conflito parental «*pode afetar uma criança/jovem de forma não previsível e variável, podendo daí resultar danos ao nível emocional, comportamental, social, cognitivo e físico, revelados a curto, médio ou longo prazo através de reações de externalização ou de internalização, pelo que se considera de extrema importância que este casal parental se refocalize na melhor forma possível de exercerem a função como pais, permitindo assim, que esta relação parental possa beneficiar de momentos significativos de troca e partilha de informações bem como de concertação de práticas educativas*» - Cfr. Perícia Psicológica da progenitora pág. 18).

No entanto, mais uma vez, não pode ser este o critério norteador para a decisão de regresso da menor. O conflito parental terá de ser dirimido em sede de regulação das responsabilidades parentais,

Por tudo o exposto, conclui-se, que deverá o tribunal determinar o regresso da menor ao Luxemburgo, devendo ser dado como provado que existiu deslocação/retenção ilícita da menor (art.º 3.º, 4.º 5.º da Convenção de Haia), inexistindo



a verificação das circunstâncias excepcionais previstas no art.º 13.º da Convenção, pelo que, violou o Tribunal esses preceitos legais normativos.

Caso assim não se entenda, sempre se dirá, que o Tribunal violou a cláusula excepcional consagrada no art.º 27.º, n.º 3 do Regulamento.

Considerando o tribunal verificada esta última circunstância excepcional ao não regresso da menor, o tribunal deverá dar cumprimento ao disposto no art.º 27.º, n.º 3 do Regulamento, segundo o qual dispõem:

«(...) 3. Se um tribunal ponderar recusar o regresso de uma criança apenas com base no artigo 13.º, primeiro parágrafo, alínea b), da Convenção da Haia de 1980, não pode recusar o regresso da criança se a parte que pretende o regresso da criança der garantias ao tribunal, apresentando meios de prova suficientes, ou se o tribunal tiver de outro qualquer modo essa convicção, de que foram tomadas providências adequadas para garantir a proteção da criança após o seu regresso».

E o art.º 13.º C.H, segundo dispõe que:

«A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão ter em consideração as informações respeitantes à situação social da criança fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança».

O tribunal considerou o seguinte: *«Por melhores que sejam os serviços sociais luxemburgueses de apoio à Infância, e acreditamos que efectivamente o sejam (desde logo até porque existirão certamente maiores recursos financeiros para o efeito), certo é que não há, neste momento, como tais serviços suprirem a falta que a mãe faria à vida da [REDACTED] [REDACTED] A [REDACTED] tem uma excelente relação com o pai, mas é a mãe quem é e sempre foi a pessoa de referência na vida da [REDACTED]. É e sempre foi a sua principal cuidadora», prossegue ainda, «Não há serviços sociais, por melhores que sejam, que tenham*



o condão de afastar o sofrimento a que esta criança seria sujeita, caso agora a sua vida passasse toda a decorrer no Luxemburgo, sem a mãe!»

Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar, tal posição - parece-nos claro e evidente, que estes serviços, nunca conseguiriam afastar o sofrimento da criança derivado do afastamento da progenitora, da mesma forma que não poderiam afastar o sofrimento da criança derivado do distanciamento do pai – aliás, nem esse é o papel dos serviços sociais, trata-se de uma impossibilidade de facto.

A presença dos progenitores na via de uma criança é insubstituível, tal como o sofrimento emocional da criança é sempre um resultado típico da separação dos pais.

A questão é aquilo que é exigível... quando a própria sentença adjetiva a relação entre pai e filha de “excelente” (cfr. fls. 88 da sentença), nada resultando nos autos que corrobore a falta de condições do pai para assegurar o bem-estar da menor. Na realidade, a sentença em crise apenas fundamenta a sua posição com base no sofrimento que o afastamento da mãe provocará à criança e nada mais do que isso.

Contudo, este não é um processo de regulação das responsabilidades parentais, visa apenas sancionar o carácter ilícito da retenção da criança, evitando que a passagem do tempo consolide situações ilicitamente constituídas, com violação dos direitos do outro progenitor, o que nos parece ter sucedido nos presentes autos. Efetivamente, o arrastamento processual dos presentes autos tem beneficiado a progenitora, que viu uma oportunidade de consolidar a ligação de afetividade à menor, passar mais tempo com esta, e promover diretamente a sua integração familiar e escolar – nada temos contra esta conjuntura, não fosse o flagrante malefício para os direitos do pai e da menor na relação com este.

Encontram-se reunidas todas as condições para o regresso da menor XXXXXXXXXX para o Luxemburgo, existindo uma creche que já frequentou e todos os acompanhamentos sociais e médicos que esta possa necessitar para assegurar este regresso com toda a tranquilidade e segurança que esta necessita²⁶.

²⁶ acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 80 a 89.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2008%3A406>



Considera o Ministério Público que, caso se verifique a cláusula de exceção do art. °13.º, al. b) da C.H, a mesma não deverá operar, respeitando o art. °27.º do Regulamento, sendo este o nosso entendimento, o tribunal a quo não o aplicando, viola esta norma jurídica.

CONCLUSÕES:

1. No dia 20.12.2024 o Tribunal a quo proferiu sentença determinando a “não devolução” da menor ██████████ ao Luxemburgo.
2. O Ministério Público não se conformando com a dita sentença exarada, dela veio interpor recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.
Porquanto,
3. Na sentença proferida o tribunal deu como provados 165 (cento e sessenta e cinco) factos, não declarando acerca da matéria de facto não provada. Existe, pois, uma omissão absoluta, que inviabiliza que o Ministério Público possa exercer o respetivo ónus de impugnação, o que poderia conduzir a uma decisão diversa daquela de que se está a recorrer.
4. O Tribunal a quo na fundamentação de direito da sua sentença termina, concluindo com a seguinte expressão: “NÃO DETERMINO TAL DEVOLUÇÃO”, não se estribando em qualquer norma jurídica que habilite a tal decisão.
5. O Tribunal a quo no dispositivo da sentença remete abstratamente para legislação invocada anteriormente, sendo certo que a sentença é composta de 92 páginas [“(…) ao abrigo das já supra citadas disposições normativas (…)”], pelo que, se desconhece quais as disposições normativas a que se refere o Tribunal no caso concreto.
6. Também esta circunstância impede o MP de recorrer cabalmente da matéria de Direito.
7. Acresce, ainda, que na fundamentação da matéria de facto dada como provada, o tribunal baseou-se em meras remissões para documentos constantes dos autos, muitas vezes sem identificar e discriminar os documentos concretamente em causa a cada momento, o que sucedeu designadamente: - Factos dados como provados de 108, 118,



120 a 124 – é referido, em abstrato, que a prova resulta dos relatórios clínicos juntos aos autos.

8. Ora, dos autos - compostos de cerca de mil e cem páginas - constam inúmeros relatórios. Deveria o tribunal mencionar o nome do relatório, a data e o repetivo autor, de forma a permitir o confrontado entre a factualidade dada como provada e os elementos probatórios que a sustentam.
9. O Tribunal a quo referiu, e bem, na sua sentença, que os progenitores efetuaram inúmeros requerimentos aos autos, juntaram trocas de correspondência eletrónica (mensagens de correio eletrónico e mensagens por WhatsApp), anexaram inúmeros relatórios clínicos, escolares e outros. Ora, reconhecendo tal dimensão e até complexidade processual, impunha-se que o tribunal diligenciasse ainda com mais rigor, cautela e objetividade, do que o costume, os elementos probatórios em que suportou as respetivas convicções.
10. Perante o exposto, torna-se praticamente impossível exercer o ónus de impugnação subjacente ao direito de recurso, por parte do MP – o que é manifestamente intolerável.
11. Acresce, ainda, que na fundamentação da matéria de facto dada como provada, como por exemplo nos pontos 36, 37, 39, 41, 44, 75, o tribunal fundou a sua convicção nas declarações de ambos os pais sem, contudo, esclarecer qual foi o sentido das declarações dos progenitores apresentadas que mereceram credibilidade.
12. Além disso, em diversos pontos da matéria de facto dada como provada, designadamente, nos pontos 74, 160, 162, 164 constata-se tratar-se de matéria manifestamente conclusiva.
13. Ora, o MP não pode impugnar a matéria de facto de forma vaga e abstracta, ora não conseguindo discernir como foi feita a prova de cada facto, como pode o MP impugnar concretamente seja o que for?
14. Sem prescindir,
15. É consabido que cabe ao juiz especificar os fundamentos de facto e de direito da decisão que profere, nos termos do disposto no art.º 607.º n.º 3 e 4, a fim de que esta seja perceptível para os seus destinatários e que estes, face à fundamentação exposta



na sentença, possam impugná-la quer de facto (através do recurso previsto no artº 640.º do C.P.C.) quer de direito.

16. Na sentença, há uma omissão ao nível da fundamentação da matéria de Direito, pois o Tribunal não se pronunciou relativamente à questão da retenção e da deslocação da criança – sem essa apreciação, não se compreende ou vislumbra, como pode o Tribunal a quo ter determinado a sua “não devolução” ao Luxemburgo;
17. A sentença como se encontra fundamentada impede o Ministério Público de cumprir o ónus de impugnação que lhes adstrito e de cabalmente argumentar na defesa das suas posições, porquanto desconhece a formação da convicção do Mmº Juiz a quo, restando-lhe “aceitar” os factos considerados provados para concluir como o fez.
- 18. Concluimos assim, que a sentença padece da nulidade absoluta por falta de fundamentação nos termos do art.º 615.º, al. b) do C.P.C, seja de facto ou de direito, e não apenas fundamentação deficiente, quiçá errada ou obscura.**

Caso assim, não se entenda, e sem prescindir sempre se dirá seguinte,

19. Considera o Ministério Público, que a sentença na vertente da matéria de facto deve ser ampliada, de acordo com o preceituado no art.º 662º n.º 2 alínea c) do C.P.C.
20. O tribunal com base na prova documental junta ao processo selecionou os factos de acordo com prejuízos de valor, não sustentando as suas convicções na prova materializada nos autos, desconsiderando grande parte da factualidade carreada para os autos *a posteriori* (face à PI).
21. A cognoscibilidade desta ampliação da matéria de facto é essencial à descoberta da verdade material, e representativos da situação vivencial real da menor – por oposição à redutora e enviesada perspetiva dos acontecimentos da progenitora, em prejuízo dos direitos do progenitor e da própria menor, cujo interesse superior deveria nortear a atuação de todos os intervenientes do processo e anão apenas do MP;
22. O balizamento dos factos provados em sentido favorável exclusivamente aos interesses da progenitora, omitindo-se factos relevantes e favoráveis ao progenitor, apesar de alegados e provados, demonstra a falta de objetividade do tribunal na condução deste processo. Reitere-se, que foram mesmo totalmente desconsiderados, em vez de serem declarados provados ou não provados.



23. Assim, o Tribunal da Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, sempre que os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa e quando a alteração da decisão resultar necessária, o que sucede no caso concreto,

Senão vejamos,

24. Do requerimento apresentado pela progenitora (datado de 23.08.2024, doc. n.º 32), constam mensagens de correio eletrónico trocada entre os progenitores (datados de 23.01.2022 e 24.01.2022), resulta que « *a progenitora propôs o acordo do exercício das responsabilidades parentais*». Ambos os progenitores reconheceram o envio destes emails e o seu teor, aliás, pelo que, dúvidas não subsistem que o acordo da regulação do exercício das responsabilidades parentais foi proposto por iniciativa da progenitora.

25. Do requerimento apresentado pelo progenitor (datado de 08.08.2024) contém em anexo o email enviado por miriam.ivosjb@pt para [REDACTED], datado de 20.06.2024, resultando provado que « «O Colégio São João de Brito tinha conhecimento, desde 27/09/2023, que a menor frequentava a escola no Luxemburgo, na sequência de uma reunião com ambos os progenitores».

26. Requerimento apresentado por parte do progenitor (datado de 08.08.2024, documento em anexo, email enviado por [REDACTED] ara miriam.ivosjb@pt , datado de 11.09.2023, resultando o facto que «*A progenitora informou a escola Colégio São João de Brito das ausências programadas da menor nos períodos compreendidos entre 25 e 29 de setembro, 16 a 27 de outubro e 11 a 15 dezembro de 2023, para estar com o pai, no Luxemburgo*».

27. O requerimento apresentado por parte do progenitor (datado de 08.08.2024), documento em anexo na troca de emails entre *Tammy Nezi* e *Emmanuelle Herr e Conny Detaile* e ainda um documento emitido por parte da Organização Nacional da Infância, do Luxemburgo, deve-se ser dado como provado que:

«- *Durante o período que a menor frequentou a escola no Luxemburgo, a [REDACTED] manifestou ser uma menina aberta aos outros, sorridente, autónoma, brinca com os colegas, partilha jogos, ajuda quando necessário. No período da*



manhã quando a menor se separa do pai foi difícil na primeira semana, mas registou-se progressos.

- Em termos de linguagem fala português e também comunica com linguagem não verbal, compreende as instruções em Luxemburguês, repete palavras e apreende vocabulário, ouve canções e canta-as, participa na sala de aula e é interessada. Apresentou um raciocínio lógico desenvolvido.

- O pai colabora com a escola no Luxemburgo.»

28. Do exame pericial da menor resulta que *«foi acompanhada no Luxemburgo no Centre Hospitalier de Luxembourg, Office national de L'enfance e consultas de psicologia infantil».*

29. Requerimento apresentado por parte do progenitor (datado de 08.08.2024, documento em anexo emitido em 11.04.2024 por parte da Organização Nacional da Infância - *Desde agosto de 2023 o progenitor é acompanhado pelo Gabinete Nacional da Infância em Allkandzielt»;*

- A [REDACTED] quando está com o progenitor no Luxemburgo encontra-se calma e equilibrada a nível socioemocional.

30. Da Informação Social do Núcleo de Infância e Juventude, datado de 18.06.2024, resulta do como provado que *«O progenitor revela competências parentais».*

31. Existem documentos no processo, alegados e juntos pelas partes, contraditados e não impugnados, dos quais se extrai a seguinte factualidade:

1.A progenitora propôs o acordo do exercício das responsabilidades parentais ao progenitor com o seguinte teor:

“1. As responsabilidades parentais são exercidas em comum por ambos os progenitores, de acordo com o seguinte:

a. Ficando a menor a residir com a mãe durante duas semanas e uma semana com o pai até aos três anos de idade.

b. Quando completar a idade de 3 anos, no dia 31 de Agosto de 2023, a menor passará a residir duas semanas com cada progenitor, no local de residência do mesmo.(...)

5. Na altura de ingressar na escolaridade obrigatória, aos 6 anos menor terá a oportunidade de escolher em que país o quer fazer (no caso de os progenitores residirem em países diferentes). Ambos os progenitores comprometem-se a respeitar esta decisão sem contestação, não



vindo a exercer qualquer tipo de pressão ou condicionamento na tomada de uma decisão livre por parte da filha.

1. O Colégio São João de Brito tinha conhecimento que a menor frequentava a escola no Luxemburgo, na sequência de uma reunião com ambos os progenitores.
 2. A progenitora informou a escola Colégio São João de Brito das ausências programadas da menor nos períodos compreendidos entre 25 e 29 de setembro, 16 a 27 de outubro e 11 a 15 dezembro de 2023 por ocasião de deslocações ao Luxemburgo;
 3. Durante o período em que a menor frequentou a escola no Luxemburgo, a [REDACTED] manifestou ser uma menina aberta aos outros, sorridente, autónoma, brinca com os colegas, partilha jogos, ajuda quando necessário. No período da manhã quando a menor se separa do pai foi difícil na primeira semana, mas registou-se progressos.
 4. Em termos de linguagem fala português e também comunica com linguagem não verbal, compreende as instruções em luxemburguês, repete palavras e apreende vocabulário, ouve canções e canta-as, participa na sala de aula e é interessada. Apresentou um raciocínio lógico desenvolvido.
 5. O pai colabora com a escola no Luxemburgo.
 6. A menor foi acompanhada no Luxemburgo no *Centre Hospitalier de Luxembourg*, *Ofiice national de L'enfance* e consultas de psicologia infantil.
 7. Desde agosto de 2023 que o progenitor é acompanhado pelo Gabinete Nacional da Infância em Allkandzielt.
 8. A [REDACTED] quando está com o progenitor no Luxemburgo encontra-se calma e equilibrada a nível sócio emocional.
 9. O pai revela competências parentais.
32. Todos estes factos são relevantes para a boa decisão da causa, demonstrando as capacidades parentais do progenitor, o acompanhamento médico, escolar e social à menor e conseqüentemente ilustram de uma melhor forma a situação vivencial da menor, caso o tribunal determine o regresso da menor ao Luxemburgo.



33. **Assim, a sentença padece de deficiência, na medida em que não integrou factos essenciais relevantes para a boa decisão da causa (nem nos factos provados nem nos não provados), supra descritos, devendo a sentença ser anulada nos termos do disposto no art.º 662.º, n.º 2, al.c) do C.P.C, ou, caso assim não se entenda, ser ampliada a matéria de facto, nos termos supra expostos.**
34. Quanto à única questão direito a ser apreciada pelo Tribunal a quo, de saber se existiu retenção ilícita da menor [REDACTED] e, em caso afirmativo, determinar o seu regresso ao país da sua residência habitual no Luxemburgo, o Tribunal não apreciou a questão;
35. O Tribunal a quo considerou, num primeiro momento, que não existiu direito de retenção, atendendo a que os progenitores acordaram uma residência alternada (Luxemburgo vs Portugal), a menor veio para Portugal com a mãe em 22 de fevereiro de 2022 com o consentimento do pai, tendo a presente ação judicial assentado em pressupostos falsos alegados pelo pai à autoridade central, sendo que à data da respetiva instauração já a criança viajava entre os dois países;
36. Outro argumento do Tribunal foi a preexistência do processo de regulação (no qual ficou fixada a residência da menor com a mãe) quando a presente ação judicial foi intentada;
37. Ora, sucede que, no processo de regulação, o Tribunal quando tomou posição sobre a fixação da residência menor já sabia e não podia ignorar a existência do pedido de regresso da menor apresentado pelo pai junto da autoridade central luxemburguesa;
38. Pelo que, deveria ter suspenso aquela instância de regulação paternal em conformidade – o que não sucedeu;
39. Importa relembrar, que o Ministério Público instaurou a presente acção no dia 23 de junho de 2023 - data que não se confunde com a da ocorrência da retenção ilícita em 02 setembro de 2022 – essa sim relevante para a contagem do prazo de que o pai dispunha para acionar os mecanismos legais de regresso ao abrigo da CHaia.
40. O progenitor dirigiu o pedido na Autoridade Central de Luxemburgo, no dia 24 de janeiro de 2023, ou seja, em momento anterior à data da conferência de pais no



- processo de regulação das responsabilidades parentais (31.01.2023) pelo que há um erro de direito manifesto na sentença em crise;
41. Foi precisamente nessa conferência de pais, que o progenitor alertou o Tribunal a quo para essa situação, a qual não foi atendida;
 42. No dia 02 de setembro de 2022 verificou-se a retenção da menor, e o progenitor ficou privado do contacto com a sua filha até ao Natal desse ano, que só foi retomado após a regulação das responsabilidades parentais, com a fixação do regime provisório.
 43. Note-se que o pai efetuou o pedido de regresso junto da Autoridade Central no Luxemburgo, dentro do prazo legal permitido (em 24.01.2023), ainda antes da conferência para regulação das responsabilidades parentais em Portugal (e esta ocorrendo nas circunstâncias atrás referidas), nunca aceitando a competência dos tribunais portugueses, instaurando também ação de regulação de regulação do exercício das responsabilidades parentais no Luxemburgo (em 13.10.2022).
 44. Mais, não pode desta forma artificial, negar-se e desprezar-se os prazos previstos na Convenção de Haia, como se os mesmos não tivessem de ser respeitados, pelo facto de ter ocorrido uma ação para regulação das responsabilidades parentais em Portugal.
 45. Aceitar isto seria encontrar a fórmula mágica para desrespeitar sempre o prazo de um ano previsto na Convenção: o progenitor infrator retiraria a criança do país, impediria o acesso do outro progenitor à criança e tal acesso só seria dado após regulação das responsabilidades parentais no país retentor, a ocorrer antes de completado um ano, de forma a encurtar o prazo da convenção.
 46. O progenitor não havia dado o seu consentimento à deslocação da criança, tendo, pelo contrário, proposto um processo especial de entrega judicial da criança ao abrigo da Convenção da Haia de 1980, no dia 23 de janeiro de 2023, mas sempre teria um ano para dar entrada dessa acção a partir do dia da retenção no Luxemburgo.
 47. Além disso, a decisão provisória no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, não pode justificar a recusa de fazer regressar a criança nos termos da Convenção, não obstante, os motivos dessa decisão sobre o direito de custódia poderem ser tidos em consideração na decisão sob o regresso da criança.
 48. Assim, pese embora, este Tribunal se tenha declarado internacionalmente competente na regulação das responsabilidades parentais e ali ter sido fixada a residência da



menor junto da mãe, tendo estabelecido os convívios e permitido a menor viajar de um país para o outro, daqui não se retira automaticamente, que não existiu deslocação ilícita.

49. O tribunal português considera-se internacionalmente competente para apreciar o direito de regresso, por se considerar ser o país onde a criança deslocada se encontra a residir, daqui se retirando, que a residência da menor antes da deslocação era no Luxemburgo, não podendo considerar-se que a residência da menor seja Portugal, sob pena, de concluir-se preliminarmente que não há deslocação e assentou em pressupostos ilegais.
50. Caberá no âmbito deste processo apreciar exclusivamente os pressupostos da verificação da deslocação/retenção ilícita e não determinar ou questionar a residência da menor, situação apreciada pelo Tribunal a quo, para concluir pela ilegalidade do processo por ser a acção instaurada em pressupostos falsos (o que não se afigura verdadeiro).
- 51. Concluindo diremos, que nesta parte o tribunal violou o disposto no art.º2.º, n.º11, 9.º, al.b) do Regulamento e art.º3 da C.Haia.**

52. Para o Ministério Público ficou demonstrado que está preenchido o conceito legal de retenção e que se verificam os pressupostos legais para a determinação do regresso da mesma ao Luxemburgo, atenta a violação do direito de custódia face ao exercício efetivo do direito de guarda por parte do pai;

Senão vejamos,

53. Resulta provado que os progenitores tomaram a decisão de se separar, tendo subscrito um acordo de exercício das responsabilidades parentais, no qual previa que a menor residisse duas semanas em Portugal e uma no Luxemburgo e assim sucessivamente – modelo de residência alternada.
54. Acordo que não foi homologado por nenhuma autoridade competente para o efeito, pelo que, consideramos ser apenas um acordo de vontades.
55. Desse acordo de vontades resulta que o pai consentia que a menor permanecesse por períodos com a progenitora em Portugal, no pressuposto que esta regressaria à sua



- residência habitual no Luxemburgo para junto de si. Este seria o regime acordado a ser implementado.
56. Em conformidade, os pais mantiveram a menor inscrita numa creche no Luxemburgo e ainda escolheram um colégio português que a menor frequentaria em paralelo.
57. Depois da mudança temporária da menor com a progenitora para Portugal, o progenitor com ambas em território nacional por ocasião das férias da Páscoa e do verão - estas todos juntos na casa dos avós paternos da [REDACTED], no Guincho – o que evidencia o entendimento das partes formalizado algum tempo atrás.
58. No dia 02 de setembro de 2022 – véspera da partida da [REDACTED] para o Luxemburgo - a progenitora comunicou verbalmente ao pai que a menor não regressaria – consumando a retenção.
59. Desde a data de nascimento da [REDACTED] até 22 fevereiro de 2022, data em que esta acompanhou a progenitora para Portugal, aquela sempre viveu no Luxemburgo, nunca tendo deixado essa residência, nem o pai o consentiria
60. Logo, a residência da menor era e sempre foi, para todos os devidos e legais efeitos, o Luxemburgo.
61. Contrariamente ao que resulta da sentença, é irrelevante o facto da menor à data (02.09.2022) ir apenas uma semana para o Luxemburgo, bem como, as razões que a mãe tenha justificado para fazê-lo, perante o acordo de vontades e a falta de consentimento expresso de inequívoco do pai para a mudança definitiva para Portugal.
62. Não se verificou nem provou qualquer alteração superveniente dos factos ou mesmo do comportamento do pai, que justificasse uma alteração unilateral do acordo de vontades que havia sido formalizado, muito pelo contrário, o pai intensificou os esforços no sentido de promover o bem-estar da menor no Luxemburgo, sem a presença efetiva da mãe, quando se iniciasse a implementação efetiva do acordo de regulação firmado entre as partes;
63. Parece resultar provado que o pai foi ludibriado pela mãe, que tudo fez para que ele assinasse o acordo – imprescindível à saída autorizada da menor do estrangeiro para Portugal – para, logo de seguida, diligenciar no sentido de promover Portugal como



residência permanente e definitiva da menor, à revelia do pai e do acordo celebrado por ambos.

64. Assim, considera o Ministério Público que o acordo de regulação entre as partes foi celebrado em erro por parte do pai, que estava convicto de que o mesmo se iria materializar no sentido da residência alternada, e não servir como instrumento de saída da menor do território internacional para uma mudança efetiva e permanente em Portugal.
65. E é nessa medida que foi violado o do direito de custódia do pai;
66. O progenitor ficou, ainda, impedido de exercer o seu direito de guarda, de a contactar, tendo sido necessário, o tribunal fixar um regime provisório no processo de regulação das responsabilidades parentais, para o restabelecimento dos convívios com este. A mãe efectivamente coartou os vínculos com o pai até essa data.
67. A sentença em crise falhou, ainda, ao nível da omissão/excesso de pronúncia, porquanto não se pronunciou expressamente sobre a retenção/deslocação *stricto sensu*, quando o processo de regulação das responsabilidades parentais visa decidir com quem a criança reside, enquanto, o objecto deste processo é determinar o regresso da criança à sua última residência antes da deslocação/retenção ou seu não regresso. Não se deve confundir os objectos destas acções que são distintos.
68. No caso dos autos, consideramos ter existido retenção, pese embora, a progenitora tenha deslocado o centro de vida da menor para Portugal, desde final de fevereiro a 02 de setembro de 2022, a menor esteve cerca de 3 meses e meio com a progenitora (março, junho, julho e 1 dias agosto) e o pai cerca de 1 mês e meio (maio (no Luxemburgo), férias da Páscoa e 15 dias em agosto) durante esse ano de 2022.
69. Além disso, o progenitor sempre exerceu o direito de guarda, esteve sempre presente na vida da sua filha, contactava regularmente a menor, pese embora a progenitora exercesse os cuidados da mesma por ter maior disponibilidade (gozo da licença maternidade).
- 70. Concluindo diremos, que ambos os pais exerciam o direito de custódia, o “direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular o direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (art.º 5.º, al. a) da Convenção), à data da deslocação da criança durante a permanência desta em Portugal, com**



inobservância do hiato temporal consentido pelo progenitor, ocorrendo assim a retenção ilícita, como decorre do disposto no art.º 3.º, als. a) e b) da Convenção, o que determina a obrigação do Estado Português, através das autoridades competentes, enquanto outorgante da Convenção, deveria ordenar o regresso imediato da criança, uma vez que, entre a data da retenção indevida e a data do início dos presentes autos, havia decorrido menos de um ano (art.º 12.º da Convenção).

71. Assim, o Tribunal a quo violou o disposto no art.º 3.º, 4.º 5.º, 13.º da Convenção de Haia e art.º 2, ponto 11, al. a) e b) do Regulamento.

Prosseguindo,

72. O tribunal a quo, num segundo momento, avança com outra posição, ao considerar que se verifica a excepção contemplada no art.º 13.º da C.H alínea b) tendo por base a existência/verificação da violação do direito de custódia previsto no art.º 2.º al. 11.º do Regulamento e art.º 3 da C. Haia (omitindo as normas jurídicas). Ora, para a verificação da excepção há que preencher o pressuposto legal de verificação da retenção ilegal – facto que o Tribunal a quo considerou não se verificar.

73. Considera o Ministério Público, que o regresso da menor [REDACTED] não a coloca numa situação de perigo de ordem física, psíquica ou de qualquer modo a ficar numa situação intolerável, ao contrário do Tribunal a quo « *atendendo à sua idade, ao seu grau de vinculação à mãe, à sua especial de condição de saúde, aos cuidados médicos de que a mesma carece, devolvê-la ao Luxemburgo, seria provocar um sofrimento enorme à criança e pô-la em risco, nomeadamente do seu desenvolvimento físico, psicológico e emocional*».

74. O Ministério Público, salvo o devido respeito, não concorda com o Tribunal a quo, pois tal, seria fazer tábua rasa dos instrumentos jurídicos internacionais, equivaleria a premiar a infractora que desloca uma residência definitiva da menor para outro país sem o consentimento ou conhecimento prévio do pai, retirando a competência do tribunal do país (onde esta residia antes da deslocação que estaria em melhor posição para decidir) - defraudando os objectivos da convenção que pretende o regresso



- imediatamente da criança ao país de onde esta foi deslocada - situação diversa da regulação das responsabilidades parentais, no qual se decide e aprecia a residência.
75. Efectivamente, uma separação da criança de qualquer um dos progenitores terá sempre impacto na sua vida acarretando consequências a níveis emocionais, razão pela qual não colhe, o argumento de que a separação com a progenitora será mais penosa para a menor;
76. O perigo emocional ocorrerá sempre, mas não se traduzirá automaticamente de uma forma intolerável, é preciso fundamentar essa intolerabilidade e não invocar simplesmente o perigo.
77. Tem entendido a melhor jurisprudência que essa intolerabilidade apenas se verifica quando se desconhece em absoluto as características do progenitor em causa, ou inexistem as condições mínimas de saúde, salubridade, sanidade de prover ao bem-estar de um menor – o que não foi alegado ou minimamente demonstrado nos presentes autos;
78. Note-se, que foi devido à morosidade processual dos presentes autos que se proporcionou que a menor resida há mais de dois anos consecutivos em Portugal com a mãe, que por via desse circunstancialismo se transformou na “figura de referência” – em claro e flagrante prejuízo dos direitos do pai, cuja relação com a menor foi classificada como “excelente” pelo próprio tribunal a quo.
79. Desde a data do seu nascimento até ao momento que esta veio para Portugal com a progenitora, a menor sempre viveu com o progenitor e esteve presente na sua vida. Diga-se aliás, mesmo com a mudança para Portugal o pai manteve sempre o contacto com a mesma, inclusivamente, após a retenção da menor pela progenitora, e foi sempre revelando receios com a morosidade processual (a que é totalmente alheio) e que, ao que tudo indica, teve um impacto decisivo na decisão ora em crise;
80. A menor jamais seria retirada de forma abrupta da mãe e simplesmente entregue ao seu pai - o Luxemburgo não é um país estranho para a mesma, o pai não é uma pessoa estranha à mesma, e a menor frequentou inclusivamente, uma creche durante um ano (15 de setembro de 2023 a 15 de julho de 2024) naquele país.
81. Este caso tem uma particularidade: face ao tempo decorrido entre a data da retenção e a presente data, o pai esteve sempre presente na vida da menor, cuidou desta,



- assegurou os seus cuidados – o que contraria a narrativa da mãe, que justificou a retenção da menor, invocando em suma, a incapacidade do pai [“não estava suficientemente familiarizado com as rotinas da criança (...)” – cfr. fls. 24 e 25 da sentença].
82. Cumpre ressaltar que o pai, para além de participar ativamente na vida da criança atentos os circunstancialismos do caso concreto, tem lutado processualmente pela defesa do superior interesse da criança – o que não foi valorado pelo tribunal;
83. A decisão de regresso da menor ao Luxemburgo, será a mais equilibrada e proporcional aos fins da C.H e do Regulamento em confronto com o sacrifício imposto à criança, pois, a criança mantém relação afetiva com ambos os progenitores;
84. O progenitor garante todas as condições que a menor necessita, nem tal foi posto em causa por parte da progenitora, a menor frequentou uma creche no Luxemburgo, mantém o acompanhamento médico, o pai visita e está habitualmente com a menor, esta indo ao Luxemburgo, nunca existindo uma rutura de laços afetivos com a progenitora.
85. O progenitor acompanhou todo o processo de saúde da menor em Portugal, esteve presente nas consultas, acesso aos relatórios médicos, inclusivamente, no início do processo a menor esteve a ser acompanhada nos dois países
86. Pugnamos que o problema de saúde da menor, não deverá ser um obstáculo ao seu regresso, o Luxemburgo é um país com um desempenho económico assinalável e condições de saúde de referência, pelo que, não existe qualquer fundamento para suscitar sequer a dúvida de que a prestação de serviços médicos naquele país seria de alguma forma inferior a Portugal, muito pelo contrário.
87. Dúvidas não restam, que a necessidade de estabelecer a residência da menor, poderá ser um factor de stress e ansiedade, não podemos olvidar, que no âmbito deste processo não caberá a este tribunal decidir a residência da menor, mas tão somente cumprir os objectivos da convenção e repor o “status quo”.
88. No período que a menor esteve com o pai no Luxemburgo, este assegurou as rotinas da menor, levando-a e indo buscá-la à escola, dava-lhe o banho, o jantar e contava histórias ao deitar, igualmente aos fins-de-semana garantiu momentos de lazer e de



- brincadeira, situações observadas e confirmadas pelo depoimento do seu irmão, que mereceu credibilidade.
89. Durante todo o período que a menor esteve com o progenitor no Luxemburgo, a família (pai e menor) foi acompanhada pelo *Office National de L'Infant*, que concluiu que a menor mantém uma relação de proximidade com ambos os progenitores, conforme resulta da perícia.
90. O limite do que “razoavelmente a criança deve suportar” conduz-nos ao princípio de que a criança não deve passar por situações de sofrimento, de dor e de perda, o que não sucede no caso deste processo, a menor não vai perder a mãe, manterá os contactos com esta, o pai promoverá esse contacto – o que tem vindo a suceder reciprocamente.
91. Foi decisão de ambos mudar-se para o Luxemburgo e ali constituir família, com o consequente afastamento da família não nuclear materna e paterna – pelo que, esse não pode ser argumento para favorecer um progenitor em detrimento de outro;
92. Importa ainda referir, que a Convenção de Haia de 1980 não detém qualquer influencia nem pretende regular o exercício da guarda do menor, logo, qualquer decisão proferida no seu âmbito não define onde o menor irá residir.
93. O único objectivo desta ação é o retorno da menor que foi subtraída ao país onde residia. Ademais, é precisamente pelo facto de o poder parental caber a ambos os progenitores que, tendo um deles deslocado e retido a menor num país diferente ao da sua residência habitual, sem o consentimento do outro progenitor, que se enquadra tal facto no conceito de deslocação e retenção ilícitas do menor previsto quer na Convenção de Haia de 1980 quer no Regulamento (EU) 2019/1111 do Conselho de 25 de junho de 2019.
94. Não se deverá olvidar, que as excepções no âmbito da Convenção de Haia de 1980 devem “ser interpretadas em sentido restritivo de modo a salvaguardar os fins da Convenção, bem assim como a não permitir que, na presente ação, se discuta a matéria que constitui o objeto da ação de regulação das responsabilidades parentais ou premiar o progenitor infrator este procedimento de regresso da criança se visar “apenas sancionar o carácter ilícito da deslocação (ou da retenção) da criança,



evitando que a passagem do tempo venha consolidar as situações constituídas em violação dos direitos dos progenitores ... ”.

95. Contrariamente ao que resulta da sentença, o fim deste processo não é determinar o modo como as responsabilidades parentais desta criança vai ser definido, como pretende fazê-lo o Tribunal a quo, mas sim o de restabelecer a licitude sem que daí advenham custos inadmissíveis ou desproporcionais, para a menor.
96. Esta é uma decisão essencialmente formal que visa restabelecer o *status quo* anterior à deslocação ilícita da criança, e devolver ao tribunal da sua residência à data dos factos da decisão. Pretende-se que o comportamento antijurídico da progenitora que afasta sem autorização a filha do convívio com o outro progenitor seja afastado.
- 97. Por tudo o exposto, conclui-se, que deverá o tribunal determinar o regresso da menor ao Luxemburgo, tendo existido deslocação/retenção ilícita da menor (art.º 3.º, 4.º 5.º da Convenção de Haia) inexistindo a verificação das circunstâncias excepcionais previstas no art.º 13.º da Convenção, pelo que, violou o Tribunal esses preceitos legais normativos.**

Prosseguindo,

98. Caso se entendesse, ser de aplicar a exceção contemplada no art.º 13, al. b) da C. Haia, o tribunal deveria respeitar a norma consagrada no art.º 27.º, n.º 3 do Regulamento e o Art.º 13.º da C.H, o que não sucedeu.
99. O progenitor, apresentou um relatório da “Organização Nacional da Infância em Allkanzielt” segundo esta entidade procedeu à intervenção do agregado familiar do progenitor no Luxemburgo a seu pedido e mostrou disponibilidade em caso de regresso definitivo pôr em prática medidas de apoio como assistência familiar a fim de prestar apoio educativo temporário ao pai e oferece medidas de apoio ambulatorio, documento esse, que não poderá ser desvalorizado por parte do tribunal.
100. O Estado de Luxemburgo é um país que garante a protecção dos menores através de um sistema de promoção e protecção.
101. Essas são as providências que essa entidade poderá providenciar para garantir o superior interesse da criança, garantindo, que o seu regresso decorra com



normalidade e com todos os acompanhamentos que a mesma careça da mesma forma que seriam efetuados em Portugal, mas nunca a substituição da mãe.

102. Encontram-se reunidas todas as condições para o regresso da menor [REDACTED] [REDACTED] para o Luxemburgo, existindo uma creche que já frequentou e todos os acompanhamentos sociais e médicos que esta possa necessitar para assegurar este regresso com toda a tranquilidade e segurança que esta necessita.

103. **Considera o Ministério Público, que caso se verifique a cláusula de exceção do art. °13.º, al.b) da C.H, a mesma não deverá operar, respeitando o art.º27.º do Regulamento, sendo este o nosso entendimento, o tribunal a quo não o aplicando, viola esta norma jurídica.**

Nestes Termos e nos mais de Direito que V.Exas doutamente suprirão, deve ser julgado Procedente o presente Recurso, Revogando a decisão do tribunal a quo, fazendo-se, assim, a habitual e necessária Justiça, sempre no respeito pela lei e pela defesa do SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.

A Magistrada do Ministério Público
Leonor Magalhães