

ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ENTRE A CONVENÇÃO DE HAIA E O REGULAMENTO BRUXELAS II BIS

The Civil Aspects of International Child Abduction: between the Hague Convention and the Regulation Brussels II *bis*

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES¹
Universidade do Minho

Sumário: 1. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças; 2. Âmbito de aplicação da Convenção de Haia; 3. A prioridade da decisão de retorno da criança; 4. Excepções que fundamentam a decisão de retenção; 5. Fragilidades da Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II *bis*; 6. Conclusões.

Resumo: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças foi elaborada com o objectivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícita através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação. As soluções da Convenção de Haia foram pensadas para o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de deslocação ou retenção ilícita e para impedir que a pessoa, geralmente o pai ou a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada. É uma das convenções com maior sucesso da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, estando em vigor actualmente em noventa e quatro Estados, por isso, em primeiro lugar, é objectivo deste trabalho explicar o sistema instituído pela Convenção de Haia. Em segundo lugar, serão identificadas as soluções encontradas pelo Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*) para aperfeiçoar o regime da Convenção de Haia.

Palavras chave: rapto internacional de crianças, deslocação ou retenção ilícitas de crianças, Convenção de Haia de 1980, Regulamento n.º 2201/2003, Regulamento Bruxelas II *bis*.

Abstract: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was drawn up in order to protect or mitigate the effects of the wrongful removal or retention of children across borders, aiming to ensure a speedy return of the child to the country of its habitual residence before the removal. The Hague

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Convention solutions were designed for the prompt return of the child to its social and family environment of origin in the event of wrongful removal or retention and to prevent that a person, usually the father or mother, who moved the child to another country, can get an administrative or judicial decision in the latter country that legitimizes the factual situation that was created. It is one of the most successful conventions of the Hague Conference on Private International Law and it is currently in force in ninety-four States. The first objective of this study is to explain the legal framework established by the Hague Convention. Secondly, it will be identified the solutions found by the Regulation No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (Brussels II *bis*) to improve the Hague Convention solutions.

Keywords: international child abduction, unlawful removal or retention of children, Hague Convention of 1980, Regulation No 2201/2003, Regulation Brussels II *bis*.

1. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças

A deslocação ou retenção ilícitas de crianças são reguladas internacionalmente pela Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia).

A Convenção de Haia foi elaborada com o objectivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícita através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação, através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais. As soluções da Convenção de Haia foram pensadas para o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de deslocação ou retenção ilícita e para impedir que a pessoa, geralmente o pai ou a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada². Como é referido no Relatório Explicativo da Convenção, tem-se em conta que nestas situações são criados vínculos de jurisdição artificiais com o país para onde a criança foi deslocada, pelo progenitor que teve a conduta de deslocação ilícita e que, em princípio, irá escolher um foro que seja mais favorável às suas pretensões³. Ora, é esta manipulação do foro competente e da lei aplicável em resultado de um comportamento ilícito, para favorecer os interesses individuais da pessoa que teve um comportamento ilícito, que o sistema instituído pela Convenção visa acautelar.

Assim sendo, é estabelecido no art. 1º que o objecto da Convenção é promover o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida e fazer respeitar efectivamente os direitos de custódia e de visita existentes no Estados Contratantes. Todavia, subjacente a este objectivo encontra-se um fim superior de protecção dos interesses da criança, de acordo com o estabelecido no preâmbulo da Convenção de Haia. A este respeito interessa acentuar a alteração da visão jurídica em relação à criança que se verificou no plano internacional, constituindo uma

² PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", P. 17.

³ *Idem, ibidem*.

manifestação desta mudança a Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, que prevê um estatuto jurídico de protecção mais amplo da criança relativamente aos textos convencionais anteriores e traduz uma alteração da concepção da criança como objeto de protecção para uma concepção da criança como sujeito titular de direitos⁴. Esta alteração está também reflectida na Recomendação 874 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, onde se estabelece que a criança não deve mais ser encarada como propriedade dos pais, mas reconhecida como um indivíduo com direitos e necessidades⁵. Isto mesmo é reconhecido no Relatório Explicativo da Convenção de Haia, que citando o Dyer Report, refere que «(...) the true victim of the 'childnapping' is the child himself, who suffers from the sudden upsetting of his stability, the traumatic loss of contact with the parent who has been in charge of his upbringing, the uncertainty and frustration which come with the necessity to adapt to a strange language, unfamiliar cultural conditions and unknown teachers and relatives»⁶. É considerado, então, no superior interesse da criança o regresso da mesma ao seu meio social e familiar de origem e o respeito pelos direitos de custódia e de visita que permitam que a criança tenha relações familiares estáveis e equilibradas de forma a garantir um desenvolvimento saudável⁷.

Como referimos o princípio do superior interesse da criança é um dos princípios inspiradores da Convenção de Haia, mas também é um dos quatro princípios gerais e estruturais da Convenção sobre os Direitos da Criança⁸, onde se estabelece no seu art. 3º, n.º 1, que as decisões que dizem respeito à criança devem ter prioritariamente em conta o interesse superior da criança. Este princípio deve ser entendido no sentido de que as decisões referentes à criança devem garantir o desenvolvimento da sua integridade física, psicológica, moral e espiritual, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é um princípio nuclear da Constituição da República Portuguesa, previsto no seu art. 1º, e que resulta também do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O princípio do superior interesse da criança é entendido como um princípio abrangente onde radicam todos os direitos fundamentais, uma vez que «(...) visa conferir uma carácter preferencial e polarizador, um estatuto prioritário, à pessoa humana (e à sua "autonomia ética") em face de fins económicos, sociais, políticos ou de outra

⁴ Partilhando desta ideia, v. ALVES, J.A.L., "Relações Internacionais e Temas Sociais, A Década das Conferências", Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, 2001, P. 48-49; GONÇALVES, A.S.S., "Reflexos do princípio do superior interesse da criança no Direito da União Europeia", no prelo; SOTTOMAYOR, C., "Temas de Direito das Crianças", Almedina, Coimbra, 2014, P. 17.

⁵ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE CONCIL OF EUROPE, "Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights of the Child", Text adopted by the Assembly on 4 October 1979.

⁶ DYER, A., "Questionnaire and Report on international child abduction by one parent", Doc. Prél. No 1, August 1977, P. 18-25, *apud* PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", P. 20.

⁷ Neste sentido, PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", *Cit.*, P. 20.

⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, "General comment no. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (*arts. 4, 42 and 44, para. 6*)", 2003, §12-15, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014; *idem*, "General comment No. 12, The right of the child to be heard", 2009, P. 5, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014.

natureza ainda que também merecedores de tutela»⁹. Na doutrina portuguesa, tem sido definido como «um conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo, e que goza de uma força apelativa e humanitária, chamando a atenção para a criança como pessoa e para os seus direitos»¹⁰. Estamos, portanto, perante um conceito indeterminado, a ser preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto e das especificidades da situação da criança em causa nas decisões referentes a uma criança, ou as circunstâncias particulares de um grupo ou das crianças em geral em relação a outro tipo de decisões¹¹. São estas circunstâncias do caso concreto que justificam as excepções previstas na Convenção de Haia ao dever de assegurar o regresso imediato da criança.

2. Âmbito de aplicação da Convenção de Haia

A Convenção de Haia visa promover o regresso imediato da criança em situações de deslocação ilícita [art. 1º, al. a)]. A deslocação ilícita abrange aquelas situações em que há uma deslocação ilícita de criança para outros Estados, em violação de um direito de guarda ou custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação, desde que esse direito estivesse a ser exercido efectivamente no momento da deslocação, individualmente ou em conjunto, ou o devesse estar a ser exercido se a deslocação não tivesse ocorrido [art. 3º, al. a) e al. b)]. São equiparadas a estas situações, e consequentemente abrangidas pelo âmbito de aplicação da Convenção de Haia, quando, após uma autorização da pessoa que exerce o direito de custódia ou de guarda para que a criança se desloque ao estrangeiro, se verifique uma recusa em devolver a criança ao seu país de origem¹². O direito de custódia é definido no art. 5º, n.º 1, como aqueles direitos relativos aos cuidados da criança, nomeadamente o direito de decidir sobre o seu lugar de residência¹³. Este direito resulta de atribuição de pleno direito ou acordo vigente segundo o direito do Estado da residência habitual da criança antes da sua deslocação (art. 3º *in fine*), não sendo a sua atribuição objecto da Convenção de Haia¹⁴.

A Convenção visa também o respeito efectivo dos direitos de visita existentes num Estado Contratante nos outros Estados Contratantes [art. 1º, al. b)],

⁹ MIRANDA, J./MEDEIROS, R., "Constituição Portuguesa Anotada", 2.ª Ed., Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, P. 86

¹⁰ Assim nas palavras de SOTTOMAYOR, C., "O Direito das Crianças", Cit., p. 50. Cfr. SOTTOMAYOR, C., "Regulação do exercício das responsabilidades parentais em casos de divórcio", 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, P. 40 e segs; *idem*, "O direito das afetos e o direito das crianças", in SOTTOMAYOR, C., Temas de Direito das Crianças, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 313-319.

¹¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, "General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)", 2013, P. 9, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014.

¹² Assim, de acordo com o relatório explicativo da referida Convenção: PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 16.

¹³ Caso a criança, apesar de ser menor, tenha o direito de determinar o seu lugar de residência, é esclarecido pelo Relatório Explicativo que o direito de custódia terá de ser determinado no contexto dos outros direitos relativamente à criança: PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 40.

¹⁴ Como se pode ler no Relatório Explicativo: *idem, ibidem*, P. 18.

abarcando este o direito de levar uma criança para um lugar diferente da sua residência habitual durante um breve período [art. 5º, al. b)], incluindo para outros países.

Quanto ao seu âmbito de aplicação espacial, a Convenção de Haia aplica-se a crianças com residência habitual num Estado Contratante antes da violação do direito de custódia ou de visita, cessando a sua aplicação quando a criança atinge a idade de 16 anos (art. 4º).

A Convenção de Haia aplica-se em Portugal (desde 1 de Dezembro de 1983)¹⁵, no Brasil (desde 1 de Janeiro de 2000)¹⁶, em Espanha (desde 1 de Setembro de 1987), na Argentina (desde 1 de Junho de 1991), no Chile (desde 1 de Maio de 1994), no Perú (desde 1 de Agosto de 2001), no Paraguai (desde 1 de Agosto de 1998), na Venezuela (desde 1 de Janeiro de 1997), entre outros¹⁷. Na realidade, está em causa uma das convenções com maior sucesso da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, estando em vigor actualmente em noventa e quatro Estados¹⁸.

3. A prioridade da decisão de retorno da criança

Como referimos um dos objectivos da Convenção de Haia é, em caso de deslocação ou retenção ilícitas, promover o regresso imediato da criança ao meio familiar e social de onde foi retirada. Para a concretização deste objectivo, as autoridades centrais instituídas pela Convenção desempenham um papel essencial.

Cada Estado Contratante designará uma autoridade central (art. 6) que terá uma dupla função com o objectivo final de assegurar o regresso imediato da criança: a de cooperar com as entidades centrais dos outros países; mas também a de coordenar as autoridades dos próprios Estados (art. 7º)¹⁹. No art. 7 encontramos elencadas um conjunto de tarefas a cargo das autoridades centrais, a serem prosseguidas, de acordo com a letra da norma, pelas medidas mais apropriadas. A flexibilidade da expressão adoptada quanto às medidas a levar a cabo pela autoridade central para o desempenho das suas funções teve como objectivo a fácil adaptação ao direito interno de cada um dos Estados Contratantes²⁰. A lista de tarefas enumerada no art. 7º é meramente exemplificativa²¹ e a capacidade de cada autoridade central para as desempenhar variará de Estado para Estado, em função da ordem jurídica local, como resulta da forma flexível como aquelas estão enunciadas. Assim, competirá à autoridade central: localizar a criança; evitar a

¹⁵ Aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11.05 (DR, I Série, n.º 108, de 11.05.83).

¹⁶ De acordo com o Decreto nº 3.413, de 14 de Abril de 2000, que Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

¹⁷ De acordo com os dados da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, consultados em www.hcch.net, em 9.10.2015.

¹⁸ De acordo com a informação da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: www.hcch.net, em 9.10.2015.

¹⁹ Em Portugal, a autoridade central é Direcção-Geral de Reinserção Social; no Brasil, a autoridade central é a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República.

²⁰ Assim, se pode ler no Relatório Explicativo: PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 41.

²¹ *Idem, ibidem.*

aumento dos danos provocados à criança ou às partes interessadas pela promoção de providências cautelares; procurar uma solução amigável ou o regresso voluntário da criança; caso seja útil, trocar informações relativas à situação social da criança; disponibilizar informações em relação ao direito do seu Estado no âmbito de aplicação da Convenção; caso seja necessário para obter uma decisão de regresso, deve iniciar ou facilitar a abertura de um procedimento judicial ou administrativo com esse fim; facilitar ou aconselhar a obtenção de assistência judiciária; garantir o regresso sem perigo da criança, acautelando todas as medidas administrativas necessárias; trocar informações com as outras autoridades centrais para eliminar os obstáculos à aplicação da Convenção.

De acordo com o art. 8º, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode pedir assistência em caso de deslocação ou retenção ilícitas à autoridade central do Estado da residência habitual da criança ou de outro Estado Contratante com vista ao regresso da criança, pedido que deve ser instruído com os elementos elencados naquela disposição legal, referentes a dados sobre a criança, o requerente, a pessoa com a qual se presume que a criança esteja, os fundamentos legais e factuais para exigir o regresso da criança, ajudando também a localização da criança, entre outros documentos que possam ser considerados úteis. Note-se que, nos termos do art. 29º da Convenção, nada impede que a pessoa, instituição ou organismo que vem invocar a deslocação ou retenção ilícita de crianças se dirija directamente às autoridades judiciais ou administrativas de um dos Estados Contratantes. Assim, poderá fazer o pedido de acordo com a Convenção de Haia ou de acordo com o direito interno desse Estado, caso este o permita. Nesta última situação não serão aplicáveis as disposições da Convenção de Haia.

Caso a autoridade central considere que há indícios da presença da criança em outro Estado Contratante, deve transmitir o pedido de assistência à autoridade central desse Estado, informando subseqüentemente o requerente ou, no caso de o pedido ter sido transmitido para uma autoridade central de um terceiro Estado, a autoridade central requerente (art. 9º). Pelo contrário, se a autoridade central considerar que o pedido não tem fundamento, ou que as condições estabelecidas na Convenção não estão preenchidas, não é obrigada a receber o pedido, devendo informar fundamentadamente o requerente ou a entidade central que remeteu o pedido (art. 27º). O art. 10º estabelece ainda o dever da autoridade central do Estado onde a criança se encontra promover as medidas mais apropriadas para assegurar o regresso da criança.

Estabelece o art. 11º da Convenção de Haia, reiterando o determinado pelo art. 2º, que as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados devem adoptar procedimentos de urgência para garantir o regresso da criança. Nos termos do art. 15º, antes de ordenar o regresso da criança, estas autoridades judiciais e administrativas podem pedir a apresentação pelo requerente de uma decisão ou de um atestado passado pelas autoridades do Estado da residência habitual da criança que comprove a ilicitude da deslocação ou retenção. Para este efeito, o requerente conta com o auxílio da autoridade central, caso seja possível. Aquelas autoridades judiciais e administrativas podem também tomar conhecimento directo do direito do Estado da residência habitual da criança, sem recorrer a procedimentos específicos para provar o seu conteúdo (art. 14º). Da mesma forma, podem tomar conhecimento directo das decisões judiciais ou administrativas, reconhecidas ou não, no Estado da residência habitual da criança, sem ter de recorrer a

procedimentos específicos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras (art. 14º). O 2º § do art. 11º fixa ainda um prazo indicativo de seis semanas a contar da data da participação, findo o qual o requecente ou a autoridade central do Estado requerido pode solicitar uma declaração sobre as razões da demora na promoção do regresso da criança, seja por sua iniciativa ou a pedido da autoridade central do Estado requerente²².

Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de criança e se tiver decorrido menos de um ano entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra, aquela autoridade deve ordenar o regresso imediato da criança (art. 12º, 1º §). Da mesma forma, caso já tenha decorrido este prazo de um ano, a referida autoridade judicial ou administrativa deve ordenar o regresso da criança. Todavia, neste último caso, a Convenção permite a emissão de uma decisão de retenção da criança se for provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente. Se a decisão de regresso imediato da criança ao seu ambiente social e familiar de origem se justifica em função do seu superior interesse, este também é o fundamento de uma decisão de retenção, caso a criança já esteja integrada num novo ambiente.

Várias dúvidas se podem colocar relativamente ao art. 12º da Convenção de Haia, sendo uma delas relativamente aos limites temporais que balizam este prazo de um ano. De acordo com o Relatório Explicativo, a data da deslocação ou retenção ilícitas deve ser considerada a data em que a criança deveria ter sido devolvida aos detentores do direito de custódia ou guarda ou a data em que o detentor deste direito recusou conceder uma extensão do prazo em que a criança estaria fora do seu país de residência²³. Já o *terminus ad quem* será determinado pela data do início do processo, para evitar que expedientes processuais dilatórios ao longo do mesmo tenham influência na decisão de retorno da criança. Outra questão relaciona-se com a forma como deve ser provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente. Uma vez que nada é dito pela Convenção, admite-se ficar ao poder discricionário das autoridades competentes a formação do juízo da integração da criança, a partir das provas aduzidas pelas partes²⁴. Por fim, a disposição legal também não diz claramente a que país a criança deve regressar. Ainda que em situações normais seja natural que a criança regresse ao país da sua residência habitual antes da deslocação ou retenção ilícita, que constitui o seu meio social e familiar de origem, lendo o Relatório Explicativo apercebemo-nos que este silêncio da Convenção significa que a criança deve regressar ao lugar onde estiver aquele que requereu o regresso, mesmo que entretanto este tenha alterado o seu local de residência habitual²⁵. Esta solução visa, então, obviar aos problemas que se poderiam colocar na situação enunciada e parte, em nossa opinião, da ideia que o meio familiar da criança não é um local físico, mas o local de afectos onde se encontra a família.

²² Devendo depois transmitir esta informação à autoridade central do Estado requerente ou ao próprio requerente.

²³ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 46-47.

²⁴ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 47.

²⁵ *Idem, ibidem*.

Por fim, o art. 18º da Convenção de Haia autoriza as autoridades judiciais e administrativas a ordenar o regresso da criança a qualquer momento, com base em outras normas que fundamentem esta decisão.

4. Exceções que fundamentam a decisão de retenção

A Convenção de Haia prevê exceções à decisão de regresso da criança, além daquela já referida no art. 12º, em nome do superior interesse da criança. Sendo situações excepcionais, uma vez que constituem desvios ao sistema da Convenção, que se baseiam na confiança mútua entre os Estados Contratantes e que visa o regresso imediato da criança como a melhor opção no próprio interesse desta, aquelas exceções devem ser interpretadas de forma restritiva²⁶.

De acordo com o art. 13º, al. a), da Convenção de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção a prova por parte de quem se opõe ao regresso da criança de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exercia efectivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido posteriormente com a deslocação. Esta al. a) prevê duas hipóteses em que se põe em causa a existência de uma deslocação ou retenção ilícita da criança: ou a pessoa que pede o retorno da criança não exercia efectivamente o direito de guarda; ou por comportamento posterior autorizou a sua deslocação, não podendo mais tarde pedir o regresso da criança ao abrigo da Convenção. De acordo com o Relatório Explicativo e tendo em conta o conteúdo do direito de guarda e de custódia para efeitos do art. 5º da Convenção, o direito de guarda é exercido efectivamente quando «(...) the custodian is concerned with the care of the child's person, even if, for perfect valid reasons (illness, education, etc.) in a particular case, the child and its guardian do not live together», o que deve ser inferido pelo julgador das circunstâncias do caso concreto²⁷.

Outro fundamento para a decisão de retenção encontra-se no art. 13º, al. b), da Convenção de Haia, onde se determina que pode fundamentar aquela decisão a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável. Para apurar os efeitos do regresso sobre a criança, o parágrafo final do art. 13º estabelece que as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança.

A oposição da criança ao seu regresso pode também fundamentar uma decisão de retenção, nos termos do art. 13º, 2º §, desde que a criança já tenha uma idade e um grau de maturidade que permitam tomar em consideração a sua opinião. O direito de audição da criança nos processos em que esta está envolvida é considerado um direito fundamental da criança, pois enquanto sujeito de direitos, os seus interesses, são os interesses essenciais daqueles processos e, por isso, deve-lhe ser dada oportunidade de se manifestar. Este direito de audição está previsto

²⁶ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 22.

²⁷ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 49. Esclarece ainda este Relatório Explicativo que a al. a) do art. 13º da Convenção de Haia não pode fundamentar uma decisão de retenção se o exercício do direito de guarda não tiver sido possível devido à deslocação ou retenção da criança: *idem, ibidem*.

em várias convenções internacionais que versam sobre o direito da criança, como no art. 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança²⁸; no art. 12º da Convenção dos Direitos das Crianças^{29 30}. A Convenção de Haia dá como indicação que a consideração da opinião da criança deve variar em função da idade e maturidade da mesma, o que envolve um juízo de discricionariedade do julgador ou decisor face às circunstâncias do caso concreto.

Um último fundamento que pode justificar a decisão de retenção resulta do art. 20º da Convenção de Haia, onde se determina que outro fundamento desta decisão será o facto de o regresso pôr em causa os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esta parece ser uma cláusula de ordem pública, mas com uma formulação diferente daquelas que encontramos em tratados internacionais que versam sobre questões plurilocalizadas³¹, parecendo ter, em nossa opinião, uma formulação mais restrita. Resulta do Relatório Explicativo que a versão final foi uma solução de consenso entre quem defendia e quem se opunha à introdução de uma cláusula de ordem pública³². Na realidade, compreendemos que houvesse alguma hesitação em dar relevância ao direito do Estado requerido, pois a ligação da criança com aquele país foi criada artificialmente pela pessoa que deslocou ou reteve a criança ilicitamente em certo país, normalmente um país mais favorável às suas pretensões. Em todo o caso resulta da letra da norma que, apenas estando em causa situações em que direitos do homem e liberdades fundamentais em vigor no país requerido se oponham a uma decisão de regresso da criança, é que este art. 20º poderá fundamentar uma decisão de retenção. Estamos, por isso, perante uma hipótese de intervenção excepcionalíssima, com um conteúdo ainda mais restrito do que aquele reconhecido à reserva de ordem pública internacional³³.

5. Fragilidades da Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II bis

A aplicação da Convenção de Haia revelou fragilidades no plano da efectividade e da garantia do sistema de regresso célere que a Convenção de Haia pretendia instituir, nomeadamente o peso que o tribunal para onde a criança foi deslocada teria na retenção da criança nesse país, recompensando-se o progenitor que escolheu aquele Estado para deslocar a criança³⁴. Surge, por isso, na UE, um regulamento com normas pensadas para aperfeiçoar o regime da Convenção de Haia: o Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à

²⁸ De 25 de Janeiro de 1996, do Conselho da Europa.

²⁹ Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

³⁰ Também resulta do art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

³¹ V., *v.g.*, o art. 24º Convenção de Haia, de 29 de Maio de 1993, relativa à protecção das crianças e cooperação em matéria de adopção internacional ou o art. 22º, al. a) da Convenção de Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a cobrança internacional de alimentos.

³² PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", *Cit.*, P. 21.

³³ Sobre a figura da reserva de ordem pública internacional, v. GONÇALVES, A.S.S., "Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma", Almedina, Coimbra, 2013, P. 518-551.

³⁴ V., neste sentido, PATAUT, E., "Art. 10" *in* VV.AA. (Magnus, U./Mankowski, P. coord.), *Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, P. 121.

execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*).

O Regulamento Bruxelas II *bis* estabelece um sistema uniforme de regras de competência internacional e de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental, devendo esta ser entendida nos termos do art. 2º, n.º 7, como «o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança», o que inclui o direito de guarda e o direito de visita. O Regulamento Bruxelas I *bis* aplica-se ainda às questões cíveis que envolvem a responsabilidade parental, incluindo a sua atribuição, o seu exercício e a sua cessação, de acordo o art. 1º, n.º 1, al. b), concretizando o n.º 2 da mesma disposição legal quais as matérias abrangidas, através de uma enumeração meramente indicativa³⁵. O âmbito de aplicação espacial do Regulamento Bruxelas II *bis* é definido no art. 21º, n.º 1, sendo aplicável às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-membros da UE³⁶ cuja competência seja determinada de acordo com as regras previstas nos artigos 3º e seguintes do Regulamento. Para efeitos de aplicação deste Regulamento, o conceito de tribunal abrange aquelas autoridades que no Estado-membro tem competência nas questões que constam do âmbito de aplicação material do regulamento (art. 2º, n.º 1). Por fim, encontramos o âmbito de aplicação temporal do regulamento Bruxelas II *bis* no art. 72º e no art. 64º, n.º 1, sendo este aplicável às acções judiciais, actos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de Março de 2005³⁷.

Quanto às relações do Regulamento Bruxelas II *bis* com a Convenção de Haia, de acordo com o art. 60º, al. e), o Regulamento tem primazia nas relações entre os Estados-membros relativamente à aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. Todavia, esclarece-se no Guia Prático do Regulamento que esta continua-se a aplicar, mas que o seu regime é completado pelo disposto no Regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças³⁸. De facto, uma análise mais cuidada do Regulamento permite-nos concluir que as suas normas não colidem o disposto na Convenção de Haia, visando antes completá-la (considerando 17) e ultrapassar as deficiências que a aplicação

³⁵ Como foi decidido pelo TJUE no acórdão *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, de 27 de Novembro de 2007, CJ 2007, I-10141, §5. Estão em causa as decisões referentes ao direito de guarda e ao direito de visita; à tutela, à curatela e institutos análogos, à nomeação e funções de pessoa ou organismo incumbido da pessoa ou bens da criança, da sua representação ou assistência; à colocação da criança numa família de acolhimento ou numa instituição; às medidas de protecção da criança relativas à administração, conservação e disposição do seu património (de acordo também com o estabelecido no considerando 9). As disposições do regulamento abrangem também as medidas de protecção da criança no âmbito da responsabilidade parental, por força do considerando 5.

³⁶ Com exclusão da Dinamarca, de acordo com o art. 2º, n.º 3.

³⁷ Note-se, todavia, que o art. 64º, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, prevê algumas situações em que o regulamento se aplica a processos instaurados em momento anterior.

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000”, consultado em <http://ec.europa.eu>, em 01.05.2013.

da Convenção de Haia revelou. A própria Convenção de Haia, no art. 36º, permite que os Estados Contratantes da convenção possam celebrar entre si acordos para diminuir as restrições ao regresso da criança, existentes na Convenção.

É com este espírito de complemento e harmonização com o regime da Convenção de Haia, que a noção de deslocação ou retenção ilícita de criança para efeito de aplicação do Regulamento (prevista no art. 2º, n.º 11) acompanha a noção presente no art. 3.º da Convenção de Haia, assim como a noção de direito de guarda (prevista no art. 2.º, n.º 9) também coincide também com a noção que encontramos no art. 5.º, al. a) da Convenção de Haia.

O Regulamento Bruxelas II *bis*, à semelhança da Convenção de Haia, prevê um procedimento célere que, em nome do superior interesse da criança, permita o regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual (considerando 17). Assim, estabelece um mecanismo de regresso que se baseia na cooperação judiciária entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros, no âmbito da política europeia de cooperação judiciária em matéria civil³⁹. O objectivo será desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar, em primeiro lugar, os interesses e vínculos afectivos das crianças, através de um regresso rápido da criança, não se premiando o pai que raptou a criança com um processo longo e moroso.

Não sendo possível nesta sede analisar em pormenor o regime do Regulamento Bruxelas II *bis* relativamente à deslocação ou retenção ilícitas de crianças⁴⁰, vamos apenas enfatizar algumas das soluções que nele constam e que aperfeiçoam o regime da Convenção de Haia.

Desde logo, resulta do art. 11º do Regulamento a necessidade de instituir um procedimento urgente, determinando o seu n.º 3 que, apresentado um pedido de regresso da criança nos termos da Convenção de Haia, o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido⁴¹. Este é um prazo relativamente curto, que tem em conta que o tempo de maturidade e desenvolvimento das crianças é diferente em relação aos adultos, e que as crianças de tenra idade desenvolvem as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas em curto espaço de tempo. Deste pedido resultará, preferencialmente, uma decisão

³⁹ A cooperação judiciária em matéria civil é uma política da União, com fundamento legal no art. 81º do Tratado de Funcionamento, que se baseia no princípio da confiança e do reconhecimento mútuo de decisões em matéria civil e comercial. V. com mais pormenor, GONÇALVES, A.S.S., "Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado", Cit., P. 106-126 e 212-226.

⁴⁰ Para uma análise mais pormenorizada, v. GONÇALVES, A.S.S., "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2014, Vol. 6, n.º 1, P. 147-160; *idem*, "O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças", *Unio EU Law Journal*, nº 0, P. 124-147.

⁴¹ Excepto em circunstâncias extraordinárias que impeçam o cumprimento deste prazo, que poderão consistir, por exemplo, na dificuldade de encontrar a criança. O regulamento não tem uma sanção para o não cumprimento do prazo em causa, todavia, poderemos ponderar nestes casos a responsabilidade civil do Estado não cumpridor. Com esta opinião, PATAUT, E., "Art. 10" in VV.AA. (Magnus, U./Mankowski, P. coord.), *Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, P. 135.

de regresso, mas também pode resultar uma decisão de retenção. Entende-se que esta decisão a proferir no prazo de seis semanas e que fixe a ordem de regresso da criança é executória⁴² e que cada Estado-Membro deve garantir que a decisão tenha esta natureza⁴³, de forma a assegurar o regresso imediato da criança. A mesma natureza terá a decisão que recuse o regresso da criança⁴⁴.

Caso o regresso da criança seja recusado com base num dos fundamentos previstos no art. 13º da Convenção de Haia, o tribunal do Estado onde a criança está retida deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as actas da audiência, que devem ser recebidos no prazo de um mês a contar da decisão, nos termos do art. 11º, n.º 6, do Regulamento. Esta norma reflecte a prioridade da competência do tribunal da residência habitual da criança, pois devem-lhe ser enviados os documentos importantes que fundamentaram aquela decisão, além da própria decisão. Note-se que o art. 11º, n.º 4, fixa um limite à invocação do art. 13º, al. b) da Convenção de Haia como fundamento de uma decisão de retenção: a invocação de que o regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a protecção da criança após esse regresso⁴⁵. Assim, restringe-se o alcance do art. 13º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, limitando-se as situações de decisões de não retorno com base naquele fundamento, existindo no Regulamento um princípio de emissão tendencial de uma decisão de regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida nas circunstâncias descritas. Além disso, nos termos do art. 11º, n.º 5, do Regulamento, não pode ser proferida decisão de retenção, se a pessoa que requereu o regresso da criança não tiver tido oportunidade de ser ouvida⁴⁶. Deve-se proceder ainda à audição da criança, salvo

⁴² “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., 37-38.

⁴³ A COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., 38, sugere algumas soluções para que os direitos nacionais garantam este efeito: ou impedir o recurso de uma decisão de regresso; ou permitir o recurso da decisão de regresso, mantendo esta todavia o seu carácter executório na pendência do recurso; ou os Estados-Membros devem criar procedimentos de recurso céleres para assegurar o cumprimento do prazo das seis semanas. Esta questão também foi analisada pelo TJUE no caso de 11 de Julho de 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU, CJ 2008, P. I-05271.

⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., P. 38.

⁴⁵ Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adoptadas medidas adequadas de protecção no Estado-Membro de origem, sublinha a COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., P. 37, o papel determinante de assistência que podem desempenhar as autoridades centrais do Estado de origem.

⁴⁶ O que pode ser feito com recurso aos meios previstos no regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, como é sugerido no Guia prático sobre a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis*, nomeadamente de videoconferência ou teleconferência, previsto no n.º 4, do artigo 10º do referido regulamento.

caso se considere desajustado tendo em conta a idade ou maturidade da mesma (art. 11º, n.º 2).

Após a recepção dos elementos previstos no art. 11º, n.º 6, do Regulamento, o tribunal da residência habitual de origem da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes no prazo de três meses após a notificação (art. 11º, n.º 7). Após a apreciação destes elementos, este tribunal pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança e, nos termos do art. 11º, n.º 8, esta última decisão de regresso é automaticamente reconhecida e executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração posterior que lhe reconheça essa força no país onde se pretende que seja executada (supressão de *exequatur*) e sem que possa ser contestada. Para tal, como determina o art. 41º, n.º 2, do regulamento Bruxelas II *bis*, é necessário que o juiz do Estado-Membro de origem emitida a certidão prevista no anexo IV do regulamento, cujas condições de emissão estão descritas no art. 42º, n.º 2.

Os prazos curtos e o procedimento estabelecido no art. 11º do Regulamento refletem o carácter urgente daquelas diligências e visam assegurar o regresso célere da criança ao Estado-membro em que esta tinha a sua residência habitual antes da retenção ou da deslocação ilícita. Todavia, o procedimento previsto no art. 11º, n.º 6 e n.º 7 e a emissão da certidão prevista no n.º 8 da mesma norma apenas se aplicam quando está em causa uma decisão de retenção emitida com base no art. 13º da Convenção de Haia e não abrange os fundamentos de não retorno previstos no art. 12º e 20º da mesma Convenção⁴⁷.

6. Conclusões

A Convenção de Haia na sua génese visou instituir um sistema de regresso célere da criança em casos de rapto internacional, em nome do seu superior interesse. Uma vez que nem sempre esta cumpria o objectivo a que se propunha, o Regulamento Bruxelas II *bis* veio aperfeiçoar o sistema da Convenção de Haia, tentando garantir um regresso efectivamente rápido da criança ao seu país de residência habitual antes da deslocação, através do estabelecimento de prazos curtos, de um sistema de reconhecimento automático da decisão de regresso e modificando o peso que o art. 13º da Convenção de Haia pode ter como fundamento da decisão de retenção da criança. Também resulta claro do Regulamento Bruxelas II *bis* a prioridade da decisão do tribunal da residência habitual de origem da criança, cuja apreciação da causa prevalece sobre o juízo feito pelo tribunal do lugar para onde a criança foi deslocada ilicitamente. Este é, porém, um sistema que se baseia num procedimento de cooperação entre as autoridades judiciais de Estados-membros diferentes, que têm de conceder que, perante duas visões diferentes da decisão que melhor salvaguardará o superior interesse da criança, prevalecerá a posição do tribunal da residência habitual de origem da criança. Nesta medida, o sistema que resulta do Regulamento Bruxelas II *bis* altera o peso da decisão de recusa proferida pelo tribunal do lugar para onde a

⁴⁷ Neste sentido, PATAUT, E., "Art. 11", Cit., P. 140-141; WALKER, L./BEAUMONT, P., "Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", JPIL, Vol. 7, 2011, P. 242.

criança foi deslocada ilicitamente, já que de acordo com o sistema da Convenção de Haia esta decisão seria final e não poderia ser alterada pelo tribunal da residência habitual de origem da criança.