



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE
TRIBUNAL SUPREMO

Processo nº 07/2023/C (Revista)

Recorrente: A

Recorrido: B

Relator: Adelino Manuel Muchanga

- I.** Para a regulação do exercício do poder parental, sendo ambos os progenitores de nacionalidade portuguesa, aplicam-se as normas materiais da lei portuguesa, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 57.º do Código Civil moçambicano e n.º 1 do artigo 57.º do Código Civil português, tendo em conta o princípio da referência material previsto no artigo 16.º do Código Civil moçambicano.
- II.** Para a acção de regulação do exercício do poder parental a correr termos nos tribunais moçambicanos, independentemente da lei substantiva aplicável, aplicam-se as normas processuais moçambicanas.
- III.** O princípio do interesse superior da criança, previsto no n.º 3 do artigo 47 da Constituição da República de Moçambique e no artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, é orientador nas acções de regulação do poder parental, sobrepondo-se aos interesses egoístas dos litigantes. Tendo em conta a dinâmica e a oportunidade do superior interesse da criança, esta pode ser ouvida em qualquer fase do processo.

Acórdão

Acordam, em conferência, da Primeira Secção Cível do Tribunal Supremo:

A, melhor identificada nos autos, propôs a acção de regulação do exercício do poder parental contra B, igualmente melhor identificado nos autos, fundando-se, essencialmente, de acordo com a petição inicial de fls. 2 a 11, no seguinte:

- Requerente e requerido contraíram matrimónio em Portugal, no dia 01 de Outubro de 2011;
- Na constância do matrimónio nasceram as filhas gêmeas do casal, sendo elas: Luz Bettencourt Carido Figueiredo e Leonor Bettencourt Carido Figueiredo;
- Em 2013, o casal decidiu deslocar-se para Moçambique e aqui fixar residência;

- As menores foram matriculadas e passaram a frequentar a Escola Portuguesa de Maputo;
- Em data que não identifica, o casal separou-se e o requerido regressou à Portugal, onde vive;
- Considerando que as menores se encontravam em gozo de férias escolares, os progenitores acordaram que elas viajassem à Portugal, para aí passarem as férias, assumindo que regressariam à Moçambique no dia 02 de Setembro de 2019;
- A requerente emitiu as autorizações com partida de Moçambique para o dia 17 de Julho de 2019 e regresso para o dia 02 de Setembro de 2019;
- As menores viajaram para Portugal na data acordada;
- Em chamada telefónica do dia 26 de Agosto de 2019, o requerido informou a requerente não pretendia enviar as filhas do casal no dia 02 de Setembro de 2019, como haviam acordado;
- A falta de comunhão plena de vida entre a requerente e o requerido justifica a regulação do exercício do poder parental.

Terminou pedindo que a guarda das menores fosse a ela, requerente, confiada, condenando-se o requerido a contribuir com o valor de 70.000,00MT (setenta mil Meticais), a título de alimentos.

Juntou documentos de folhas 12 a 42.

O requerido, através dos seus mandatários, veio reagir ao requerimento inicial, conforme consta de fls. 48 a 52, alegando, em suma, o seguinte:

- O requerido e a requerente contraíram matrimónio em Portugal;
- Todos os intervenientes (o casal e as menores) têm nacionalidade portuguesa;
- A lei substantiva a ser aplicada deve ser a lei nacional comum dos pais, em conformidade com o n.º 1, do artigo 57.º do Código Civil;
- Corre termos, em Portugal, uma acção de divórcio entre as partes.

Juntou documentos de folhas 53 a 61.

A requerente peticionou a junção ao processo da cópia do despacho exarado pelo Juízo de Família e Menores de Cascais – Juiz 1, do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (fls. 62)

No referido despacho, o Juiz determinou, no essencial, como medidas provisórias:

- A entrega das menores à mãe;

- A obrigação do pai contribuir mensalmente com o valor de 150,00 Euros, a título de alimentos;
- Autorizar o regresso das menores à Moçambique.

O Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, para a tomada daquela decisão, argumentou nos seguintes termos *“sem prejuízo do que venha a ser decidido em sede de regulação das responsabilidades parentais das menores, a melhor forma de assegurar, no imediato, que as mesmas se beneficiem de um mínimo de estabilidade, e que comecem a frequentar a escola, evitando-se uma ruptura brusca nos seus hábitos, é a de determinar, por ora, o seu regresso a Moçambique com a mãe”*.

Foi marcada conferência dos pais para o dia 05 de Dezembro de 2019, na qual não se logrou qualquer acordo, conforme a acta de folhas 76 e 77.

Nesta mesma conferência, do dia 05 de Dezembro de 2019, o Tribunal de Menores da Cidade de Maputo decidiu manter aquela decisão provisória tomada pelo Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, com o acréscimo de que o requerido podia manter contactos com as menores quando se deslocasse à Moçambique ou, ainda, em férias escolares, em Lisboa, desde que custeasse as despesas aéreas das menores, viajando estas na companhia da mãe.

Foram as partes notificadas para apresentarem alegações, no prazo de 10 dias, de acordo com a acta de folhas 76 e 77.

A requerente e o requerido apresentaram as suas alegações, cada um terminando com o pedido de guarda das menores, por entender estar em melhores condições para a salvaguarda dos seus superiores interesses (fls. 88 a 108).

Foi realizado o inquérito social, cujo relatório não apresenta nenhuma recomendação (folhas 192 a 194).

Foi realizada a audiência de discussão e julgamento (acta de folhas 223 a 228).

Foi marcada data (25 de Agosto de 2020) para audição das menores o que viria a ocorrer com recurso ao “facetime”, conforme acta de fls. 238.

De acordo com aquela acta, ouvida a menor Luz Bettencourt Carido Figueiredo disse que estudava via online e o material era enviado pela Escola Portuguesa de Moçambique; disse, igualmente, que o pai é que ajudava na parte escolar; por último, disse ser sua pretensão continuar a estudar em Portugal.

A menor C , disse que naquele momento se encontrava de férias, mas a sua pretensão era continuar a estudar em Portugal onde se encontrava quase toda a família; disse também que gostaria de viver com o pai e a mãe em simultâneo.

O Tribunal de Menores da Cidade de Maputo, por sentença (fls. 270 a 290), decidiu conceder a guarda das menores à requerente e fixou em 25.000,00Mt (vinte e cinco mil Meticaís) a contribuição, a título de alimentos, a serem pagos pelo requerido.

Aquela decisão, sobre a guarda, fundou-se na convicção de que as menores estavam melhor integradas em Moçambique, com a mãe, tendo ido a Portugal de férias e tendo lá permanecido durante o período da COVID 19.

Em tempo, o requerido interpôs recurso de apelação, por não se conformar com o conteúdo da sentença (folhas 295), recurso esse que foi admitido com efeito devolutivo (fls. 315).

Cumpridas as formalidades legais, foi proferido acórdão do Tribunal Superior de Recurso de Maputo (TSR de Maputo) de 17 de Agosto de 2022 (fls. 551 a 565) que decidiu dar provimento ao recurso, concedendo a guarda das menores C e D ao requerido pai, B, entre outras medidas.

Para alicerçar a sua decisão, os Juizes Desembargadores do TSR de Maputo usaram os seguintes argumentos:

“Sendo certo que a jurisdição de menores é uma jurisdição de equidade e bom senso, não estando sujeito a critérios de legalidade estrita, pensamos que a decisão do tribunal a quo deveria ter-se pautado por critérios mais objectivos e consentâneos com a matéria apurada nos autos”.

“Na realidade, os factos relativos a cada um dos progenitores deveriam ter sido mais aprofundados, sendo que a decisão fez uma análise dos factos muito superficial, não tendo apurado como matéria de facto as condições efectivas de cada um dos progenitores e nem em que condições vivem as menores.”

“As menores presentemente têm 12 anos de idade e residem em Portugal com o progenitor pai, onde estudam e estão perfeitamente integradas.”

“Então, em função disso deve a decisão recorrida ser revogada e as mesmas ficarem à guarda do pai, com quem, de resto, já se encontram, por ser, neste momento, o melhor para as duas menores, uma vez que estas precisam de estabilidade.”

Notificada do acórdão no dia 08 de Setembro de 2022, Joana Bettencourt Marques interpôs recurso, que foi admitido, como de revista, com efeito meramente devolutivo (fls. 580).

Notificada da admissão do recurso, a recorrente apresentou, tempestivamente, as suas alegações (fls. 584 a 592), com as conclusões seguintes:

- O tribunal a quo apresentou todos argumentos válidos necessários para fundamentar a decisão da revogação da sentença do tribunal da 1ª instância;
- Na interpretação e aplicação das normas relativas à protecção de menores, deve ter-se em conta o superior interesse da criança, os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e colectivos e a condição especial da criança como pessoa em desenvolvimento, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9/2008, de 9 Julho, Lei da Protecção da Criança.
- No presente caso, em concreto, resultou provado que o melhor em termos de segurança, bem-estar, serenidade e estabilidade para as menores é sem dúvidas ao lado da requerente mãe.

Para sustentar aquelas conclusões, a recorrente usou, entre outras, as seguintes alegações:

- No dia 22 de Setembro de 2022, o Tribunal Judicial de Lisboa Oeste ordenou que as menores regressassem a Moçambique com a requerida, aqui recorrente;
- Foi com base na manifestação de vontade das menores que o Tribunal da Comarca de Lisboa decidiu fixar a residência das menores em Moçambique, junto da mãe;
- As menores encontram-se a residir com a requerida mãe na cidade de Maputo e frequentam o 7º ano de escolaridade na Escola Portuguesa de Moçambique;
- Todos os argumentos que firmaram a convicção do tribunal para retirar a guarda das menores à requerida mãe são infundados e falsos e a decisão contraria o disposto no nº 1 do artigo 158.º do Código de Processo Civil (falta de fundamentação).

Terminou pedindo que o recurso fosse julgado procedente e revogada a decisão recorrida.

Juntou documentos de fls. 593 a 624.

Notificado das alegações da recorrente, o recorrido contra-alegou, em tempo, nos termos constantes de fls. 626 a 635, concluindo, em síntese, da forma seguinte:

- A entrega provisória das menores à recorrente pelo Tribunal português teve como fundamento apenas as declarações das menores, de tal forma que suspeita que estas

tenham sido manipuladas, uma vez que foram proferidas depois de terem estado dois meses sem qualquer contacto com o recorrido;

- Mesmo em Portugal, o recorrido permitiu que as menores ficassem com a recorrente na condição de devolvê-las assim que reiniciassem as aulas, o que não fez e, em vez disso, levou-as para Portalegre tendo estas faltado as aulas por duas semanas;
- O recurso de Revista tem por fundamento errada interpretação e aplicação da lei substantiva, o que a recorrente em nenhum momento demonstra;
- A suposta interpretação e aplicação da lei substantiva, nomeadamente o artigo 9 da Lei nº 7/2008, de 9 de Julho, não procede, pois a recorrente em nenhum momento demonstra que o tribunal recorrido interpretou ou aplicou mal aquela disposição legal;
- Quanto à suposta falta de fundamentação: o que ocorre é que a recorrente não concorda com os fundamentos adiantados pelo tribunal *a quo*.
- Nas alegações do recurso, a recorrente devia indicar os fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão, especificando a norma violada, coisa que a recorrente não fez.

Pugnou o recorrido pela manutenção da decisão recorrida.

Juntou os documentos de folhas 637 a 651.

Tudo visto, há que analisar e decidir:

O recurso é de revista, visto que impugna uma decisão do TSR de Maputo sobre o mérito da causa. O fundamento específico do recurso de revista é a violação da lei substantiva, que consiste tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação da norma aplicável, tal como resulta do artigo 720.º do C.P. Civil

Tendo em conta as conclusões apresentadas pela recorrente, que delimitam o objecto do recurso, as questões a resolver são as seguintes:

- I. Se o TSR de Maputo omitiu o dever de fundamentar a revogação da sentença proferida pelo tribunal da 1ª instância, violando, por esse modo, o disposto no n.º 1, do artigo 158.º Do C. P. Civil;
- II. Se o TSR de Maputo violou o disposto no artigo 9.º, da Lei n.º 7/2008, de 9 de Julho, por não ter atendido, na interpretação e aplicação das normas relativas à protecção de menores, o superior interesse das menores.

Antes da análise das questões a resolver, importa determinar a *lex causae* (lei substantiva aplicável).

Sendo a recorrente e o recorrida de nacionalidade portuguesa, a norma de conflitos aplicável é a contida no n.º 1, primeira parte, do artigo 57.º do Código Civil moçambicano, nos termos do qual “*as relações entre pais e filhos são reguladas pela lei nacional comum dos pais (...)*”.

O Código Civil português, também no n.º 1, primeira parte, do seu artigo 57.º, aceita a competência que lhe atribuída, mandando aplicar a lei nacional comum.

Visto que não se verificam as situações de transmissão ou retorno de competência, previstas nos artigos 17º e 18º do Código Civil moçambicano, aplica-se o princípio geral de referência material, consagrado no seu artigo 16.º. Deste modo, a lei substantiva aplicável é a portuguesa.

No que respeita as normas processuais, como é regra no Direito Internacional Privado, aplica-se o Direito interno da *lex fori*, neste caso, moçambicano.

Passemos, então, à análise das questões a resolver:

I. Sobre a violação do n.º 1 do artigo 158º do C. P. Civil (falta de fundamentação)

A recorrente alega que foi violado o n.º 1 do artigo 158.º do C.P. Civil, porque o acórdão recorrido carece de fundamentação.

Em momento anterior, foi transcrita a fundamentação usada pelo TSR de Maputo para a tomada da decisão recorrida.

Apreciando os fundamentos da decisão posta em crise, conclui-se que o tribunal tomou como premissas essenciais: estarem as menores a viver com o requerido pai, em Portugal, há bastante tempo; terem mais de 12 anos de idade; estarem a ter sucesso nas suas vidas académicas e encontrarem-se perfeitamente integradas em Portugal.

Aquelas premissas levaram o Tribunal a concluir que, para o superior interesse das menores e em respeito ao estabelecido no artigo 9.º da Lei n.º 7/2008, de 9 de Julho, o melhor é que estivessem à guarda do pai; ou seja, o acórdão teve em conta a estabilidade das menores e os interesses sociais das mesmas, tendo em conta os factos provados tidos por relevantes.

Não se vê, portanto, como pode o TSR de Maputo ter violado o dever de fundamentação imposto pelo n.º 1 do artigo 158º do C. P. Civil.

A fundamentação existe, mas a recorrente com ela não concorda. A discordância com a fundamentação usada pelo tribunal *a quo* não pode ser confundida com falta de fundamentação, situação que consubstanciaria violação do n.º 1 do artigo 158.º e resultaria na nulidade do acórdão, ao abrigo do artigo 668.º, n.º 1, al. b), do C. P. Civil.

II. Sobre a pretensa violação do artigo 9.º da Lei n.º 7/2008, de 9 de Julho (não respeito pelo superior interesse das menores)

Relativamente ao segundo aspecto, alega a recorrente que o Tribunal Superior de Recurso violou o disposto no artigo 9.º da Lei n.º 7/2008, de 9 de Julho, ou seja, que não atendeu o superior interesse das menores porque, se o fizesse, concluiria que as mesmas ficariam melhor em termos de segurança, bem-estar, serenidade e estabilidade se fossem confiadas à guarda da mãe.

Aquela posição do TSR de Maputo baseou-se na premissa de que as menores “(...) *residem em Portugal com o progenitor pai, onde estudam e estão perfeitamente integradas.*” e que o melhor seria que ficassem “(...) *à guarda do pai, com quem, de resto, já se encontram, por ser, neste momento, o melhor para as duas menores, uma vez que estas precisam de estabilidade.*”

Sucedem que, tendo em conta que o processo é de jurisdição voluntária, atendendo à necessidade de oportunidade da decisão, na perspectiva de preservar, a todo o momento, o superior interesse das crianças, que é dinâmico no tempo, as menores foram ouvidas nesta instância, conforme consta da acta de fls. 736 e 737, tendo declarado o seguinte:

C

Sobre o local de residência:

“(...) vive em Moçambique dos 02 até 08 anos e depois saiu para Portugal em 2020 e regressou a Moçambique em 2022 e estuda na Escola Portuguesa”

Sobre a preferência (se prefere viver em Moçambique, com a mãe, ou em Portugal, com o pai):

“Não tem preferência, pois está mais informada de Moçambique do que Portugal e tem amigos em Moçambique e Portugal, gosta da escola e tem melhores amigas que não são colegas da Escola.”

D

Sobre o local de residência:

“(...) está a viver em Moçambique desde Outubro de 2022 (...) gosta de viver neste País (...) não mora há muito tempo com o pai e não sabe como a vida é lá (...) tem boas relações com a madrastra e irmãos. Gosta da escola e tem boas notas (...) nos dias livres tem saído com amigos (...) vive com a mãe e padrasto.”

Daquela audição, retira-se que, neste momento (e desde 2022), as menores residem com a mãe em Moçambique e estudam na Escola Portuguesa em Maputo. Retira-se, também, que as menores têm o seu círculo de amizades consolidado em Maputo.

Vejamos, então, o que diz a legislação portuguesa sobre a regulação do exercício do poder parental.

O Código Civil português, determina, no n.º 4 do artigo 1906.º, que o tribunal deve *“(...) determinar a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em conta as circunstâncias relevantes (...)”*.

A Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro (Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), com as alterações operadas pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto, pela Lei nº 142/2015, de 08 de Setembro, pela Lei nº 23/2017, de 25 de Maio e pela Lei nº 26/2018, de 5 de Julho, determina, no seu artigo 4.º, alíneas a), g) e j), o seguinte:

“A intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios:

a) Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

g) Primado da continuidade das relações psicológicas profundas - a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante;

j) Audição obrigatória e participação - a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.”

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de que Portugal é parte, estabelece no seu artigo 3.º que *“Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”*; o artigo 12º da mesma Convenção prevê o direito da criança ser ouvida sobre assuntos que lhe digam respeito.

Daquelas disposições legais resulta que, na regulação do exercício do poder parental deve atender-se, em primeira linha, o interesse das crianças (o chamado princípio do interesse superior da criança). É o mesmo princípio que está previsto na Constituição da República de Moçambique, no n.º 3 do artigo 47, nos termos do qual *“todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, têm principalmente em conta o interesse superior da criança.”*

O conceito do interesse superior da criança é indeterminado e não comporta um conteúdo de aplicação uniforme para todas as situações. O preenchimento do conteúdo do princípio do interesse superior da criança deve ser visto na perspectiva finalista, isto é, ele visa assegurar o são e harmonioso desenvolvimento da criança.

Por causa da prevalência daquele interesse, nas acções judiciais respeitantes a crianças, há que subalternizar os interesses egoístas dos litigantes.

O que deve ser entendido como benéfico para cada criança, varia de caso para caso. É nesta perspectiva de flexibilidade que Clara Sottomayor afirma que *“há tantos interesses da criança como crianças”*. (SOTTOMAYOR, Maria Clara, Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos, in *Direito e Justiça*, Vol. XVI, Tomo 1, 2002, página 198.)

Na materialização daquele princípio, no âmbito da regulação do exercício do poder parental, podemos elencar alguns critérios que as leis citadas apontam, designadamente, a figura primária de referência, a audição da criança e a manutenção das relações afectivas.

A jurisprudência portuguesa e moçambicana, apontam, igualmente, para a necessidade de considerar outros critérios, designadamente, a não separação dos irmãos e a adopção de solução menos prejudicial aos interesses da criança (*ver, por exemplo o Acórdão do Processo nº 165/10, publicado na colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo, 2009-2012, Volume II, 2012, e Acórdão do Processo nº 192/89, Acórdãos do Tribunal Supremo, Volume II, Tomo 1, 2012*)

No caso em apreciação, embora actualmente a figura primária de referência seja a mãe, as menores têm, igualmente, uma excelente relação com o pai, com quem também já viveram. O critério da figura primária de referência não poderá, por isso, ser determinante.

Há, contudo, que considerar o facto de elas estarem a residir em Moçambique desde 2022, frequentarem com aproveitamento a Escola Portuguesa em Maputo, terem enraizado, na Cidade de Maputo, o seu círculo de amizade.

O critério da preservação dos laços de afecto, que não pode ser circunscrito à relação entre irmãos ou entre progenitores e filhos, abrange as relações com amigo(a)s que as menores dizem manter na Cidade de Maputo.

Quando ouvidas em sede desta instância, as menores disseram não ter preferência em relação ao local de residência (se em Moçambique, com a mãe, ou Portugal, com o pai), mas disseram estar mais habituadas a Moçambique.

A estabilidade das crianças impõe que elas sejam mantidas no ambiente actual, a menos que houvesse uma razão que ditasse a preferência pela atribuição da guarda ao pai e consequente transferência para Portugal. Tal razão não se descortina.

As premissas que ditaram a decisão recorrida (de que as menores residiam em Portugal e a sua manutenção naquele país era necessária para a estabilidade), já não prevalecem hoje e, tendo em conta o carácter dinâmico do princípio do interesse superior da criança, há que tomar a decisão que seja oportuna no momento actual.

A permanência em Moçambique, que implica a atribuição da guarda à mãe, garante a não retirada das menores do seu círculo de convívio (com os amigos, colegas e familiares), promovendo desta forma a sua estabilidade emocional.

Pelo relatório dos serviços da acção social e pelo que ficou provado nos autos, não há elementos que nos apontem para aspectos que desabonem a atribuição da guarda à mãe.

Decisão:

Pelo exposto, procede o recurso e revoga-se a decisão recorrida, repristinando-se a decisão da primeira instância.

Custas pelo recorrido.

Maputo, 29 Maio de 2024

Assinado: Adelino Manuel Muchanga, Matilde Augusto Monjane Maltez de Almeida e
Henrique Carlos Xavier Cossa - Venerandos Juízes Conselheiros.