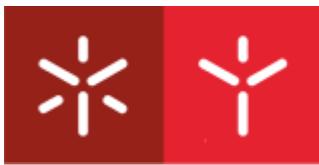


Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Oliveira Sousa Nogueira Lopes

O princípio do superior interesse da criança na regulamentação das responsabilidades parentais pela União Europeia.



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Oliveira Sousa Nogueira Lopes

**O princípio do superior interesse da criança na
regulamentação das responsabilidades parentais
pela União Europeia.**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob orientação da

Professora Doutora Anabela Susana de Sousa Gonçalves

OUTUBRO 2017

Declaração

Nome: Ana Rita Oliveira Sousa Nogueira Lopes

Endereço eletrónico: ritasnlopes@hotmail.com

Número do Cartão de Cidadão: 14100510 6ZY8

Título da dissertação: O princípio do superior interesse da criança na regulamentação das responsabilidades parentais pela União Europeia

Orientadora: Professora Doutora Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, __/__/____

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Concluída a elaboração da presente dissertação, cabe dirigir os respetivos agradecimentos às pessoas que contribuíram de forma decisiva na construção do percurso que me levou até aqui.

Aos meus pais, por todo o amor, pelo exemplo, pelo apoio e por acreditarem em mim de forma incondicional.

Ao João e à restante família, pelo apoio constante, pelo carinho e pelo conforto com que sempre posso contar.

Aos meus amigos, pelo incentivo, pela amizade com que sempre pude contar ao longo de todo o percurso e por todas as alegrias com que me brindam.

À Professora Doutora Anabela Susana de Sousa Gonçalves, orientadora da presente dissertação, pelos conhecimentos transmitidos, por todo o apoio, pela total disponibilidade e pelo rigor com os quais me orientou durante todo o processo. Um agradecimento especial, uma vez que sem o seu contributo não teria sido possível atingir os objetivos a que me propus.

ÍNDICE

MODO DE CITAR	ix
RESUMO	xi
ABSTRACT	xiii
LISTA DE ABREVIATURAS	xv
INTRODUÇÃO	1
1. OBJETO DE ESTUDO.....	1
2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	4
CAPÍTULO I - O ESTATUTO DA CRIANÇA NO PLANO TRANSNACIONAL	7
1. A CRIANÇA NA FAMÍLIA – PERSPETIVA HISTÓRICA	7
2. MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS	9
2.1. INSTRUMENTOS DE CARÁTER INTERNACIONAL.....	9
2.2. O PAPEL DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	16
2.3. O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	27
CAPÍTULO II - INTERVENÇÃO EUROPEIA NA REGULAMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA	31
1. UM DIREITO EUROPEU DA FAMÍLIA	31
2. OS DIREITOS DA CRIANÇA NOS INSTRUMENTOS DE CARÁTER COMUNITÁRIO	32
3. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NO ESPAÇO EUROPEU.....	38
3.1. EM MATÉRIA CIVIL	38
3.2. EM MATÉRIA DE DIREITO DA FAMÍLIA	46
CAPÍTULO III - O REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 E AS REGRAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL	53
1. ANTECEDENTES.....	53

2.	ÂMBITO DE APLICAÇÃO.....	55
3.	DISPOSIÇÕES RELATIVAS À COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL	57
3.1	A RESIDÊNCIA HABITUAL DA CRIANÇA	58
3.2	EXCEÇÕES À REGRA GERAL DO ARTIGO 8.º	63
3.2.1	Prolongamento da competência em matéria de direito de visita	63
3.2.2	Extensão da competência aos tribunais competentes para decidir o pedido de divórcio ou aos que apresentem uma ligação particular com a criança.....	66
3.2.3	Competência baseada na presença física da criança.....	70
3.2.4	Transferência da competência para o tribunal melhor colocado para apreciar a ação	70
4.	A PREVISÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	74
5.	COLOCAÇÃO DA CRIANÇA NOUTRO ESTADO-MEMBRO	77
CAPÍTULO IV – REFLEXOS DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS		
1.	O RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO ESPAÇO EUROPEU	81
1.1	ARTICULAÇÃO COM A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980.....	81
1.2	REGRAS DE COMPETÊNCIA EM CASO DE RAPTO DA CRIANÇA.....	85
1.3	O REGRESSO DA CRIANÇA AO ESTADO DA RESIDÊNCIA HABITUAL... 88	
1.3.1	Fundamentos da recusa do regresso	91
1.3.2	Primazia da decisão de regresso proferida pelo tribunal do estado da residência habitual	97
1.3.3	A audição da criança no contexto do rapto internacional.....	99
CAPÍTULO V - RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS DECISÕES EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL		
1.	RECONHECIMENTO DE DECISÕES	103
2.	EXECUÇÃO DE DECISÕES	106
2.1	REGIME DA EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA DE DIREITO DE VISITA E DECISÕES QUE EXIGEM O REGRESSO DA CRIANÇA.....	108
2.1.1	Decisões em matéria de direito de visita	109
2.1.2	Decisões que ordenem o regresso imediato da criança	110

3. AS SOLUÇÕES APRESENTADAS NA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DE 2016
114

CONCLUSÃO..... 117

LISTA BIBLIOGRÁFICA 123

LISTA JURISPRUDENCIAL..... 132

MODO DE CITAR

As obras citadas no decurso da presente dissertação são referidas pelo apelido do autor, nome do autor, título, número da edição ou reimpressão (se aplicável), volume (se aplicável), local (se aplicável), editora, ano e página. Os artigos e capítulos de livros são referidos pelo apelido do autor, nome do autor, título do artigo, título do livro, nome do organizador (se aplicável), número de edição, volume, editora, ano e página citada. Os artigos de revistas são referidos pelo apelido do autor, nome do autor, nome do artigo, nome da revista, número, ano, primeira e última página.

Quando não seja a primeira vez que se cite uma obra, será referido o apelido do autor, seguido do nome, nome da obra, seguido de “*ob cit.*”. Citando-se o mesmo autor e a mesma obra consecutivamente, nas notas de rodapé, usar-se-á o termo “*ibidem*”. Caso a página da obra seja a mesma, usar-se-á o termo “*idem*”. Quando se citar integralmente ao autor usar-se-á o sinal de aspas, fazendo menção à página que corresponde à citação.

As citações de decisões jurisprudenciais são referidas pela identificação do tribunal, nome das partes (se aplicável), número do processo e data.

As citações de sites da internet serão referenciadas pelo nome do autor, nome da obra, data de consulta e endereço.

Na lista bibliográfica, as obras são referidas pelo apelido do autor, nome do autor, título, número da edição ou reimpressão (se aplicável), volume (se aplicável), editora e ano. Os artigos de manuais ou revistas são referidos pelo nome do autor, título do artigo, nome do organizador (se aplicável), número de edição (se aplicável), volume (se aplicável), editora, ano e páginas. A disposição das obras do mesmo autor é feita por ordem cronológica.

A recolha bibliografia deu-se por terminada em maio de 2017. Já a recolha da jurisprudência deu-se por terminada em outubro de 2017.

RESUMO

Fruto de vários fatores associados à globalização assistimos, ao longo dos últimos anos, à proliferação de relações jurídicas plurilocalizadas e conseqüentemente dos litígios advindos da rutura dessas relações. No contexto europeu, essa realidade sentiu-se de forma mais acentuada em virtude da progressiva construção de um espaço sem fronteiras jurídicas, impondo-se mecanismos de cooperação judiciária capazes de regular litígios.

É neste contexto de cooperação, mais concretamente no domínio do direito da família, que é adotado o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, revelando-se um instrumento incontornável no que se refere a questões de responsabilidade parental de índole supranacional.

O objeto da presente dissertação centra-se na análise das disposições relativas à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de responsabilidade parental, e ao rapto internacional, presentes no referido instrumento. Procurar-se-á aferir em que medida é que se compatibilizam com o superior interesse da criança, enquanto princípio jurídico, tal como plasmado no artigo 3.º da Convenção dos Direitos da Criança e no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Neste contexto, ter-se-á presente que o princípio do superior interesse da criança assume-se como critério orientador no que respeita à regulamentação de todas as questões atinentes à criança, resultando da sua consagração a imposição de obrigações aos Estados Contratantes no sentido de dar concretização ao referido princípio.

ABSTRACT

As a result of several factors associated with globalization, we have witnessed, over recent years, the proliferation of plurilocalized legal relations and consequently the litigation arising from the rupture of these relations. In the European context, this reality has become more pronounced as a result of the progressive construction of an area without legal frontiers, imposing judicial cooperation mechanisms capable of regulating disputes.

It is within this context of cooperation, in particular in the field of family law, Council Regulation (EC) n.º 2201/2003, of 27 November 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, proving to be an essential instrument in matters of supranational parental responsibility.

The purpose of this dissertation is to analyze the provisions on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments on parental responsibility, and international abduction, contained in that instrument. An attempt will be made to assess the extent to which they are compatible with the best interests of the child as a legal principle as set out in article 3.º of the Convention on the Rights of the Child and article 24.º of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In this context, it will be remembered that the principle of the best interest of the child is the guiding criterion for the regulation of all matters concerning children, resulting from their consecration to impose obligations on the Contracting States to this principle.

LISTA DE ABREVIATURAS

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Conferir

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

n.º – Número

OIT – Organização Internacional do Trabalho

p. – Página

pp. – Páginas

ss. – Seguintes

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

1. OBJETO DE ESTUDO

No decurso da presente dissertação propomo-nos a levar a cabo uma análise de determinadas questões tendentes à regulamentação das responsabilidades parentais pela União Europeia, tal como refletida no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000. Para tal, analisar-se-ão as disposições contidas no Regulamento, procurando aferir em que medida é que, neste contexto, se asseguram à criança garantias processuais que garantam a proteção do seu superior interesse.

Importa iniciar por notar que fenómenos como a expansão do comércio internacional e o desenvolvimento dos meios de comunicação conduziram à crescente necessidade de circulação além-fronteiras, quer se tratasse de pessoas, bens ou serviços. Os fenómenos migratórios que daqui derivaram acabaram por conduzir a transformações nas dinâmicas sociais e familiares. E no que em especial releva para o presente trabalho, as relações familiares transformaram-se. A conceção clássica da família constituída por um homem e uma mulher, unidos pelo matrimónio e que coabitam com os respetivos filhos comuns esmorece, dando lugar a diferentes dinâmicas, quer no que respeita à relação dos progenitores entre si, quer no que respeita à relação entre pai-filho, quer ainda no que respeita à convivência entre os seus membros. Assistiu-se ao aumento de casamentos e uniões entre cidadãos de diferentes Estados. Por exemplo, proliferam as situações em que os membros da família residem em diferentes Estados-membros, podendo o pai residir em Espanha e a mãe em Portugal, juntamente com os filhos de ambos, entre tantas outras circunstâncias aqui enquadráveis. Ora, estas novas dinâmicas familiares exigem que o direito se adapte, regulamentando-as.

A par da proliferação das relações jurídicas familiares plurilocalizadas surgem também os litígios familiares plurilocalizados. A questão no espaço comunitário assume especial relevância no contexto da progressiva concretização de uma Europa sem fronteiras físicas, jurídicas e económicas. Nesta construção, esforços legislativos têm

sido tomados pelo legislador comunitário no intento de facilitar o reconhecimento destas relações nos diferentes Estados,¹ garantindo que aos mesmos litígios é dada uma solução jurídica idêntica, em qualquer do Estado-Membro que lhe seja conexo.² Neste intento, procurara-se que as divergências entre os direitos internos de cada Estado-Membro não constituam um entrave no acesso à justiça pelos cidadãos. E ainda que à criação da União Europeia estivessem subjacentes objetivos puramente económicos, assiste-se à sua progressiva construção enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça,³ construção que se alicerçara na instituição de um sistema de cooperação judiciária. Emergiria a necessidade de harmonização e unificação dos diversos sistemas legislativos nacionais dos Estados-membros, para a qual a atribuição de competência legislativa à União Europeia se revelou determinante. O papel do direito comunitário mostrara-se decisivo neste contexto, tendo em conta que enquanto complexo de normas reguladoras da vida jurídica, disciplinará as relações que se incluem na sua esfera de competência.⁴ No atual quadro de integração da União Europeia acaba por significar um progressivo afastamento das normas de direito nacional.⁵

No domínio do direito da família vem-se afirmando que não são já conhecidas fronteiras.⁶ Também aqui se tem vindo a caminhar para a unificação,⁷ o que conduziu ao surgimento de um direito da família europeu.⁸ Apesar das diferenças, por vezes profundas, dos institutos jurídicos familiares de cada Estado, têm-se vindo a adotar, de forma progressiva, soluções normativas semelhantes, revelando as instituições

¹ RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 62.

² Acerca da questão da importância da harmonia jurídica internacional nas relações plurilocalizadas, veja-se GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 127 e ss.

³ A edificação do espaço comunitário enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça surge com o Tratado de Amesterdão, em 1997. Esta questão será desenvolvida no ponto 3. do capítulo II.

⁴ Para uma análise acerca da noção e da função do direito comunitário, bem como para a questão da sua demarcação relativamente ao direito internacional privado *vide* RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, *ob. cit.*, pp. 11 e ss.

⁵ Neste quadro, note-se que já se ultrapassou a fase inicial de harmonização, assistindo-se atualmente a esforços no sentido de uniformização. Neste sentido, GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado: a mudança de paradigma*, *ob. cit.*, p. 106.

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito da Família sem fronteiras”, *in* Direito Internacional da Família - Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, p. 50.

⁷ RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, *ob. cit.*, p. 60.

⁸ Neste sentido, SCHERPE, Jens M., *European Family Law, Volume IV - The Presente and Future of European Family Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 1-2.

europeias um papel decisivo neste contexto.⁹ Neste domínio, as tendências internacionais determinaram profundas alterações na regulamentação das relações entre adultos e crianças, esmorecendo a concepção de direitos do adulto sobre a criança, substituída pela ideia de responsabilidades sobre a criança.¹⁰ E no que em particular concerne à criança, tem sido crescente a preocupação internacional com sua a pessoa enquanto ser dotado de direitos.

Neste contexto, revela primordial importância o princípio do superior interesse da criança que se assume como o critério que orienta as relações da criança, quer na vertente familiar, social ou estadual, estando subjacente a todas as decisões que envolvam a sua pessoa.¹¹ A consagração do interesse da criança enquanto princípio jurídico deu-se com a adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. No seu artigo 3.º determina-se que todas as decisões que respeitem à criança deverão ter em conta o seu superior interesse enquanto consideração primordial, quer sejam adotadas por instituições públicas ou privadas¹², por tribunais, por autoridades administrativas ou por órgãos legislativos. A análise da salvaguarda do reflexo destas previsões na regulamentação das responsabilidades pela União Europeia não poderá ser dissociada das normas relativas à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de responsabilidade parental, previstas no Regulamento (CE) n.º 2201/2003.

Importará aferir se das normas consagradas pelo Regulamento relativas quer à determinação da competência, quer ao reconhecimento e execução de decisões em matéria de responsabilidade parental, resulta a uniformidade com as exigências contidas na Convenção sobre os Direitos da Criança, nomeadamente no que concerne às garantias processuais destinadas a assegurar o primordial interesse da criança no âmbito de processos que lhe respeitem.

⁹ Para um estudo aprofundado do impacto das instituições europeias no direito da família europeu vide SCHERPE, Jens M., *European Family Law, Volume I - The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016.

¹⁰ Neste sentido, SCHERPE, Jens M., *European Family Law, Volume IV - The Present and Future of European Family Law*, *ob. cit.*, p. 82.

¹¹ Neste sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 49.

¹² Estes conceitos devem ser interpretados por forma a abranger todas as instituições cujas ações influenciem de alguma forma a pessoa da criança.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

No decurso da presente dissertação, iniciar-se-á por abordar o estatuto da criança no plano transnacional, procurando perceber a evolução da conceção da criança enquanto tal e a respetiva regulamentação que acompanhou essa transformação. Para tal, incidir-se-á numa perspetiva histórica da posição da criança no seio da família. De seguida levar-se-á a cabo uma análise do progressivo movimento de internacionalização do direito das crianças, elencando e distinguindo diversos instrumentos de carácter internacional, ao passo que se avaliará o papel da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Num momento seguinte, já no âmbito do capítulo II, levar-se-á a cabo um estudo acerca da intervenção europeia na regulamentação do estatuto da criança, começando por se analisar a progressiva formação de um direito europeu da família. Seguir-se-á, uma análise ainda que sucinta do sistema de cooperação judiciária instituído na União Europeia, no âmbito da qual se inclui o Regulamento.

Já no capítulo III, delimitar-se-á o âmbito de aplicação do Regulamento, para de seguida proceder à análise das soluções acolhidas em matéria de determinação de competência internacional em matéria de responsabilidade parental. De acordo com os seus considerandos, estas regras são delimitadas em função do superior interesse da criança, especialmente, do critério da proximidade.¹³ Neste contexto, importará, portanto, avaliar o relevo da atribuição de competência ao tribunal do Estado da residência habitual da criança que, de resto, o Regulamento consagra como regra geral. A par da regra geral, serão analisadas as exceções previstas, procurando-se aferir qual o fundamento que lhes subjaz.

De seguida, analisar-se-ão as normas de relativas ao rapto internacional de crianças no espaço europeu. Ora, como adiante se analisará o rapto internacional tem-se assumido como um problema que impõe aos Estados uma obrigação de proteção do bem jurídico *família* e de salvaguarda do superior interesse da criança.¹⁴ Neste contexto,

¹³ Assente na premissa de que o tribunal da residência habitual será, à partida, o melhor posicionado para conhecer das questões relativas à criança, em virtude de ser o próximo desta. AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Sellier, 2012, p. 111.

¹⁴ RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução” in *Direito Internacional da Família - Tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, p. 143.

cabará ainda a análise da articulação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 com a Convenção da Haia de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças. Neste âmbito, importará concretizar a definição de deslocação e retenção ilícitas, à luz da letra dos preceitos e de exemplos práticos provenientes de decisões jurisprudenciais. Ademais, abordar-se-ão questões como as regras de competência em caso de rapto, o mecanismo previsto pelo Regulamento no que toca ao regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual, e ainda o papel da audição da criança a nível processual.

Por fim, será exposto o regime de reconhecimento e execução das decisões em matéria de responsabilidade parental previsto no Regulamento. Tal como se verá ao longo do presente trabalho, a livre circulação de decisões judiciais no espaço europeu impõe-se como um dos propósitos da construção europeia, assumindo um papel fulcral em matéria familiar.

Ao longo da análise das matérias mencionadas, ter-se-á em conta a Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, de 2016.¹⁵ Da análise comparativa, pretendem-se retirar conclusões ao nível do reforço da tutela do interesse da criança.

Do estudo a levar a cabo pretende-se, à final, aferir em que medida as normas contidas no Regulamentos relativas à matéria de responsabilidade parental e os respetivos mecanismos permitem assegurar, na prática, a salvaguarda do interesse superior da criança.

Cabe ainda referir as matérias cuja análise se encontra excluída do estudo que se pretende levar a cabo, desde logo por não integrarem o âmbito de aplicação do Regulamento, importando enunciar as razões de tal exclusão.

Assim, primeiramente, não se analisarão as questões tendentes à adoção internacional, e os instrumentos dela reguladores como sejam a Convenção da Haia de

¹⁵ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, (em linha), COM/2016/411, [consultado a 10-12-2016], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1505151598326&uri=CELEX:52016PC0411>.

relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional¹⁶ ou a Convenção Europeia em matéria de adoção de crianças.¹⁷

Ademais, não serão estudadas normas relativas ao direito de alimentos e questões conexas, vertidas no Regulamento (CE) n.º 4/2009, 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares,¹⁸ ou na Convenção para a cobrança de alimentos no estrangeiro, concluída em Nova Iorque a 20 junho de 1956.

Além disso, não serão abordadas matérias respeitantes ao estabelecimento ou impugnação da filiação; aos nomes e apelidos da criança; à emancipação; e por fim, às medidas adotadas no contexto de infrações penais cometidas pela criança.

De se notar ainda que o objeto do presente estudo versa somente sobre relações jurídicas familiares plurilocalizadas conexas com ordenamentos de Estados-Membros da União Europeia. Assim, excluir-se-ão, de igual forma, os institutos jurídicos familiares tendentes à criança previstos pelo direito nacional. Portanto, não será analisado o regime das responsabilidades parentais do ordenamento jurídico português, tal como previsto pelo Código Civil;¹⁹ o regime jurídico da adoção, regulado pelos artigos 1973.º e ss do Código Civil e pelo Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio;²⁰ a questão das obrigações alimentares devidas a menores, tal como prevista nos artigos 2003.º e ss do Código Civil; matérias relativas ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível;²¹ questões ligadas à Lei Tutelar Educativa;²² e por fim, matérias reguladas pela Lei de proteção de crianças e jovens em perigo.²³

Tendo em conta o exposto, veja-se que a exclusão do estudo das matérias supramencionadas não se prende com uma menor importância das mesmas. Não obstante, tendo em conta a diversidade de questões conexas ao tema objeto do presente estudo não se mostra possível e oportuno abordar cada uma delas de forma aprofundada.

¹⁶ Diário da República, n.º 47, I série-A, de 25 de fevereiro de 2003.

¹⁷ Diário da República, n.º 124, I série, 30 de maio de 1990

¹⁸ Publicado no Jornal Oficial n.º L 7, de 10 de janeiro de 2009.

¹⁹ O regime das responsabilidades parentais no que ao ordenamento jurídico português respeita encontra-se regulamentado nos artigos 1877.º e ss do Código Civil.

²⁰ Diário da República n.º 119/1993, série I-A de 22 de maio de 1993.

²¹ Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

²² Aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro.

²³ Aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro.

CAPÍTULO I - O ESTATUTO DA CRIANÇA NO PLANO TRANSNACIONAL

1. A CRIANÇA NA FAMÍLIA – PERSPETIVA HISTÓRICA

A perceção da infância e da própria criança não se manteve estática ao longo do tempo. Variou consoante as épocas históricas, contextos culturais, sociais e geográficos. No ano de 450 a.C., vigorava a Lei das XII Tábuas, fonte de direito romano. Dela derivava o *patria potestas*, que equivalia ao poder do pai sobre os filhos, assumindo várias dimensões. A sua derivação mais extrema era o *jus vitae necisque*, que se materializava no direito de vida e no direito de morte do pai sobre os seus filhos.²⁴ A dinâmica familiar assentava neste modelo, em que o pai detinha um poder absoluto sobre a família.

Já nos séculos XII e XIII, os canonistas e teólogos, ao conceber modelos da sociedade perfeita, atribuíam a total direção da família ao pai, na senda do *patria potestas*. Mantinha-se a conceção de que a família encarnaria na figura do pai.²⁵ O modelo de vida que regia as sociedades era o vivido no seio do mosteiro e, portanto, todas as outras dimensões sociais se regulavam com base nesse paradigma.²⁶ A família assume-se como instituição divina. Por um lado, serviria de instrumento à Igreja, por outro estaria também ao serviço do Estado, como instrumento de controlo da sociedade em geral. Já a educação dos filhos consubstanciava um dos fins do casamento.²⁷ A criança estaria sujeita à autoridade do pai, que enquanto chefe de família, lhe poderia aplicar diversas sanções, que poderiam consistir na privação de recursos,²⁸ ou na aplicação de castigos corporais ou morais.²⁹ Neste contexto de desconsideração da infância em si, a prática do infanticídio era vulgar, atingindo sobretudo as crianças tidas como filhos ilegítimos, as de sexo feminino e aquelas que sofressem de alguma deformação física.³⁰ Além disto, outros tipos de violência eram perpetuados contra a criança, tratando-se de práticas enraizadas e padronizadas. Exemplo disso era a exploração, o trabalho infantil, a venda da criança como escrava, o seu uso como dádiva para pagamento de dívidas. Ademais, a criança era frequentemente sujeita ao casamento

²⁴ MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 17.

²⁵ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família*, 3.^a Edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016, p. 69.

²⁶ *Ibidem*, p. 81.

²⁷ *Ibidem*, p. 84.

²⁸ *Ibidem*, p. 85.

²⁹ MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 13.

³⁰ *Ibidem*, p. 15-16.

combinado, servindo-se a família disso de modo a obter alianças com determinadas famílias. As crianças eram aqui usadas como “peões de política matrimonial”³¹

Posteriormente, no período que mediou entre os séculos XIV a XVI, com o humanismo renascentista, na Europa, iniciara-se o processo de reconhecimento da consideração da criança como um ser com especificidades em relação aos adultos, evidenciando-se uma percepção humanista da infância.³² Esta especificidade começou por se denotar no surgimento de vestuário específico só para as crianças, no facto de esta começar a ser retratada nas pinturas e na preocupação pela sua educação e escolaridade. É também neste período que surgem os jogos e os brinquedos, como corolário da percepção da criança enquanto ser dotado de especificidades em relação ao adulto. A linha filosófica da época focava também a sua atenção na criança e na infância. Exemplo disso era a ideologia de John Locke³³ que assentava na substituição do poder paternal pelo poder parental, limitando essa autoridade em virtude da igualdade de todos os seres humanos e da liberdade que lhes assiste.³⁴ Semelhantemente, Jean-Jacques Rousseau³⁵ proclamara a necessidade de se deixar amadurecer a infância nas crianças, ao que lhe subjazia a ideia de distinção da infância como fase distinta da idade adulta.

Com a Revolução Francesa³⁶ surgiam os ideais que clamavam pela liberdade e pela valorização do indivíduo. Dá-se a abolição do *patria potestas*, que, porém, acaba por regressar no Código Civil de Napoleão, embora com uma formulação mais ténue.³⁷ Apesar deste contexto de libertação e afirmação de direitos individuais, continuara-se a verificar, no que à família respeitava, uma “imunidade de facto” aquando da violação de direitos dos seus membros.³⁸ Esta imunidade, inerente à figura do pai a quem caberia o poder total, justificara-se sobretudo pelo imperativo de

³¹ *Ibidem*, p. 16.

³² *Ibidem*, p. 20.

³³ Filósofo inglês, 1632-1704.

³⁴ MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez..., ob. cit.*, p. 24.

³⁵ Filósofo suíço, 1712-1778.

³⁶ Entre os anos de 1789 a 1799.

³⁷ MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez..., ob. cit.*, p. 26.

³⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais” *in* Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, n.º 338 – maio/agosto, 2015, p. 250.

manutenção da harmonia familiar, conseguida através da resolução, no seio da família, dos problemas familiares.³⁹

O século XIX representara um período de transição. Porém, a família continuaria dominada pelo chefe de família e, portanto, a criança continuaria sujeita ao poder paternal.⁴⁰ Apesar disso, seria nesta época que se iniciara a progressiva intervenção dos Estados na ótica de proteção da infância, quer fosse através da ingerência nas questões de poder paternal, ou no domínio da regulamentação do trabalho infantil, fenómeno que se agravava com a industrialização.⁴¹ Neste contexto, começara então a denotar-se uma preocupação pela salvaguarda da infância. Começariam a surgir sociedades protetoras da infância, a organizar-se congressos e debates com vista à consagração de direitos específicos da criança.

Já o século XX particularizou-se pela inovação no que concerne ao reconhecimento de direitos à criança. Desde logo, sobressaiu a desvinculação ao modelo de família que assentava na direção total pelo pai. Consequentemente, dá-se a libertação da mulher e da criança deste poder paternal. Nos anos sessenta do século XX, a criança emergia já como independente do poder absoluto, desde tenra idade. O contexto social, em muito marcado pelo acesso da mulher ao mercado de trabalho, configurou uma circunstância favorecedora desta progressiva libertação.⁴²

2. MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS

2.1. INSTRUMENTOS DE CARÁTER INTERNACIONAL

Terminada a I Guerra Mundial, e após a criação da Sociedade das Nações, surgem várias organizações de carácter não-governamental, atendendo aos movimentos que clamavam pela necessidade de proteção da infância. Neste contexto, Eglantyne Jebb, cidadã britânica, fundou em 1914 o “Save the Children Fund International Union”, e, reivindicando direitos para a criança universalmente reconhecidos⁴³, redigiu a

³⁹ *Ibidem*, p. 251.

⁴⁰ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família*, *ob. cit.*, p. 86.

⁴¹ MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 27.

⁴² CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família*, *ob. cit.*, p. 86.

⁴³ Save the Children, *The Woman Who Saved the Children*, (em linha), [consultado a 10-04-2017], disponível

“Declaração dos Direitos da Criança”⁴⁴. A Declaração, comumente denominada por Declaração de Genebra, tornou-se no primeiro instrumento jurídico de caráter internacional a fazer menção aos direitos da criança.⁴⁵ A Declaração de Genebra assentara em cinco princípios, dos quais resulta a conceção de criança como um ser carecedor de proteção e de assistência. Essa proteção devia ser conferida a todas as crianças, independentemente da sua raça, nacionalidade ou crença.

Posteriormente, já terminada a II Guerra Mundial, é adotada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁴⁶ A Declaração não olvidou a proteção da infância, sendo no seu preâmbulo proclamada a dignidade inerente a todos os membros da família humana, aqui se incluindo a criança. No seu artigo 25.º, n.º 2, a Declaração prevê que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam de igual proteção social. Ainda em referência à criança, no seu artigo 26.º, n.º 3, estatui-se que é aos pais que pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos. A Declaração assume-se, desta forma, como o primeiro instrumento internacional a prever direitos civis, políticos, e bem assim económicos, sociais e culturais de que a criança é titular.⁴⁷

Desta forma, na primeira metade do século XX, a criança era encarada como um ser frágil e carente de uma proteção especial por parte dos adultos. Essa proteção estaria plasmada nestas Declarações que, não obstante, não revestiam caráter vinculativo.⁴⁸

Mais tarde, em 1959, e continuando numa linha de proteção da criança, é adotada a Declaração dos Direitos da Criança,⁴⁹ pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Logo no artigo 2.º, a Declaração prevê que à criança deve ser assegurada uma proteção especial com vista ao seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual

http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6354847/k.2DD5/The_Woman_Who_Saved_the_Children.htm

⁴⁴ Adotada pela Assembleia da Sociedade das Nações, em 26-09-1924.

⁴⁵ ALBUQUERQUE, Catarina, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 83/84, 2000, p. 27.

⁴⁶ Aprovada pela Resolução 217-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10-12-1948.

⁴⁷ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, 2.ª Edição Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 14.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁹ Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20-11-1959.

e social. O Estado, como destinatário⁵⁰ do aqui previsto, ao promulgar leis com este fim, atenderia àquele que é o interesse superior da criança. Já no seu artigo 7.º, a Declaração viria a prever que o superior interesse da criança deveria ser tido como princípio orientador de quem tem a responsabilidade pela educação e orientação da criança, tornando aqui como destinatários os pais ou detentores das responsabilidades parentais.⁵¹ A Declaração acaba por representar um ligeiro desvio à conceção da criança como ser carente de proteção especial, que se vinha refletindo nos instrumentos anteriores,⁵² vindo consagrar “verdadeiros direitos civis da criança”,⁵³ como o direito ao nome e o direito à nacionalidade, previstos no artigo 3.º.

Mais tarde, em 1979, é adotada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres,⁵⁴. A Convenção, apesar ter como foco a consagração de direitos das mulheres, vem ainda assim prever, no seu artigo 5.º, que o superior interesse da criança seria consideração primordial no que toca à educação familiar. Ainda no artigo 16.º, n.º1, d), ao impor aos Estados Contraentes o dever de tomar medidas que assegurassem a igualdade entre homens e mulheres no que às responsabilidades parentais concerne, a Convenção manda também atender ao superior interesse da criança, enquanto consideração primordial.

Mais tarde, em 1986, seria adotada a Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças,⁵⁵ com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional. Proclamando a necessidade da consagração de princípios universais relativamente ao bem-estar da criança e da família, adoção ou colocação em lar de guarda, a Declaração, quer no seu artigo 5.º. quer no 9.º, manda atender ao interesse da criança, como consideração fundamental.

Pese embora já neste período vários instrumentos de carácter internacional consagrassem direitos específicos relativos à criança, clamava-se pela consagração de

⁵⁰ BRÍZIDO, Anabela Paula, O superior interesse da criança na Convenção sobre os Direitos das Crianças – Algumas reflexões, *in JusJornal*, (em linha), n.º 1501, 10 de julho de 2012, p. 9, [consultado a 13-04-2017], disponível em disponível em <http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content/DocumentView.aspx?>.

⁵¹ *Idem*.

⁵² ALBUQUERQUE, Catarina, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *ob. cit.*, p. 29.

⁵³ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, *ob. cit.*, p. 14.

⁵⁴ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução n.º 34/180, a 18-12-1979.

⁵⁵ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n.º 41/85, a 03-12-1986.

um instrumento vinculativo para os Estados.⁵⁶ Fatores como a alta mortalidade infantil, fracas condições de saúde, sistemas de educação básica deficitários, ou até relatos de situações de crianças presas, refugiadas, ou vítimas de prostituição e exploração infantil pesaram nesta necessidade.⁵⁷

Neste contexto, a 20 de novembro de 1989, é adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos das Crianças.⁵⁸ Os trabalhos iniciaram em 1979⁵⁹ na sequência de um projeto apresentado pelo Governo da Polónia. A Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos logrou pela criação de um grupo de trabalho encarregue da elaboração do texto da Convenção, cujo processo de redação se prolongou por uma década, posto que chegar a um consenso em temas particularmente sensíveis, que envolviam considerações sociais e culturais distintas entre si, tornava-se uma tarefa morosa.⁶⁰ A Convenção surge como um marco no que respeita à consolidação dos direitos da criança, assumindo-se como o primeiro instrumento jurídico vinculativo na matéria,⁶¹ instigando os Estados a reconhecer a importância destes direitos.⁶² A Convenção reconhece à criança, pela primeira vez, “espaços de autodeterminação e direitos de participação”⁶³ no âmbito das relações familiares e, firmando uma nova conceção da criança, reconhece-a como sujeito e direitos.⁶⁴

Do texto final da Convenção resulta um total de 54 artigos, que têm por base quatro princípios gerais.⁶⁵ Primeiramente, logo no seu artigo 2.º é enunciado o princípio da não discriminação,⁶⁶ de acordo com o qual os Estados contraentes ficariam

⁵⁶ UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child*, (em linha), [consultado a 20-04-2017], disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10rev.1en.pdf>.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Através da Resolução n.º 44/25.

⁵⁹ O processo iniciou-se no âmbito dos preparativos para a comemoração do Ano Internacional da Criança, de 1979.

⁶⁰ Unicef, *The State of the World's Children - Special Edition - Celebrating 20 Years of the Convention on the Rights of the Child*, (em linha), [consultado a 30-03-2017], disponível em https://www.unicef.org/rightsite/sowc/pdfs/SOWC_Spec%20Ed_CRC_Main%20Report_EN_090409.pdf

⁶¹ ALBUQUERQUE, Catarina, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *ob. cit.*, p. 33.

⁶² STANDLEY, Kate, *Family Law*, 7th Edition, London, Palgrave Macmillan, 2010, p. 216

⁶³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, *ob. cit.*, p. 27.

⁶⁴ PAIS, Marta Santos, “Child Participation”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 81/82, 2000, p. 93.

⁶⁵ UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child*, *ob. cit.*.

⁶⁶ *Idem*.

vinculados no dever de garantir os direitos aqui enunciados a todas as crianças sob a sua jurisdição, independentemente da sua raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política, origem nacional, étnica ou social, condição económica, deficiência física, nascimento, ou qualquer outra circunstância relativa à criança, aos seus pais, ou representantes legais.⁶⁷

O segundo dos quatro princípios seria o princípio do superior interesse da criança, consagrado no artigo 3.º da Convenção. Aqui se prevê que todas as ações relativas à criança devem ter plenamente em conta aquele que é o seu interesse superior. As ações aqui referidas respeitam a decisões emanadas pelas autoridades do Estado que afetem a criança, quer sejam tribunais, autoridades administrativas, órgãos legislativos ou instituições públicas ou privadas.⁶⁸ Uma análise mais detalhada acerca do princípio do superior interesse da criança será levada a cabo adiante.

Segue-se o terceiro princípio, assente na consagração do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento da criança, expressos no artigo 6.º da Convenção. O termo “desenvolvimento” deverá ser interpretado no sentido de aqui se incluir a saúde física, e bem assim o desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural da criança.⁶⁹

Por fim, a Convenção veio dar consagração ao direito de audição da criança, princípio plasmado no seu artigo 12.º. Neste sentido, os Estados ficariam vinculados a assegurar à criança o direito de esta exprimir livremente a sua opinião acerca dos assuntos que lhe digam respeito, no âmbito de qualquer processo judicial ou administrativo. O direito de audição da criança será analisado de forma mais detalhada ao longo do presente trabalho.

À parte destes quatro pilares fundamentais, a Convenção consagrou um conjunto de direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais da criança, que acabam por se subdividir em três categorias: direitos de provisão, de proteção, e de participação.⁷⁰ Os direitos de provisão, seriam os respeitantes à “saúde, educação, segurança social,

⁶⁷ Artigo 2.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

⁶⁸ Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child, *ob. cit.*

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Neste sentido SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças, ob. cit.*, p. 53. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, A criança e a família – uma questão de direito(s), *ob. cit.*, p. 17.

cuidados físicos, vida familiar, recreio e cultura”. Já os direitos de proteção visavam essencialmente a proteção da criança contra a discriminação, contra abusos físicos e sexuais, contra “o abandono, negligência, a exploração, o tratamento cruel, desumano ou degradante e em caso de conflitos armado”⁷¹. Por fim, os direitos de participação da criança, como corolário dos seus direitos civis e políticos, onde se incluíam o direito ao nome e à identidade, o direito de audição, o direito ao acesso à informação e, por fim, o direito à sua liberdade de expressão e de opinião.⁷²

A Convenção revelou-se, no panorama internacional, como um pilar fundamental “de garantia mínima dos direitos dos direitos dos menores – desde logo direitos à família e na família.”⁷³ É à sua luz que serão compreendidos outros instrumentos de cariz regional em matéria de proteção da criança, o que a torna, até aos dias de hoje, num inestimável fator de unidade no domínio dos direitos da criança.⁷⁴ A Convenção teve o mérito de vincular os Estados nela participantes à concretização dos direitos que consagra, tornando-os juridicamente responsáveis pelas ações que tomem relativamente às crianças. Teve ainda o mérito de despertar a consciência internacional para a importância da regulação das questões relativas à infância, enquadrando-as no panorama dos direitos humanos.⁷⁵

Para além da Convenção, e no intento de concretizar as suas disposições, foram adotados protocolos adicionais pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O primeiro, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis,⁷⁶ visava o alargamento de medidas a tomar pelos Estados para assegurar a proteção da criança contra a venda, prostituição e pornografia. Já o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados,⁷⁷ destinava-se a assegurar a proteção das crianças envolvidas em conflitos armados, quer se tratasse do seu

⁷¹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, ob. cit., p. 17.

⁷² *Idem*.

⁷³ SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, ano 2, n.º 4, p. 44.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁷⁵ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, ob. cit., p. 15.

⁷⁶ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003, de 05-03-2003.

⁷⁷ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/2003, de 28-03-2003.

recrutamento ou de ataques à sua pessoa, procurando implementar atividades de reabilitação e reintegração das crianças vítimas neste contexto. Mais tarde, em 2011, é adotado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação,⁷⁸ com vista ao reforço dos mecanismos quer nacionais quer regionais que permitem apresentação de queixas por parte da criança em caso de violação dos seus direitos. O Protocolo vincula os Estados a implementarem mecanismos nacionais eficazes que facultem à criança o acesso a vias de recurso internas, atribuindo ao Comité dos Direitos da Criança funções específicas neste domínio. Entendia-se que através do enfoque dado às comunicações individuais se estaria a fomentar o fortalecimento dos mecanismos de proteção e, conseqüentemente, o acesso a estes.⁷⁹

Para além de todos os instrumentos supramencionados, serão ainda de referir outros que, apesar de não revestirem caráter vinculativo, se destacaram em matéria de proteção da infância e juventude. Em 1985, surgem as Regras de Beijing⁸⁰ no intento de promover o bem-estar da criança e do adolescente, através da adoção de recomendações que os Estados deveriam prosseguir.⁸¹ Mais tarde, já em 1990 surgem as Diretrizes ou Princípios Orientadores de Riade,⁸² focalizando a necessidade de proteção de crianças e jovens em situações de abandono, negligência, maus tratos ou exploração. Por fim, também em 1990, são adotadas as Regras de Tóquio para a Proteção de Menores Privados de Liberdade,⁸³ que visariam estabelecer princípios mínimos, aceitáveis e uniformes⁸⁴ para a proteção dos direitos das crianças privadas de liberdade. De acordo com estas regras, a privação de liberdade dos menores constituiria uma situação bastante excepcional.

⁷⁸ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013, de 09-09-2013.

⁷⁹ CORTADO, Rosa Riquelme, “Entrada em vigor de los Protocolos Facultativos del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI/2, 2014, p. 44.

⁸⁰ Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n.º 40/33, de 29-11-1995.

⁸¹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, ob. cit., p. 21.

⁸² Diretrizes das Nações Unidas sobre a Prevenção da Delinquência Juvenil, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n.º 45/112, de 14-12-1990.

⁸³ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n.º 45/113, de 14-12-1990.

⁸⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, ob. cit., p. 23.

Destacam-se também a Convenção n.º 138 da OIT, sobre a idade mínima de admissão ao emprego⁸⁵ e a Convenção n.º 182 da OIT, relativa à interdição das piores formas de trabalho das crianças e à ação imediata com vista à sua eliminação,⁸⁶ que, de resto, surgem na senda de progressiva consideração da criança enquanto tal, tendo em conta os seus direitos específicos que vinham sendo consagrados nos instrumentos precedentes.

2.2 O PAPEL DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Numa lógica de cooperação internacional entre os Estados surge a Conferência da Haia do Direito Internacional Privado. Foi instituída enquanto organização intergovernamental, seguindo o propósito de unificação progressiva das normas de direito internacional privado.⁸⁷ Nesta senda, não foi olvidada a proteção da criança, tendo sido levados a cabo trabalhos com vista à regulamentação de matérias atinentes à criança no âmbito de processos que lhe respeitassem. A atuação da Conferência iniciou em 1893, sendo que atualmente conta com 150 países participantes nos seus trabalhos e 83 membros.⁸⁸

Assim, em 1902, foi adotada a Convenção para Regular a Tutela dos Menores.⁸⁹ A Convenção aplicar-se-ia à regulação da tutela de menores súbditos ou nacionais de um dos Estados contratantes. A Convenção entrou em vigor a 1 de maio de 1907, sendo aplicável apenas nas relações entre Portugal, a Bélgica e a Roménia. A Convenção estipularia que a lei nacional seria a competente para a regulação de matérias de tutela, abrangendo a pessoa e os bens da criança.⁹⁰ À lei do Estado da residência habitual ou à do Estado onde se encontrava a criança a Convenção reservava

⁸⁵ Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, a 26-06-1973, tendo entrado em vigor na ordem jurídica internacional a 19-06-1976.

⁸⁶ Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, a 17-06-1999, tendo entrado em vigor na ordem jurídica internacional a 19-11-2000.

⁸⁷ De acordo com o artigo 1.º do Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado durante a Sétima Sessão da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, a 31-10-1951.

⁸⁸ A primeira reunião da Conferência data deste ano. No entanto, apenas em 1955, com a entrada em vigor do seu estatuto, é que se tornaria uma organização intergovernamental.

⁸⁹ Diário do Governo n.º 62, de 18-03-1907.

⁹⁰ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *in* Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 103.

apenas competência para o decretamento de medidas de urgência e para firmar mecanismos de cooperação entre autoridades dos Estados contratantes.⁹¹ Portanto, a Convenção daria prevalência à lei nacional, conferindo pouca aplicabilidade à lei da residência habitual da criança, a qual teria um papel meramente subsidiário.⁹² As diferentes realidades que ao longo dos anos se iam alterando, como seria o exemplo do aumento da circulação de pessoas, levaram a que este sistema de prevalência da lei nacional conduzisse à desarmonia da Convenção,⁹³ surgindo então a necessidade de adotar um novo instrumento mais ajustado às novas necessidades de salvaguarda dos interesses da criança.

Mais tarde, é então adotada a Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, concluída a 5 de outubro de 1961.⁹⁴ A Convenção vem substituir a Convenção de 1902, já desajustada às novas realidades. A nova Convenção aplicar-se-ia à competência das autoridades e lei aplicável em matéria de proteção de menores, abrangendo os menores cuja residência habitual fosse um dos Estados contratantes, de acordo com o artigo 13.º. Para efeitos de aplicação da Convenção, o artigo 12.º previa que se entenderia por menor aquele que tenha essa qualidade, quer de acordo com a lei do Estado do qual é nacional, quer de acordo com a lei do Estado da sua residência habitual. A Convenção entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 4 de fevereiro de 1969, seguindo o propósito de favorecer a proteção da criança e dos seus bens.⁹⁵ Com o propósito de se demarcar do sistema adotado na Convenção de 1902, que assentava na primazia da competência das autoridades do Estado do qual a criança era nacional,⁹⁶ a Convenção, logo no seu artigo 1.º, vem eleger a da residência habitual da criança como critério atributivo de competência. Seriam, portanto, em princípio, as autoridades do seu Estado de residência as competentes para decretar medidas de proteção relativas à sua pessoa ou aos seus bens. Porém, nos termos do seu artigo 4.º, ressaltar-se-iam as situações em que, caso o interesse da criança o justificasse, as autoridades do Estado do qual esta fosse nacional poderiam decretar medidas com vista à proteção da sua pessoa ou dos seus bens, assim

⁹¹ *Ibidem*, p.104.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/494, de 22 de julho de 1968.

⁹⁵ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 1, 2004, p. 55.

⁹⁶ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 104.

que tivessem informado sobre isso as autoridades do Estado da residência habitual. Não obstante, de acordo com os artigos 8.º e 9.º, as autoridades do Estado da residência habitual da criança poderiam decretar medidas caso se verificasse um perigo sério para a pessoa ou bens desta, ou bem assim em casos de urgência. Desta forma, mesmo prevendo-se a possibilidade das autoridades do Estado que a criança é nacional decretarem medidas, não se afasta a competência das autoridades do Estado de residência habitual.^{97 98} No seu artigo 2.º, determinar-se-ia que as medidas a decretar seriam as previstas na lei interna. Portanto, a Convenção manteve o “princípio da coincidência *fórum-ius*”,⁹⁹ de acordo com o qual a autoridade competente de cada Estado aplicaria a sua própria lei interna.

Em matéria de reconhecimento e execução de medidas, previa-se, no artigo 7.º, que as medidas tomadas pelas autoridades de um Estado seriam reconhecidas em todos os outros Estados contratantes. Num intento de cooperação, a Convenção veio determinar, no seu artigo 10.º, a troca de informação entre autoridades que permitisse assegurar, na medida do possível, o regime ora aplicável a determinada criança, de resto, tal como já previa a Convenção de 1902. Desta forma, permitia-se uma certa estabilidade no que toca ao regime de medidas aplicadas à criança ou aos seus bens. Ademais, a Convenção viria agora a regulamentar esta cooperação entre autoridades no que toca à execução e à troca de informação relativamente às medidas decretadas, nos termos do artigo 6.º e 11.º, respetivamente.¹⁰⁰ Visava, portanto, estabelecer um sistema de cooperação entre as autoridades dos diferentes Estados contratantes.¹⁰¹

A aplicação das disposições previstas na Convenção originou alguns embaraços, especialmente no que concerne à harmonia entre a lei da residência habitual da criança e a lei da sua nacionalidade.¹⁰² Isto porquanto as autoridades competentes, no momento de aplicar medidas de proteção, deparavam-se com a incompatibilidade destas medidas

⁹⁷ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, *ob. cit.*, p. 56.

⁹⁸ Não obstante a Convenção dar prevalência à residência habitual da criança, veio-se-lhe a apontar que se trataria de uma previsão meramente formal, uma vez que na prática sempre viria a prevalecer o critério da nacionalidade do menor. Neste sentido, CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 12.ª Edição, Granada, 2011, p. 368.

⁹⁹ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 105.

¹⁰⁰ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 106.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, *ob. cit.*, p. 57.

¹⁰² RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 106.

com os regimes jurídicos que vigoravam e “cujo reconhecimento o artigo 3.º impunha”.¹⁰³ Para além disso, apontou-se como falha o facto de a Convenção não prever qualquer solução para os casos em que a criança fosse nacional de mais de um Estado, portanto, dupla nacionalidade.¹⁰⁴ Neste sentido, e por forma a ultrapassar este entrave, foram adotados instrumentos bilaterais entre Estados “mais abertos ao reconhecimento da plurinacionalidade”.¹⁰⁵ Exemplo disso foi a Convenção franco-portuguesa sobre a cooperação judiciária relativa à proteção dos menores.¹⁰⁶

Posteriormente, verificou-se, em virtude de uma facilitada circulação de pessoas, um incremento das deslocações entre os vários países, o que se refletiu também nos movimentos migratórios. De resto, verificou-se uma multiplicação de casos de deslocação ilícita de crianças, emergindo a necessidade de criar mecanismos que permitissem o restabelecimento da guarda “arbitrariamente interrompida.”¹⁰⁷ Assim, e com o propósito de acautelar o superior interesse da criança no que toca às decisões respeitantes à sua guarda,¹⁰⁸ foi adotada, em 1980, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças.¹⁰⁹ A Convenção aplicar-se-ia aos casos em que a criança era ilicitamente deslocada para outro Estado que não o da sua residência habitual. Esta deslocação importaria uma violação do direito de guarda ou visita ora estabelecidos, “de acordo com a lei da residência habitual (...) antes da deslocação”.¹¹⁰ Caberiam aqui as situações em que, por exemplo, a pessoa que exerce o direito de guarda consente na deslocação da criança ao estrangeiro, sendo que, porém, se dá a recusa em devolver a criança ao Estado da sua residência habitual.¹¹¹

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, *ob. cit.*, p. 57.

¹⁰⁵ RAMOS, Rui Manuel Moura, A proteção das crianças no plano internacional, *ob. cit.*, p. 106.

¹⁰⁶ Assinada a 20-07-1983, em Lisboa.

¹⁰⁷ Considerandos da Convenção.

¹⁰⁸ Preâmbulo da Convenção de 1980.

¹⁰⁹ Aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11-05, com entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a 01-12-1983.

¹¹⁰ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspectos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *in* Cadernos de Direito Actual, n.º 3, 2015, p. 176.

¹¹¹ *Idem.*

Relativamente ao seu âmbito espacial, veja-se que a Convenção aplica-se a todas as crianças com idade inferior a 16 anos, cuja residência habitual correspondesse a um dos Estados Contratantes, independentemente do Estado do qual é nacional.¹¹²

Por fim, note-se que a Convenção está em vigor em Portugal desde 1 de dezembro de 1983.

Tal como é referido no seu preâmbulo, a Convenção visa a proteção da criança, no plano internacional, no que toca efeitos que advêm da sua deslocação ou retenção ilícitas. E, conforme resulta logo do seu artigo 1.º, a Convenção teria então por objetivo primordial assegurar o regresso imediato da criança deslocada ou ilicitamente retida, assumindo-se como um instrumento que consagra um mecanismo de cooperação entre autoridades tendo em vista esse escopo.¹¹³ Para além do regresso imediato da criança, a Convenção visaria a efetivação do direito de guarda e visita.¹¹⁴ Portanto, poder-se-á afirmar que se trata de um só objetivo, que será considerado em dois momentos diferentes.¹¹⁵ Assim, enquanto que o que se pretenderia com o regresso imediato da criança era o restabelecimento da situação anterior à deslocação, por sua vez, a efetivação dos direitos de guarda e visita situar-se-ia num plano preventivo.¹¹⁶ Tal como é referido no Relatório Explicativo da Convenção, pelo sujeito que subtrai a criança, são criados “vínculos artificiais de competência judicial internacional”,¹¹⁷ tendo em vista obter a custódia desta criança. É, portanto, patente na Convenção a preocupação em não premiar este progenitor que age ilicitamente. Pretender-se-ia evitar que pessoa responsável pela deslocação conseguisse obter uma decisão que validasse a situação que

¹¹² RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução” *ob. cit.*, p. 148.

¹¹³ SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, “A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspetos”, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 477.

¹¹⁴ Neste sentido, BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de direito(s)*, *ob. cit.*, p. 457. OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, *ob. cit.*, p. 58.

¹¹⁵ PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, HCCH Publications, 1982, p. 4.

¹¹⁶ No que concerne à efetivação dos direitos de visita, a atuação das autoridades centrais estará limitada ao plano preventivo, tendo em conta que o artigo 3.º da Convenção ao delimita a deslocação ou retenção ilícitas aos casos em que é violado o direito de custódia. Neste sentido, PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, *ob. cit.* p. 4; SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, “A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspetos”, *ob. cit.*, p. 484.

¹¹⁷ PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, *ob. cit.*, p. 3.

criou,¹¹⁸ pelas autoridades competentes do Estado de refúgio.¹¹⁹ E, veja-se que este sujeito já estará numa posição mais vantajosa, tendo em conta que escolheu o Estado de refúgio que será, à partida, aquele cuja jurisdição é mais favorável à sua pretensão.¹²⁰

Como já referido, a Convenção confere prioridade à decisão de retorno da criança ao Estado da sua residência habitual. A este respeito, prevê o seu artigo 12.º que as autoridades do Estado de refúgio deverão ordenar o regresso imediato da criança, caso tenha decorrido menos de um ano entre a data da deslocação ou retenção e a data do início do processo perante as autoridades deste Estado. A data da deslocação ou retenção ilícitas corresponde à data em que a criança deva ser devolvida aos detentores do direito de guarda ou custódia, ou à data em que os detentores se tenham recusado a prolongar este prazo.¹²¹ Por sua vez, o término do prazo corresponde à data do início do processo, solução que tem como intuito “evitar expedientes processuais dilatórios” que interfiram na decisão de regresso da criança.¹²² O prazo aqui estabelecido –menos de um ano- visa essencialmente a estabilidade de vida da criança, e à final, a proteção do seu superior interesse.¹²³ Portanto, caso já tenha decorrido esse prazo entende-se que a criança já está integrada no novo meio. Caso já tenha decorrido o referido período de um ano, as autoridades do Estado onde a criança se encontra deverão, de igual forma, ordenar o regresso imediato desta, exceto se se provar que a criança já está integrada no novo meio. A apreciação deste fator - integração da criança no novo meio¹²⁴ - ficará a cargo das autoridades centrais,¹²⁵ com base na prova produzida pelas partes.¹²⁶ Ainda a respeito do preceituado neste artigo 12.º, veja-se que a Convenção não refere

¹¹⁸ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob. cit.*, p. 174.

¹¹⁹ PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, *ob. cit.*, p. 4.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis*, *ob. cit.*, p. 179.

¹²² *Idem.*

¹²³ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, *ob. cit.*, p. 460.

¹²⁴ De forma a determinar o grau de integração da criança no novo meio, as autoridades competentes atenderão à integração interna da criança, que corresponderá à ligação criada entre a criança e o subtrator e a sua família; já a integração externa da criança corresponderá aos vínculos criados entre esta e a comunidade do novo meio, fator que, de resto, terá um peso diminuído nas situações atinentes a crianças de tenra idade. Neste sentido, SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, “A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspetos”, *ob. cit.*, p. 540.

¹²⁵ A autoridade central portuguesa designada é a Direção Geral de Reinserção Social.

¹²⁶ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis* *ob. cit.*, p. 179.

expressamente qual o Estado a que a criança deve regressar, devendo considerar-se que deverá retornar ao Estado onde se encontra a pessoa que requereu o seu regresso.¹²⁷

Não obstante o cerne da Convenção assentar na decisão de regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida, no seu artigo 13.º são elencados fundamentos que a serem verificados não vinculam as autoridades do Estado requerido a ordenar o regresso da criança. Tratam-se, portanto, de circunstâncias excepcionais, desvios ao sistema consagrado na Convenção¹²⁸, tendo em conta que lhe subjaz a ideia de confiança entre os Estados Contratantes.¹²⁹ Assim, a Convenção prevê que o não exercício efetivo do direito de guarda ou o consentimento na deslocação da criança constituem razões para que a autoridade não ordene o regresso da criança. Além destas exceções à decisão de regresso, prevê-se na alínea b) a hipótese de o retorno representar perigo para a criança. Ademais, no segundo parágrafo do preceito, prevê-se que a circunstância de a criança, com um certo grau de maturidade, se opor ao seu próprio regresso justifica a recusa da autoridade judicial ou administrativa em ordenar este regresso. De salientar a importância que aqui se confere à audição da criança,¹³⁰ cabendo notar que a Convenção teve o mérito de ser o primeiro instrumento a consagrar de forma expressa este direito.¹³¹ Desta forma, veio prever a possibilidade de a criança exprimir a sua opinião e a sua vontade relativamente a decisões judiciais que lhe digam respeito, participando de forma efetiva no processo que lhe respeita.¹³² Estaríamos perante a assunção de que a criança é um sujeito independente dos seus pais, sendo capaz, de acordo com a sua maturidade¹³³, de interpretar, ela própria, os seus interesses. Tal é a importância do direito aqui previsto, que a Convenção projeta a recusa da criança como fundamento

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Ibidem*, p. 180.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ De resto, o direito de audição da criança, como direito fundamental, vinha já previsto também no artigo 3.º da Convenção Europeia sobre os Direitos da Criança, no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e no artigo 24.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹³¹ QUENTAL, Ana Margarida et al, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de raptos parentais internacionais”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º II, 2013, p- 184.

¹³² *Ibidem*, p. 187.

¹³³ Conforme refere o Relatório Explicativo, caberá às autoridades competentes a avaliação e formulação de um juízo acerca da maturidade da criança. Para tal, atenderão a fatores como a sua idade, a sua maturidade e as perspetivas que possa ter relativamente ao seu próprio futuro. De notar ainda que se reconhece às autoridades uma vasta discricionariedade nesta ponderação. Neste sentido, SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, “A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspetos”, *ob. cit.*, p. 534-535.

autónomo que sustenta a decisão de oposição ao regresso.¹³⁴ Esta questão será analisada com mais detalhe adiante. Veja-se ainda que o artigo 16.º impede que as autoridades do Estado para o qual a criança foi ilicitamente deslocada, assim que informadas acerca desta circunstância, não profiram qualquer decisão relativa à sua guarda, sem que se garanta que não estão reunidas condições para o seu regresso ou sem que tenha decorrido um prazo razoável sem que se tenha apresentado requerimento neste sentido. Esta previsão pretende evitar que se tomem decisões de mérito relativamente à guarda da criança, no país em que esta se encontra ilicitamente retida.¹³⁵

Apesar de a Convenção não conter uma disposição que se refira expressamente ao superior interesse da criança,¹³⁶ do seu preâmbulo resulta que a resolução dos casos de deslocação ou retenção ilícitas deve ter como escopo a sua proteção, interpretando a partir daí qual o seu superior interesse.¹³⁷ Ora, daqui se retira que o “regresso da mesma ao seu meio social e familiar de origem”¹³⁸ será a solução que à final garante o respeito por aquele que é o seu superior interesse. Ademais, como já referido, a Convenção prevê a oposição da criança ao seu regresso como fundamento autónomo de recusa da ordem de regresso; esta previsão expressa do direito de audição da criança, deve também ser interpretada como expressão do princípio do superior interesse da criança.¹³⁹ A prossecução destes objetivos, especialmente no que concerne à promoção do regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual,¹⁴⁰ seria assegurada pela consagração de um “sistema de autoridades centrais”,¹⁴¹ e da cooperação por elas firmada.

¹³⁴ QUENTAL, Ana Margarida et all, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 187.

¹³⁵ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, *ob. cit.*, p. 464.

¹³⁶ PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, *ob. cit.*, p. 5.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 6.

¹³⁸ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob. cit.*, p. 174.

¹³⁹ QUENTAL, Ana Margarida et all, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 187.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob. cit.*, p. 177.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, *ob. cit.*, p. 58.

As disposições da Convenção acerca do rapto internacional de crianças, em articulação com o regime europeu nesta matéria, serão analisadas com mais detalhe em momento posterior.

Mias tarde, com o intuito de ultrapassar as insuficiências das Convenções da Haia de 1902 e de 1961, surge a Convenção sobre a Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção de Menores, concluída em Haia a 19 de outubro de 1996.¹⁴² A Convenção viria, portanto, nos termos do seu artigo 51.º, substituir as anteriores Convenções - a de 1902 e a de 1961, na prossecução do objetivo primordial de proteção da criança no âmbito da regulação das questões jurídicas internacionais que lhe respeitam.¹⁴³ No artigo 3.º da Convenção, enumeram-se, de forma não exaustiva,¹⁴⁴ as questões nas quais podem incidir as medidas de proteção da criança. Assim, aqui se incluem, por exemplo, a atribuição, exercício, retirada e delegação das responsabilidades parentais, direito de guarda e visita, tutela curatela e institutos análogos, entre outras. Desde logo, a Convenção demarca-se das anteriores Convenções da Haia por apresentar um âmbito de aplicação material mais abrangente,¹⁴⁵ tendo em conta que inclui disposições reguladoras em matéria de responsabilidade parental. Este alargamento foi considerado notável, uma vez que permitiu fortalecer a coerência entre ordens jurídicas.¹⁴⁶ Por seu turno, no artigo 4.º encontram-se enumeradas as matérias excluídas do seu âmbito de aplicação.¹⁴⁷ O artigo 2.º da Convenção delimita o seu âmbito pessoal, sendo aplicável às crianças até aos dezoito anos. Consagrara-se aqui uma “norma material direta e autónoma”¹⁴⁸ que circunscreve o âmbito pessoal de aplicação da Convenção, com auxílio de um critério estático, sem necessidade de

¹⁴² Assinada pelo Estado Português a 1 de abril de 2003.

¹⁴³ SETRIGHT, Henry et al, *International issues in family law - The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, Bristol, Family Law, 2015, p. 5.

¹⁴⁴ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 108.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, *ob. cit.*, p. 58.

¹⁴⁶ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 108.

¹⁴⁷ Aqui se incluíam questões relacionadas com o estabelecimento ou a discussão de um relacionamento de pai e criança; as decisões sobre a adoção, medidas preparatórias à adoção, a anulação ou revogação da adoção; questões relativas ao nome da criança; matéria de emancipação; matéria de obrigações alimentícias; testamentos ou sucessões; segurança social; medidas públicas de natureza geral no que tange à educação ou à saúde; medidas tomadas em consequência das ofensas penais cometidas por crianças; por fim, decisões acerca do direito de asilo e imigração.

¹⁴⁸ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 109.

recurso à lei nacional.¹⁴⁹ Ao contrário, aliás, da solução adotada pela Convenção de 1961, que considerava como menor aquele que o fosse quer de acordo com a lei do Estado do qual era nacional, quer de acordo com a lei do Estado da sua residência habitual. A solução adotada pela Convenção de 1996 mostrou-se, portanto, de aplicação mais simples e uniforme.¹⁵⁰

Relativamente à competência das autoridades manteve-se a solução adotada na Convenção de 1961, atribuindo competência às autoridades do Estado da residência habitual da criança. Já em casos de deslocação ilícita da criança, a competência estaria reservada às autoridades do Estado da última residência habitual da criança, de acordo com o artigo 7.º da Convenção. A solução ora adotada convergia com as normas da Convenção de Haia de 1980.¹⁵¹ Porém, prever-se-ia a competência das autoridades de outros Estados que não o da residência habitual da criança, que em situações excepcionais poderiam decretar medidas de proteção da criança ou dos seus bens. Os artigos 8.º e 9.º reservariam competência às autoridades do Estado de que a criança fosse nacional e bem assim o do Estado em que se encontrassem os seus bens, ou ainda do Estado com o qual a criança tivesse uma conexão mais estreita, por exemplo, caso se considerasse que uma destas autoridades estaria em melhores condições de avaliar no caso concreto o superior interesse da criança. Desta feita, e comparativamente à Convenção de 1961, as soluções aqui adotadas transparecem a preocupação do legislador na salvaguarda do superior interesse da criança¹⁵² que passou a constituir critério suscetível de determinar a atribuição de competência a determinada autoridade. Relativamente às medidas de urgência e às medidas provisórias que recaiam sobre a pessoa ou sobre os bens da criança, prever-se-ia que a competência para as decretar

¹⁴⁹ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *ob. cit.*, p. 372.

¹⁵⁰ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 109.

¹⁵¹ Não obstante a convergência de soluções relativamente à Convenção de 1980, a Convenção de 1996 particulariza-se, no que à matéria de rapto internacional respeita, em três pontos. Primeiramente, mostra-se favorecedora à circunstância de, ao seu abrigo, o guardião da criança vir a obter mais facilmente o seu regresso através da execução da decisão de guarda, tendo em conta o artigo 50.º; A Convenção de 1996 distingue-se ainda por apresentar um âmbito pessoal de aplicação mais alargado comparativamente à Convenção de 1980, que baliza a sua aplicação aos 16 anos de idade; Por fim, note-se que a Convenção tem sido apontada como complemento à Convenção de 1980, tendo em conta a previsão de normas de reconhecimento e execução de medidas de proteção e a previsão mais completa relativamente ao direito de visita. Neste sentido, SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, “A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspetos”, *ob. cit.*, pp. 545-546.

¹⁵² RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 112.

estaria reservada às autoridades do Estado em cujo território se encontrasse a criança ou os seus bens.¹⁵³

Em matéria de determinação da lei aplicável, a Convenção viria a consagrar, no seu artigo 15.º, o princípio da “coincidência *fórum-ius*”,¹⁵⁴ de acordo com o qual a autoridade do Estado à qual foi atribuída competência, aplicará a lei nacional desse mesmo Estado. A solução decorreria já da Convenção de 1961, sendo que a regra prevista no n.º 2 do mencionado preceito viria a introduzir uma certa flexibilidade,¹⁵⁵ admitindo que estas autoridades aplicassem a lei de outro Estado que tenha uma conexão mais estreita com a situação, caso o interesse da criança o ditasse.

No tocante ao domínio do reconhecimento e execução de decisões, a Convenção teve o mérito de unificar o sistema nesta matéria, demarcando-se aqui de forma profunda da Convenção de 1961 que lhe sucedera. A Convenção adotara um sistema que assentava no “reconhecimento de pleno direito”¹⁵⁶ das medidas decretadas, que seriam reconhecidas em todos os Estados contratantes. De sublinhar ainda a exclusão da revisão de mérito e a limitação dos fundamentos de não reconhecimento. Já em matéria de execução, a Convenção previa que o processo a aplicar deveria simples e rápido, processado nos termos do artigo 26.º.

As soluções adotadas pela Convenção da Haia de 1996 revelaram-se mais eficazes no que concerne à proteção da criança, comparativamente às soluções adotadas pelas Convenções que a precederam. De facto, da análise das suas disposições transparece a consideração primordial pelo princípio do superior interesse da criança, no intento reforçar a sua proteção, que, de resto, representa a base do sistema da Convenção.¹⁵⁷ Não obstante, aponta-se que a Convenção não logrou por criar um sistema internacional uniforme no que concerne à proteção da criança, limitando-se a introduzir melhoras no sistema já existente.¹⁵⁸

¹⁵³ De acordo com o artigo 11.º e 12.º da Convenção.

¹⁵⁴ RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, *ob. cit.*, p. 115.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.116.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 119.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 118.

¹⁵⁸ SETRIGHT, Henry et al, *International issues in family law - The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, *ob. cit.*, p. 5.

2.3 O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A noção do Direito assente numa conceção estática viria a esmorecer em consequência do debate acerca do positivismo, daqui emergindo o reconhecimento do papel dos princípios jurídicos.¹⁵⁹ Cumpre salientar que o aplicador e intérprete terá de recorrer a uma metodologia específica no âmbito do direito das crianças, já que terá de valer-se frequentemente de princípios jurídicos como auxiliares da sua tarefa.¹⁶⁰

A consagração do interesse da criança enquanto princípio jurídico deu-se com a adoção da CDC, que no seu artigo 3.º veio determinar que todas as decisões que afetem a criança deverão ter em conta o seu superior interesse enquanto consideração primordial, quer sejam adotadas por instituições públicas ou privadas¹⁶¹, por tribunais, por autoridades administrativas ou por órgãos legislativos. O interesse da criança deve, portanto, ser consideração primordial em qualquer decisão administrativa ou judicial, em qualquer ação respeitante à criança, quer se trate de legislação, políticas, estratégias programas, orçamentos. E note-se que caberá aos Estados tomar as devidas medidas por forma a dar concretização e efetivação aos direitos previstos na CDC.¹⁶² Desta forma, programas e medidas adotados pelos Estados deverão nortear-se pelo princípio tal como aqui concebido.¹⁶³ Veja-se que no decurso do processo de “drafting” da Convenção, questionava-se qual a posição deste princípio em relação aos restantes aqui contidos. Isto porque a proposta apresentada pelo Governo Polaco visava a elevação do princípio

¹⁵⁹ BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Em defesa do superior interior da criança – On behalf of the child’s best interest”, in *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 324.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ Estes conceitos devem ser interpretados por forma a abranger todas as instituições cujas ações influenciem de alguma forma a pessoa da criança.

¹⁶² De acordo com o Comité dos Direitos das Crianças, os Estados estarão vinculados a três obrigações distintas decorrentes do artigo 3.º da CDC. Primeiramente, deverão garantir que o superior interesse da criança é integrado e aplicado em cada ação levada a cabo por qualquer instituição pública. Em segundo lugar, os Estados estarão vinculados a assegurar que qualquer decisão judicial ou administrativa respeitante à criança seja reflexo de que o seu superior interesse foi a consideração primordial tida em conta. Por fim, os Estados estão incumbidos de assegurar o interesse da criança foi consideração primordial em qualquer decisão ou ação que afete a sua pessoa tomada por instituições privadas. Neste sentido, Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, (em linha), 2013, [consultado a 10-04-2017] disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en, p. 3.

¹⁶³ BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Em defesa do superior interior da criança – On behalf of the child’s best interest”, *ob. cit.*, p. 326.

do superior interesse da criança em relação a todos os outros.¹⁶⁴ Porém, a redação final do preceito resultou de uma proposta apresentada pelos Estados Unidos, de acordo com a qual o superior interesse seria tido como consideração primordial. Esta redação visava conferir ao princípio alguma flexibilidade, assegurar que as decisões respeitassem o superior interesse da criança, assim como a salvaguarda dos seus direitos.¹⁶⁵

O superior interesse da criança não se revela estático. Trata-se antes de um conceito indeterminado e dinâmico¹⁶⁶ que necessita de ser preenchido casuisticamente, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, gozando de “força apelativa e humanitária”.¹⁶⁷ Daqui emerge a sua capacidade expansiva e caráter flexível que permitem uma moldagem à situação individual de cada criança.¹⁶⁸

Como auxiliar na interpretação do conceito explanado no artigo 3.º da CDC revelam-se fundamentais as orientações do Comité dos Direitos das Crianças. O Comité auxilia a interpretação e concretização do princípio, nomeadamente através das orientações contidas no seu *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*.¹⁶⁹ No Comentário sublinha-se que superior interesse da criança deve ser entendido numa tripla aceção: como um direito, como um princípio e como uma regra de procedimento. Assim, de acordo com o Comité, várias circunstâncias deverão ser ponderadas na tomada da decisão orientada pelo interesse da criança. Cumpre, portanto, distinguir entre decisões individuais -em relação às quais se devem ponderar circunstâncias específicas daquela criança em particular- e entre decisões coletivas-relativamente às quais se devem ter em conta circunstâncias do grupo específico ou inerentes às crianças em geral.¹⁷⁰ Para além do tipo de decisão em causa, devem ser tidas em conta circunstâncias relativas à pessoa da

¹⁶⁴ BRÍZIDO, Anabela Paula, O superior interesse da criança na Convenção sobre os Direitos das Crianças – Algumas reflexões, *ob. cit.*, p. 12,

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ Neste sentido, Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, *ob. cit.*

¹⁶⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁶⁸ Neste sentido, Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, *ob. cit.*, p. 5. E ainda, GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coord. MOTA, Helena, Coimbra, Almedina, 2016, p. 370.

¹⁶⁹ Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, *ob. cit.*

¹⁷⁰ Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, *ob. cit.*, p. 5.

criança, como sejam a idade, sexo, maturidade, experiência, pertença a um grupo minoritário, o facto de ser portadora de deficiência física ou intelectual. Ademais, o contexto social e cultural em que a criança se insere revelará também, devendo aferir-se da sua convivência com os progenitores, o facto de residir ou não com estes, a qualidade dos laços familiares, entre outros. Trata-se de um elenco de circunstâncias não exaustivas e não hierarquizadas, por forma a que se possam aqui incluir outras circunstâncias específicas que se mostrem relevante no caso concreto de cada criança.

Para além disso, o Comité recomenda aos Estados a previsão de mecanismos e garantias de salvaguarda de natureza processual a observar na tomada de decisões que afetem a criança.¹⁷¹ Aqui se inclui a previsão legal do direito da criança a exprimir a sua opinião, participando e sendo ouvida nos processos que a ela respeitam.¹⁷² Assim se consagra o direito de audição e participação da criança, previsto no artigo 12.º da CDC. Ademais, devem ser apurados os factos que se revelem determinantes na decisão a tomar. Para tal, dever-se-á observar a participação das pessoas próximas da criança e de técnicos especializados; Para além disso, exige-se celeridade nos processos relativos à criança, uma vez que o decurso do tempo não tem igual incidência em crianças e adultos; Deverá ser garantida à criança a devida representação legal nos processos que a envolvam; O Comité chama ainda atenção para a circunstância de que qualquer decisão relativa à criança deva ser motivada, justificada e fundamentada; Dever-se-ão adotar mecanismos de revisão ou recorribilidade de decisões; e, por fim, os Estados deverão adotar procedimentos de avaliação do impacto dos direitos da criança, procurando-se alternativas e aperfeiçoamentos caso assim se exija.

Analizadas as diretrizes de concretização do superior interesse da criança, importa aferir de que forma é que será concretizado este princípio nuclear.¹⁷³ Neste sentido, deverá procurar-se a solução mais adequada ao caso concreto daquela criança, o que poderá implicar o recurso a valorações por parte do juiz.¹⁷⁴ Pelo que, caberá lançar mão de uma interpretação casuística, já que o interesse da criança pode variar “no

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 10-11.

¹⁷² O direito de audição e participação da criança na tomada de decisões que a afetem vem previsto no artigo 12.º da CDC.

¹⁷³ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 369.

¹⁷⁴ BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Em defesa do superior interior da criança – On behalf of the child’s best interest”, *ob. cit.*, p. 331.

contexto da dinâmica processual,”¹⁷⁵ tendo já, aliás, sido referido que se trata de um conceito indeterminado. De resto, sua a capacidade expansiva¹⁷⁶ permitirá que a interpretação das normas que couberem ao caso concreto com base neste princípio assegure a relativa margem de flexibilidade que se impõe neste domínio.¹⁷⁷

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 330.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 370.

¹⁷⁷ BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Em defesa do superior interior da criança – On behalf of the child’s best interest”, *ob. cit.*, p. 333.

CAPÍTULO II - INTERVENÇÃO EUROPEIA NA REGULAMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA

1. UM DIREITO EUROPEU DA FAMÍLIA

Como já referido ao longo do presente trabalho, a livre circulação de pessoas, bens e serviços no espaço comunitário acarretou múltiplas inferências nas dinâmicas económicas, sociais e familiares. Daqui decorreram transformações das próprias sociedades e fenómenos de mesclas de culturas, tradições, resultando numa progressiva homogeneidade das sociedades de diferentes Estados.¹⁷⁸ Sendo o Direito da Família um ramo do direito particularmente permeável à realidade social,¹⁷⁹ estes fenómenos refletiram-se também nos sistemas legislativos, acabando por impor a necessidade de sucessivas alterações e adaptações. Ora, essas alterações determinaram uma coincidência cada vez mais notória entre determinados institutos basilares do direito da família, como o casamento, o divórcio ou a regulação das responsabilidades parentais.¹⁸⁰ De facto, apontara-se que que uma tendente harmonização permitiria efetivar concretizações económicas e efetivar a livre circulação de pessoas no espaço da União,¹⁸¹ tendo em conta que as discrepâncias entre os sistemas jurídicos nacionais não se coadunavam com o espaço europeu sem fronteiras. Estes circunstancialismos levaram a que no século XXI houvesse já um “núcleo comum de Direito da Família”,¹⁸² na União. Para tal contou-se com as contribuições dos trabalhos levados a cabo pelo Conselho da Europa e da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e com a jurisprudência emanada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.¹⁸³

Em 1994, o Parlamento Europeu lançou a possibilidade de elaboração de um Código Europeu Comum de Direito Privado,¹⁸⁴ um documento único que representaria

¹⁷⁸ PINEHIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 79.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 79.

¹⁸¹ BOELE-WOELKI, Katharina, “Os princípios do Direito da Família Europeu: os seus objetivos e as suas perspetivas”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, ano 3, n.º 5, p. 6.

¹⁸² PINEHIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 79.

¹⁸³ BOELE-WOELKI, Katharina, “Os princípios do Direito da Família Europeu: os seus objetivos e as suas perspetivas”, *ob. cit.*, p. 6.

¹⁸⁴ Através de Resolução, o Parlamento solicitara à Comissão que se levassem a cabo trabalhos neste sentido.

“vantagens integrativas” inegáveis.¹⁸⁵ Porém, a iniciativa acabou por não ser consumada, em muito devido à desarmonia de pontos de vista oriundos dos vários Estados. Posteriormente, em setembro de 2001, foi criada a Comissão do Direito da Família Europeu, sendo constituída por um grupo de peritos de vários Estados da União.¹⁸⁶ Prosseguindo o objetivo de unificar as matérias de direito de família no seio da União, logrou por formular Princípios Gerais em matéria de divórcio e alimentos entre ex-cônjuges, em matéria de responsabilidades parentais e em matéria de efeitos patrimoniais do casamento. Tratar-se-ão de princípios não vinculativos, que, porém, têm como intento influenciar os legisladores nacionais a moldarem os sistemas nacionais em conformidade.¹⁸⁷

Veja-se que apesar de a União não ter competência para legislar em matéria de direito da família substantivo, contam-se diversas áreas em que as suas instituições adotam medidas que acabam por incidir, ainda que indiretamente, na área do direito da família.¹⁸⁸ Exemplo disso é a cooperação judiciária em matéria de direito da família, temática que será analisada posteriormente. No entanto, tem sido entendido que a circunstância de não se contar com uma codificação de normas não significa que se negue a existência a um direito europeu da família. De facto, apesar de não se verificar esta codificação, contam-se diversos Regulamentos, Convenções, Decisões e decisões jurisprudenciais que corporificam direito europeu.¹⁸⁹

2. OS DIREITOS DA CRIANÇA NOS INSTRUMENTOS DE CARÁTER COMUNITÁRIO

Tendo estado subjacente à criação da União Europeia a prossecução de objetivos puramente económicos, a criança e a regulamentação do seu estatuto não integraram os

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume – Aspetos Gerais, Coimbra, Almedina, 2004, p. 144.

¹⁸⁶ Para mais concretizações acerca dos trabalhos levados a cabo pela Comissão: BOELE-WOELKI, Katharina, “Os princípios do Direito da Família Europeu: os seus objetivos e as suas perspetivas”, *ob. cit.*, pp. 5-17. E ainda BOELE-WOELKI, Katharina, “The impact of the Commission on European Family Law (CEFL) ON European family law” in *European Family Law*, Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law, Edited by SCHERPE, Jens M., Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 209-260.

¹⁸⁷ PINEHIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 80.

¹⁸⁸ BAERE, Geert De; GUTMAN, Kathleen, “The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law” in *European Family Law*, Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law, Edited by SCHERPE, Jens M., Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 16.

¹⁸⁹ Neste sentido, SCHERPE, Jens M., *European Family Law*, Volume IV - The Present and Future of European Family Law, *ob. cit.*, p. 2.

trabalhos iniciais. Mais tarde, tendo os direitos humanos passado a integrar a ação da União, a criança surge de igual forma como enfoque.¹⁹⁰

Iniciar-se-á pela menção à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, adotada pelo Conselho da Europa a 4 de novembro de 1950, em Roma.¹⁹¹ Apesar de não ter previsto expressamente direitos da criança, deve entender-se que a Convenção ao fazer referência à pessoa humana pretendeu englobar aqui a criança.¹⁹²

Importa atentar igualmente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁹³, de 1978, que apesar de consubstanciar um instrumento vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana sem qualquer distinção, viria a reservar direitos específicos para a criança. Neste sentido, a Convenção viria a consagrar o direito à família, o direito ao respeito pela vida familiar, o direito de participação das crianças nas decisões que lhes digam respeito, a liberdade de circulação e fixação do domicílio da família no estrangeiro. Estes direitos estariam também consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança,¹⁹⁴ instrumento que, de resto, serviria de auxiliar na interpretação das normas da Convenção Europeia atinentes à criança e à família.¹⁹⁵

Posteriormente, surge a consagração do princípio da igualdade das filiações, patente na Convenção Europeia sobre o estatuto jurídico das crianças nascidas fora do casamento.¹⁹⁶ Face às diferenças que se faziam sentir, quer no domínio jurídico, quer social, no que respeitava à condição das crianças nascidas fora do casamento, que se mostravam negativas para estas, impôs-se a necessidade de alteração dessa condição.¹⁹⁷

¹⁹⁰ MARTINS, Rosa Cândido, “Direitos das Crianças”, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Cord. SILVEIRA, Alessandra *et al*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 299.

¹⁹¹ A Convenção entrou em vigor a 03-09-1953. Na ordem jurídica portuguesa, a entrada em vigor data de 09-11-1978;

¹⁹² A conclusão é do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Acórdão Nielsen vs. Denmark, de 28-11-1988. O Tribunal firma que o artigo 5.º da Convenção ao referir-se a “qualquer pessoa” abrange a criança, estendendo-lhe a proteção aqui conferida.

¹⁹³ Em Portugal, a Convenção foi aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

¹⁹⁴ SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, *ob. cit.*, p. 43.

¹⁹⁵ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*, *ob. cit.*, p. 18.

¹⁹⁶ Adotada e aberta à assinatura em 15-10-1975, passando a vigorar na ordem internacional desde 11-08-1978.

¹⁹⁷ Preâmbulo da Convenção.

Neste seguimento, o princípio viria a ser adotado entre nós, no Código Civil português, através da reforma de 1977.¹⁹⁸

Mais tarde, a Convenção Europeia sobre o reconhecimento e a execução de decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores¹⁹⁹ surge com o intuito de simplificar o processo de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras relativas à guarda e visita, assim como com o de simplificar o restabelecimento do direito de guarda quando violado por força da deslocação ilícita da criança.²⁰⁰ A Convenção aplicar-se-ia às matérias de direito de guarda e visita, bem como à deslocação ilícita, relativas às crianças com idade inferior a 16 anos, qualquer que fosse a sua nacionalidade, que não gozassem do direito de, por si, fixar a sua residência. Relativamente ao âmbito temporal da Convenção, a sua entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa data de 1 de setembro de 1983, estando em vigor em trinta e sete Estados membros.²⁰¹

Em conformidade com o previsto no artigo 7.º, as decisões relativas à guarda proferidas por um Estado contratante seriam reconhecidas automaticamente nos outros Estados. Se forem executórias no Estado que as proferiu serão postas em execução em qualquer outro Estado contratante. A Convenção vincularia os Estados a aplicar um processo simples e rápido, de acordo com o artigo 14.º, prevendo-se que o próprio pedido de *exequatur* pudesse ser feito através de simples requerimento. A Convenção veio ainda prever, para os casos de deslocação ilícita de menores, a dispensa de *exequatur* da decisão estrangeira, desde logo nos termos do seu artigo 8.º. Aqui se previa a imediata restituição do menor nos casos em que, quer os progenitores, quer a criança tiverem nacionalidade do Estado que proferiu a decisão, e esse Estado seja residência habitual do menor - alínea a) do seu n.º 1. Para além desta previsão, também é dispensado o *exequatur* na situação prevista na alínea b) – o pedido de restituição ser formulado à autoridade central num prazo de 6 meses a partir da deslocação ilícita. Fora

¹⁹⁸ Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

¹⁹⁹ Adotada e aberta à assinatura no Luxemburgo, em 20-05-1980, com entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a 01-09-1983.

²⁰⁰ SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, *ob. cit.*, p.59.

²⁰¹ De acordo com informação do Conselho da Europa, disponível em <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures>.

das situações enunciadas no artigo 8.º, o reconhecimento e a execução só poderiam ser recusados por um dos motivos elencados nos artigos 9.º e 10.º.

Foi preocupação do Conselho incluir na Convenção previsões que, em matéria de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, permitissem acautelar o superior interesse da criança. O intuito de prever o imediato repatriamento da criança nos casos de deslocação ilícita deixa transparecer a preocupação na urgência de restabelecer a situação anterior à deslocação. Apesar de a Convenção ter tido o mérito de instituir importantes princípios-base na matéria, tendo inspirado outras iniciativas legislativas, o seu sucesso foi considerado “incipiente”.²⁰² De facto, a Convenção de Haia seria o instrumento mais utilizado, tendo em conta a sua eficiência na matéria,²⁰³ eficiência que transparece no facto de se mostrar mais efetiva relativamente à restituição da criança.²⁰⁴ Pese embora se tratem de regimes distintos, quer a Convenção do Luxemburgo, quer a convenção de Haia teriam por objetivo a “prossecução da estabilidade internacional da vida familiar.”²⁰⁵ Restaria saber como seriam articulados os dois instrumentos, uma vez que não haveria qualquer hierarquia, nem incompatibilidade. Assim, sugeriu a doutrina o funcionamento alternativo das duas Convenções, cabendo ao requerente a eleição do procedimento.²⁰⁶

Mais tarde, na prossecução do preceituado no artigo 4.º da CDC, de acordo com o qual os Estados Parte da Convenção ficariam incumbidos de tomar medidas legislativas, administrativas ou de outro cariz, necessárias à efetivação dos direitos da criança, foi adotada a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, a 25 de janeiro de 1996.²⁰⁷ O diploma teria por objetivo promover os direitos da criança, assegurando o seu superior interesse, nomeadamente através do reconhecimento e da previsão de direitos processuais. Neste sentido, consagra o direito de participação das crianças nas decisões que lhes digam respeito, participação essa que se quis deixar concretizadas nas alíneas do artigo 3.º; assim, à criança será assegurado o direito a obter

²⁰² SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, *ob. cit.*, p. 63.

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 67.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 64.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 66.

²⁰⁷ Adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo a 25-01-1996, com entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa a 01-07-2014.

informações relevantes (alínea a)), a ser consultada e exprimir a sua opinião, (alínea b)), e ainda a ser informada acerca das consequências da sua atuação ou de qualquer decisão (alínea c)). Ademais, no seu artigo 4.º, a Convenção consagrou o direito da criança a solicitar a designação de um representante especial, nos casos em que os detentores das responsabilidades parentais a não possam representar por se verificar um conflito de interesses. Ainda a este respeito, o artigo 9.º disporia que a designação de representante especial, nestes casos, caberia também à autoridade judicial. De notar ainda que de acordo com o artigo 5.º, à criança será igualmente assegurado o direito de ser assistida por pessoa da sua escolha que a auxilie a exprimir a sua opinião (alínea a)), o direito a pedir a designação de um representante ou advogado (alínea b)), e bem assim o direito de nomear o seu próprio representante (alínea c)).

Já em 1996, é adotada a Carta Social Europeia Revista,²⁰⁸ que surge em substituição da Carta Social Europeia de 1961. A Carta, prevê de forma expressa a salvaguarda da criança e do adolescente, consagrando que lhes deve ser conferida uma proteção especial. A Carta incumbe os Estados a assumirem compromissos no que concerne à salvaguarda e à efetivação dos direitos das crianças. Além do mais, prevê outros direitos que, de forma não tão direta, respeitam à criança, como é o exemplo do princípio da proteção da família plasmado no artigo 16.º e o direito da mãe e do seu filho à proteção social e económica consagrada no artigo 17.º.²⁰⁹

De salientar ainda o papel do Tratado de Amesterdão que, em 1997, se afirma como o primeiro Tratado a fazer uma expressa referência à criança enquanto tal. Até então, a referência à criança e aos seus direitos provinha apenas da sua consideração enquanto membro da família.²¹⁰ Ao Tratado é ainda apontado o mérito de fazer incluir a idade no elenco das causas em virtude das quais é proibida qualquer discriminação, constante do artigo 19.º do TFUE.

Mais tarde, é adotada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.²¹¹ A Carta veio reforçar o sistema de proteção europeu em matéria de direitos fundamentais, não olvidando a criança e a consagração de específicos direitos que lhe

²⁰⁸ Aberta à assinatura dos Estados-Membros do Conselho da Europa, a 03-05-1996, em Estrasburgo.

²⁰⁹ MARTINS, Rosa Cândido, “Direitos das Crianças”, *ob. cit.*, p. 301.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 299.

²¹¹ Adotada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, adotada em Nice, em dezembro de 2000, e publicada no Jornal Oficial n.º C 364/1, de 18-12-2000.

assistem. Assim, no seu artigo 24.º, e sob a epígrafe, “direitos das crianças”, prevê que à criança será devida proteção e cuidados necessários ao seu bem-estar. Aqui se inclui a satisfação de necessidades básicas e a salvaguarda da integridade física e moral da criança.²¹² Para além do enfoque na proteção da criança, a Carta focaliza ainda a importância da sua opinião nos processos que lhe respeitam, materializando aqui o seu direito à liberdade de expressão e o direito de participação em assuntos que lhe concernem.²¹³ A consideração do superior interesse da criança vem também plasmada no preceito ora analisado, que manda atender ao princípio aquando da prática de atos que lhe concernem, vinculando qualquer órgão ou instituição. A previsão do princípio do superior interesse da criança em instrumentos desta génese tem sido, de resto, um clássico. Por fim, o n.º 3 do preceito prevê o direito da criança a manter relações pessoais com os seus progenitores. O direito aqui consagrado reveste especial relevância no contexto de litígios emergentes das relações jurídicas familiares de carácter plurilocalizado, que importem a separação da criança de um dos pais,²¹⁴ mormente em situações de rapto internacional.

Desta forma, a Carta seguiu a evolução relativamente ao reconhecimento dos direitos da criança e à própria conceção da criança, reconhecendo-lhe o “estatuto de cidadania social”.²¹⁵ A adoção da Carta é tida como um marco na consolidação dos direitos da criança no contexto dos Estados-Membros. De notar ainda que a Carta passou a ter carácter vinculativo com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, tendo agora o mesmo valor jurídico que os Tratados da União. Esta circunstância que representou um marco no que concerne à salvaguarda dos direitos fundamentais no contexto da União.²¹⁶ Desta forma, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a preocupação com a salvaguarda dos direitos da criança ganha enfoque especial, passando a matéria passa a integrar o leque de objetivos primordiais na política da União.

²¹² MARTINS, Rosa Cândido, “Direitos das Crianças”, *ob. cit.*, p. 307.

²¹³ *Ibidem*, p. 308.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 310.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 298.

²¹⁶ SILVEIRA, Alessandra *et all*, “Reflexão sobre o Tratado de Lisboa”, *in* Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LVII, n.º 313 – janeiro/março, 2008, p. 121.

Em 2003, é adotada a Convenção do Conselho da Europa sobre as relações pessoais no que se refere às crianças,²¹⁷ com o intuito de reforçar a proteção dos direitos fundamentais da criança no domínio das suas relações pessoais. A Convenção, assentando no primordial princípio de que a criança tem o direito a estabelecer contacto com os seus pais, viria a consagrar princípios aplicáveis às decisões que versassem sobre as relações pessoais da criança, instituindo medidas e garantias a aplicar no decurso das visitas e no regresso da criança após o seu término. A Convenção viria ainda a instituir um sistema de cooperação entre as autoridades dos Estados-Membros, com vista a facilitar a efetivação das suas disposições.

3. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NO ESPAÇO EUROPEU

3.1. EM MATÉRIA CIVIL

Não obstante a circulação de pessoas e o comércio internacional constituírem fenómenos já remotos, é a partir do século XX que se intensificam.²¹⁸ Para tal contribuem fenómenos como o desenvolvimento cada vez mais acelerado do comércio internacional, o aumento dos movimentos migratórios e crescente facilidade de circulação de bens e serviços, e bem assim, o progresso da tecnologia de comunicação e informação.²¹⁹ Ora, todos estes fatores levam a um crescimento na constituição de relações jurídicas plurilocalizadas, assistindo-se a uma “crescente internacionalização das relações sociais”.²²⁰ Em consequência, verifica-se um aumento dos litígios internacionais.²²¹ Ora, é esse aumento de litígios que compele à previsão de mecanismos de cooperação internacional.

Importará iniciar pela definição da almejada cooperação internacional. Assim, e ainda que não se encontre uma noção única, a cooperação judiciária internacional pode ser definida, numa aceção restrita²²², como o sistema de colaboração estabelecida entre

²¹⁷ Adotada a 03-05-2002 na Lituânia, tendo sido assinada por Portugal no dia 15-05-2003.

²¹⁸ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Volume I, Reimpressão da 3.ª Edição Refundida de 2014, Coimbra, Almedina, 2015, p. 25.

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ *Ibidem*, p. 24.

²²¹ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaios*, II Volume, Coimbra, Almedina, 2005, p. 238.

²²² Pelo contrário, a cooperação judicial internacional em sentido amplo abrange a cooperação entre autoridades que atuam no âmbito de questões extrajudiciais, e bem assim entre estas e as autoridades judiciais. Neste sentido, VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaios*, *ob. cit.*, pp. 235-236.

autoridades judiciárias de diferentes Estados, no âmbito de litígios civis.²²³ Poder-se-á ainda distinguir, de acordo com a sua espécie, a cooperação judiciária ativa ou passiva. A ativa compreende os atos que se levam a cabo num Estado, o qual não é o local onde corre o processo respetivo. Portanto, este Estado apenas auxilia o outro Estado onde o processo corre.²²⁴ Aqui se incluem, por exemplo, a notificação e a citação. Por seu turno, a cooperação judiciária na forma passiva abarca apenas colaboração entre autoridades, no sentido de se absterem de julgar uma causa já julgada, pendente ou que deveria ser julgada perante um Tribunal de um outro Estado-Membro.²²⁵

Um sistema de cooperação assim instituído visa, desde logo, tutelar a confiança na continuidade e estabilidade das relações jurídicas plurilocalizadas,²²⁶ aumentando a segurança jurídica.²²⁷ Quer as partes, quer terceiros, adquirem expectativas no que concerne aos efeitos além-fronteiras que resultam da resolução de determinado litígio. Veja-se até que o reconhecimento de decisões proferidas por outros Estados implicaria esforços e custos, que acabariam por se traduzir em entraves ao efetivo acesso à justiça.²²⁸ Este propósito resulta, aliás, do artigo 67.º, n.º 4 do TFUE, que prevê que se reconheçam além-fronteiras os direitos adquiridos num determinado Estado, através reconhecimento mútuo de decisões.²²⁹ Veja-se que, um cidadão que obtém, em Portugal, uma sentença que lhe atribui o direito de guarda do seu filho menor possui uma legítima expectativa que os efeitos que advêm dessa decisão sejam reconhecidos noutros ordenamentos jurídicos. Pretende-se de igual forma assegurar a igualdade perante a lei,²³⁰ objetivando-se que as mesmas situações jurídicas plurilocalizadas sejam reguladas de forma idêntica, quer perante o ordenamento jurídico interno, quer internacional. Deste intento resultará a “coordenação e compatibilização entre as várias ordens jurídicas”,²³¹ e, portanto, o almejado tratamento uniforme. Desta forma se

²²³ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaios, ob. cit.*, p. 235.

²²⁴ *Ibidem*, p. 236.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ *Ibidem*, p. 237.

²²⁷ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, in *Direito da União Europeia-Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 340.

²²⁸ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 2.º Edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2012, p. 262.

²²⁹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 339.

²³⁰ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaios, ob. cit.*, p. 237.

²³¹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 340.

evitará, por exemplo, as situações de fórum shopping.²³² De seguida, a necessidade de um sistema de cooperação judiciária internacional impõe-se em razão da circulação de pessoas, bens e serviços dentro do espaço comunitário.²³³ Urge a necessidade de instituir mecanismos que garantam aos cidadãos o acesso à justiça e não limitem o exercício dos seus direitos,²³⁴ no âmbito de litígios resultante de relações jurídicas plurilocalizadas. Ademais, a própria soberania dos Estados justifica este sistema de cooperação, tendo em conta que estes reservam-se no direito exclusivo de praticarem determinados atos judiciais a ser levados a cabo no seu território, a pedido de outro Estado, como por exemplo, a citação e a notificação.²³⁵ Por fim, a cooperação judiciária tem em vista a salvaguarda de valores próprios do direito processual, como sejam o princípio do contraditório ou a economia processual.²³⁶

A cooperação judiciária em matéria civil como objetivo político da União Europeia,²³⁷ vinha já alicerçada no Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia²³⁸ -Tratado de Roma. O artigo 220.º do Tratado previa a simplificação do reconhecimento e execução de decisões provenientes de outros Estados-Membros. O objetivo seria fomentar uma fácil e expedita circulação de decisões no espaço comunitário.²³⁹

Tendo em vista esta facilidade de circulação de decisões foi assinada a Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a competência judiciária e execução de decisões em matéria civil e comercial.²⁴⁰ A Convenção aplicar-se-ia às matérias civis e comerciais, excluindo-se, porém, matérias sobre o estado e a capacidade das pessoas singulares, bem como os regimes matrimoniais, os testamentos e as sucessões; falências, as concordatas e outros processos análogos; segurança social; e, por fim, a arbitragem. No seu título III, acerca do reconhecimento e da execução a Convenção viria uniformizar as normas de competência internacional, bem como unificar os

²³² PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p.29.

²³³ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaios*, *ob. cit.*, p. 237.

²³⁴ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 339.

²³⁵ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaios*, *ob. cit.*, p. 238.

²³⁶ *Idem.*

²³⁷ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 341.

²³⁸ O Tratado foi assinado em 25-03-1957, tendo entrado em vigor em 01-01-1958.

²³⁹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 340.

²⁴⁰ Publicada no Jornal Oficial n.º L 299 de 31/12/1972 pp. 0032 – 0042, tendo entrado em vigor a 01-02-1973.

procedimentos de reconhecimento e execução, tendo por isso sido considerada uma dupla convenção.²⁴¹

Foi ainda celebrado o Protocolo relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, em vigor desde 1 de setembro de 1975. O protocolo veio atribuir competência ao Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de interpretação da Convenção. Desta forma, almejava-se uma “interpretação uniforme das regras da Convenção.”²⁴² Não obstante, foram-se notando insuficiências da Convenção. Apontava-se-lhe o facto de potenciar o fórum-shopping, pondo em cauda o princípio da igualdade processual entre as partes e a previsibilidade na resolução dos litígios.²⁴³

Já em 1992, foi celebrado o Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de fevereiro de 1992.²⁴⁴ Tendo ficado preconizado como Tratado de Maastricht, o Tratado sagrou a União Europeia, firmando uma construção assente em três pilares: as Comunidades Europeias; a política externa e de segurança comum; e a justiça e assuntos internos. Logo no seu artigo B, o Tratado prevê a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos como um dos objetivos primordiais a prosseguir pela União, consagrando esta matéria como Terceiro Pilar da União Europeia.²⁴⁵ Faria parte deste domínio a cooperação judiciária em matéria civil, que, de resto, foi considerada como um campo de interesse comum.²⁴⁶ Desta feita, o Tratado de Maastricht ao almejar uma nova etapa no processo de criação da União²⁴⁷ representou uma “nova faceta da integração europeia.”²⁴⁸

Comprovada a insuficiência do Tratado de Maastricht, já em 1997 foi celebrado o Tratado de Amesterdão,²⁴⁹ com vista à alteração Tratado da União Europeia, dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias bem como de atos relativos a esses

²⁴¹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 342.

²⁴² *Ibidem*, p. 343.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ Publicado no Jornal Oficial n.º C 191/4 de 29-07-1992, com entrada em vigor em 01-11-1993.

²⁴⁵ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaaios*, *ob. cit.*, p. 240.

²⁴⁶ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 346.

²⁴⁷ De acordo com o artigo A do Tratado, ter-se-ia em vista uma nova etapa no processo de construção Europeia, assente numa união cada vez mais cooperante e próxima dos cidadãos.

²⁴⁸ REIS, Cardoso Assunção, “A cooperação judiciária em matéria civil no projeto europeu”, *in Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 319 – julho/setembro, 2009, p. 582.

²⁴⁹ Publicado no Jornal Oficial n.º C 340 de 10-11-1997, p. 0001 - 0144

Tratados. O Tratado de Amesterdão veio consagrar a cooperação judiciária como primeiro pilar da construção europeia,²⁵⁰ tendo essencialmente introduzido duas previsões neste sentido. Em primeiro lugar, instituiu a previsão de um espaço de liberdade, segurança e justiça, sendo o meio para atingir essa construção a cooperação judiciária em matéria civil - alínea c). Em segundo lugar, o Tratado viria a *comunitarizar*²⁵¹ a cooperação judiciária em matéria civil, concretizada através da transferência desta matéria para o Primeiro Pilar da União. De igual forma, estabeleceu-se uma correlação entre esta forma de cooperação e correto funcionamento do mercado interno.²⁵² As duas alterações aqui frisadas revelaram-se um marco no que respeita à consolidação da cooperação judiciária em matéria civil,²⁵³ tendo-lhe servido como impulso.²⁵⁴ A relevância que lhe é reconhecida reside no facto de o Tratado passar a consagrar a competência judiciária como “competência legislativa específica”²⁵⁵ da União Europeia.

Em 1999, o Conselho Europeu, reunido em Tampere a 15 e 16 de outubro aprovou o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões das demais autoridades. O princípio viria a consubstanciar a pedra angular da cooperação judiciária em matéria civil.

Já em 2007, a 13 de dezembro, é assinado o Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia.²⁵⁶ O Tratado representa uma nova fase no processo de integração europeia, tal como resulta do seu Preâmbulo. Mantendo os ideais de realização do mercado interno, da livre circulação num espaço de Liberdade, Segurança e Justiça,²⁵⁷ e do acesso efetivo à justiça²⁵⁸ o Tratado opera alterações na base legislativa no âmbito da cooperação

²⁵⁰ VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaio*, *ob. cit.*, p. 240.

²⁵¹ Neste sentido VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaio*, *ob. cit.*, p. 240; REIS, Cardoso Assunção, “A cooperação judiciária em matéria civil no projeto europeu”, *ob. cit.*, p. 584.

²⁵² GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 346.

²⁵³ REIS, Cardoso Assunção, “A cooperação judiciária em matéria civil no projeto europeu”, *ob. cit.*, p. 583.

²⁵⁴ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 346.

²⁵⁵ Contrariamente ao que sucedia até então, tendo em conta que até ali os esforços no sentido de instituir um sistema de cooperação judiciária em matéria civil assumiram carácter intergovernamental. Neste sentido, REIS, Cardoso Assunção, “A cooperação judiciária em matéria civil no projeto europeu”, *ob. cit.*, p. 584.

²⁵⁶ Publicado no Jornal Oficial n.º C 306, 17-12-2007.

²⁵⁷ Tal como resulta do seu Preâmbulo.

²⁵⁸ Realizado através do incremento de métodos alternativos de resolução de litígios e no apoio à formação de magistrados e funcionários de justiça.

judiciária em matéria civil.²⁵⁹ O Título V, sob a epígrafe “O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, inicia por reafirmar, no seu artigo 67.º, que a União constitui um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no qual se promovem os direitos fundamentais dos cidadãos e se respeitam os sistemas e tradições jurídicos de cada Estado-Membro. Já no que concerne em específico à cooperação judiciária em matéria civil, a sua disciplina vem regulada no artigo 81.º. Aqui, volta a corroborar-se o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais, princípio contemplado também no artigo 67.º, n.º 3. Com o Tratado, deixa de estar prevista a competência intergovernamental relativamente à matéria do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, passando a prever-se uma “competência partilhada com os Estados-Membros”,²⁶⁰ conforme o seu artigo 4.º, n.º 2.º, j), daqui se depreendendo a preocupação pela preservação da identidade nacional de cada Estado-membro.²⁶¹ Veja-se que o Tratado manteve o regime de unanimidade no que concerne à tomada de medidas em matéria de direito da família de âmbito transfronteiriço.²⁶² Porém, veio introduzir uma novidade na matéria, impondo que a proposta da Comissão tenha de ser sancionada pelos Parlamentos nacionais, de acordo com o artigo 81.º, n.º 3. Notificados os Parlamentos de determinada proposta, caso um deles se oponha, a decisão não será adotada. À solução adotada subjaz o intento de uma maior envolvência dos Parlamentos nacionais.²⁶³

Para além dos instrumentos acima analisados, destaca-se a importância da adesão da União Europeia à Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em 2006.²⁶⁴ A adesão, concretizada através de Decisão do Conselho,²⁶⁵ funda-se na perceção da Comunidade como “actor internacional de primeiro plano no domínio da cooperação judiciária em matéria civil”.²⁶⁶ Ter-se-ia em vista o exercício da sua competência externa e bem assim a participação nas negociações levadas a cabo no

²⁵⁹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 353.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 354.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² REIS, Cardoso Assunção, “A cooperação judiciária em matéria civil no projeto europeu”, *ob. cit.*, p. 588.

²⁶³ *Idem*.

²⁶⁴ Veja-se que o Tratado de Amesterdão veio atribuir competência legislativa à Comunidade Europeia em matéria de cooperação judiciária em matéria civil.

²⁶⁵ Decisão do Conselho, de 5 de outubro de 2006, relativa à adesão da Comunidade à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, publicada no Jornal Oficial n.º L 297 de 26.10.2006.

²⁶⁶ Considerandos da Decisão do Conselho.

âmbito das matérias de cooperação judiciária em matéria civil que contendessem com o mercado interno.²⁶⁷

Ora, importará neste ponto aferir em que medida é que a política de cooperação judiciária em matéria civil, aqui analisada, tem sido concretizada pela União Europeia. Para tal, far-se-á uma referência aos principais atos legislativos da União Europeia que concretizam a política de cooperação, agregando-os em quatro grupos distintos, ou seja, rede judiciária em matéria civil e comercial; matéria civil e comercial; aspetos processuais; direito da família e das sucessões.²⁶⁸

No que concerne à rede judiciária em matéria civil e comercial, esta foi criada pela Decisão 2001/470/CE.²⁶⁹ Ter-se-ia em vista prosseguir a construção do espaço de liberdade, segurança e justiça que, além do mais, permitisse o correto funcionamento do mercado interno. Ora, esse fim seria realizado através da consagração de uma rede que permitisse “melhorar, simplificar e acelerar a cooperação judiciária efetiva entre os Estados-Membros em matéria civil e comercial”.²⁷⁰ A “estrutura de cooperação em rede”²⁷¹ que se cria é composta, de acordo com o artigo 2.º da Decisão, por pontos de contacto designados pelos Estados-Membros, por entidades e autoridades centrais, por magistrados de ligação, e bem assim por qualquer outra autoridade judiciária ou administrativa responsável pela cooperação judiciária em matéria civil e comercial. A Rede estará, portanto, incumbida de facilitar a cooperação judiciária entre os Estados-Membros, no âmbito de atos em matéria civil e comercial. Para tal, criará um sistema de informação destinado aos seus Membros, e bem assim um sistema de informação de acesso ao público - artigo 3.º da Decisão. A par disso, à rede é atribuída a tarefa de facilitar os contactos entre as autoridades dos respetivos Estados.²⁷² Já em 2009, através da Decisão n.º 568/2009/CE procedeu-se a uma modernização das estruturas da Rede e a um alargamento das suas atribuições, atividades e estrutura de participação. A Rede

²⁶⁷ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 355.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 364.

²⁶⁹ Publicada no Jornal Oficial nº L 174 de 27-06-2001.

²⁷⁰ Considerandos da Decisão 2001/470/CE.

²⁷¹ Considerandos da Decisão 2001/470/CE.

²⁷² Promovendo a realização de reuniões periódicas dos pontos de contacto e dos Membros, assim como elaborar e manter atualizadas as informações em matéria de cooperação judiciária e no que concerne aos sistemas jurídicos dos seus membros. A Rede acabará por realizar uma “dupla função”, tendo em conta a atuação a nível da criação de um sistema de contacto e informação destinado aos seus membros – função externa-, e os procedimentos de informação acerca dos sistemas jurídicos internos de cada um dos seus membros – função local. Neste sentido, GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 367.

tem assumindo um papel fundamental no que concerne à realização da política de cooperação judiciária, funcionando de forma progressivamente eficaz na realização desta cooperação.²⁷³

No tocante à matéria civil e comercial, destaca-se o Regulamento (CE) n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II);²⁷⁴ O Regulamento (CE) n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I);²⁷⁵ O Regulamento (UE) n.º 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I bis);²⁷⁶ E, finalmente, o Regulamento (UE) n.º 2015/848, relativo aos processos de insolvência.²⁷⁷

No que se refere à matéria de aspetos processuais e questões conexas,²⁷⁸ aqui se abarca o Regulamento (CE) n.º 1206/2001 relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial;²⁷⁹ O Regulamento (CE) n.º 1869/2005, que substitui o Regulamento (CE) n.º 805/2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados;²⁸⁰ O Regulamento (CE) n.º 1896/2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento;²⁸¹ O Regulamento (CE) n.º 861/2007 que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante;²⁸² E, por fim, o Regulamento (CE) n.º 1393/2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros.²⁸³

²⁷³ A conclusão resulta do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre as atividades da Rede Judiciária em matéria civil e comercial, datado de 10-03-2016 – COM/2016/129. Não obstante a avaliação do funcionamento da Rede ser, no seu global, positiva, o Relatório aponta determinados pontos a ter em conta para o futuro, no intento de melhorar o seu funcionamento.

²⁷⁴ Publicado no Jornal Oficial n.º L 199 de 31-07-2007.

²⁷⁵ Publicado no Jornal Oficial n.º L 177 de 04-07-2008.

²⁷⁶ Publicado no Jornal Oficial n.º L 351 de 20-12-2012.

²⁷⁷ Tendo vindo reformular o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de maio de 2000, o Regulamento foi publicado no Jornal Oficial n.º L 141 de 05-06-2015.

²⁷⁸ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *ob. cit.*, p. 364.

²⁷⁹ Publicado no Jornal Oficial n.º L 174 de 27-06-2001.

²⁸⁰ Publicado no Jornal Oficial n.º L 300 de 17.11.2005.

²⁸¹ Publicado no Jornal Oficial n.º L 399 de 30-12-2006.

²⁸² Publicado no Jornal Oficial n.º L 199 de 31-07-2007.

²⁸³ Publicado no Jornal Oficial n.º L 324 de 10-12-2007.

3.2. EM MATÉRIA DE DIREITO DA FAMÍLIA

O progressivo aumento da circulação de pessoas no espaço europeu acarretou um acréscimo de casamentos e de uniões transfronteiriças. Remontando já ao ano de 2007, estimava-se que em por cada 2,4 milhões de novos casamentos, 13% correspondiam a casamentos de índole internacional. Já no que concerne a parecerias registadas, num total de 211 000 das registadas, 41 000 respeitavam a casais internacionais.²⁸⁴ Em 2011, estimava-se que existissem na União cerca de 16 milhões de casais internacionais.²⁸⁵ Ora, assim iam proliferando as relações jurídicas familiares plurilocalizadas e a necessidade de harmonizar a sua regulamentação no espaço europeu. À final, pretender-se-ia assegurar o respeito pelos direitos fundamentais destes cidadãos, mormente o direito de contrair casamento e de constituir família, previsto no artigo 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e bem assim o respeito pelo preceituado no artigo 21.º da Carta que proíbe qualquer forma de discriminação.²⁸⁶

Fruto das disposições introduzidas pelo Tratado de Nice,²⁸⁷ o direito da família passou a ser expressamente mencionado no âmbito da competência da União para atuar no domínio da cooperação judiciária em matéria civil.²⁸⁸ Como já referido, este sistema de cooperação impõe-se atendendo ao intento de concretização de um espaço de liberdade, segurança e justiça. Desta forma, nos termos do artigo 81.º do TFUE, A União procederá à instituição de um sistema de cooperação judiciária em matéria civil relativa a situações plurilocalizadas, assente no princípio do reconhecimento mútuo de decisões. A cooperação assim instituída poderá passar pela tomada de medidas que signifiquem a aproximação de legislações nacionais. No entanto, o n.º 3 do preceito

²⁸⁴ De acordo com Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, COM/2011/127 final — 2011/0060, publicado no Jornal Oficial n.º C 376 de 22-12-2011.

²⁸⁵ De acordo com Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, COM/2011/ 127 final — 2011/0060, publicado no Jornal Oficial n.º C 376 de 22-12-2011.

²⁸⁶ De acordo com a Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais COM/2016/107, de 02-03-2016.

²⁸⁷ Assinado a 26-02-2001, tendo entrado em vigor a 01-02-2003.

²⁸⁸ BAERE, Geert De; GUTMAN, Kathleen, “The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law” *ob. cit.*, p. 16.

prevê que as medidas levadas a cabo nos termos do n.º 2 que respeitem a matérias de direito da família serão estabelecidas pelo Conselho, que delibera por unanimidade após consultar o Parlamento. Ora, a instituição de um procedimento de deliberação especial no que toca às matérias de direito da família deixa transparecer a sensibilidade que lhes assiste.²⁸⁹

Ora, aqui chegados, importa atentar na concretização da cooperação judiciária no domínio do direito da família e das sucessões, fazendo menção aos vários instrumentos que versam sobre a matéria.

Primeiramente atente-se ao Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal.²⁹⁰ O Regulamento foi, entretanto, revogado pelo Regulamento (CE) 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.²⁹¹ Não obstante, importará atentar em algumas das previsões que contemplava em matéria de responsabilidade parental. O Regulamento aplicar-se-ia a matérias relativas a processos cíveis de divórcio, separação de pessoas e bens ou anulação do casamento, bem como processos cíveis atinentes às responsabilidades parentais relativamente a filhos comuns do casal, desde que se tratassem de questões relacionadas com ações matrimoniais que caíssem no âmbito do Regulamento. O Regulamento entrou em vigor a 1 de março de 2001, em todos os Estados-Membros, de acordo com o seu artigo 46.º. Ressalvando-se o caso da Dinamarca, que não estaria vinculada por este instrumento. Não obstante o Regulamento ter adotado obrigações já assumidas através de outros instrumentos,²⁹² teve o mérito de se revelar um instrumento impar no que respeitou ao processo de integração, uma vez que detinha “maior força integrativa e unificadora”²⁹³ relativamente às Convenções que lhe precederam.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 17.

²⁹⁰ Publicado no Jornal Oficial n.º L 160 de 30-06-2000.

²⁹¹ Publicado no Jornal Oficial n.º L 338 de 23-12-2003.

²⁹² SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, *ob. cit.*, p. 79.

²⁹³ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de direito(s)*, *ob. cit.*, p. 468.

No tocante à determinação da competência no que toca às responsabilidades parentais de filhos comuns, estabelecia-se, no artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento que seriam competentes os tribunais do Estado-Membro que reservassem competência para decidir o pedido de divórcio, de separação de pessoas e bens ou de anulação do casamento. Assim seria, desde que o filho tivesse a sua residência habitual nesse mesmo Estado-Membro. Caso a criança não tivesse residência habitual nesse Estado-Membro, mas a tivesse num dos Estados-Membros, previa o n.º 2 deste preceito, que os tribunais competentes continuariam a ser os acima referidos, se criança e se pelo menos um dos cônjuges exercesse as responsabilidades parentais em relação a ela (alínea a)), e se a competência destes tribunais tivesse sido aceite pelos cônjuges e seja assegurado o superior interesse da criança (alínea b)). Assim, a ação de regulação de responsabilidades parentais prevista no Regulamento revestia carácter duplamente limitado,²⁹⁴ por um lado porque suporia uma ação matrimonial que lhe desse origem e lhe fosse conexa e, por outro, porque suporia que a criança em questão tivesse a sua residência habitual no território de um dos Estados-Membros. Neste sentido, quando cessasse a ação matrimonial, cessaria também a competência internacional prevista no Regulamento relativamente à ação de regulação de responsabilidades parentais.²⁹⁵ Revelando-se preocupação com as situações em que em contexto de crise matrimonial a criança é ilicitamente deslocada por um dos progenitores, o Regulamento remetia a determinação da competência para apreciação destas questões para a Convenção de Haia de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças. Na senda da instituição de uma política de cooperação em matéria de direito da família, o Regulamento logrou por regular questões tendentes à litispendência, e adotando uma regra *prior temporis*,²⁹⁶ previa que o Tribunal em que a ação fosse instaurada em segundo lugar suspenderia oficiosamente a instância.

Em matéria de reconhecimento, o artigo 14.º do regulamento instituíu um sistema de reconhecimento tendencialmente automático das decisões proferidas por um Estado-Membro, portanto, sem necessidade de recurso a qualquer procedimento prévio. De resto, o artigo 15.º elenca os vários fundamentos de não reconhecimento. No que

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 469.

²⁹⁵ As causas de cessação de competência estariam previstas no artigo 3.º, n.º 3.

²⁹⁶ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, *ob. cit.*, p. 471.

concerne em particular aos fundamentos de não reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidades parentais, sendo que fariam parte desse elenco fatores como a reserva de ordem pública do Estado requerido, tendo em conta os interesses da criança (alínea a); a não audição da criança, exceto quando se trate de casos de urgência (alínea b), Ora, o que, de resto, reflete a preocupação do Regulamento na salvaguarda do superior interesse da criança, aqui espelhado na previsão da tomada em conta do seu melhor interesse a na obrigatoriedade da sua audição, previsões que efetivam as normas constantes da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. Já no que respeita à execução de decisões, esta estaria dependente do pedido de uma das partes interessadas com vista à declaração de executoriedade, procedimento regulado nos artigos 21.º a 29.º do Regulamento.

Cumprе mencionar o Regulamento (CE) n.º 4/2009, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.²⁹⁷ O Regulamento é aplicável às obrigações alimentares transfronteiriças decorrentes das relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade.

Ainda o Regulamento (CE) n.º 664/2009, que estabelece um procedimento para a negociação e a celebração de acordos entre Estados-Membros e países terceiros relativamente à competência, ao reconhecimento e à execução de sentenças e decisões em matéria matrimonial, de responsabilidade parental e de obrigações de alimentos, bem como à lei aplicável em matéria de obrigações de alimentos.²⁹⁸ O Regulamento aplicar-se-á assim aos acordos que concernem a certas matérias abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e pelo Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, na medida em que tais matérias sejam da competência exclusiva da Comunidade – artigo 1.º, n.º 2.

Mais tarde, é adotado o Regulamento (CE) n.º 1259/2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial,²⁹⁹ na senda da Decisão 2010/405/UE do Conselho,³⁰⁰ que autoriza uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação

²⁹⁷ Publicado no Jornal Oficial n.º L 7 de 10-01-2009, com entrada em vigor a 30-01-2009.

²⁹⁸ Publicado no Jornal Oficial n.º L 200 de 31-07-2009.

²⁹⁹ Jornal Oficial n.º L 343 de 29-12-2010.

³⁰⁰ Publicada no Jornal Oficial n.º L 189 de 22-07-2010.

judicial.³⁰¹ O Regulamento será aplicável aos casos de conflitos de leis, divórcio e separação judicial.³⁰² De resto, preceitua que o seu âmbito de aplicação material será consentâneo com o Regulamento (CE) n.º 2201/2003.

Posteriormente, surge o Regulamento (CE) n.º 650/2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu.³⁰³ O Regulamento aplicar-se-á às sucessões por morte, excluindo-se as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, nos termos do seu artigo 1.º³⁰⁴

Não obstante todos os trabalhos levados a cabo até então, mantinha-se a disparidade entre as normas que regulariam a matéria de regimes matrimoniais respeitantes a casais cujo vínculo jurídico tem cariz internacional. Esta disparidade levava a que estes casais se deparassem com dificuldades práticas e entraves a nível jurídico no que toca à gestão dos seus bens, bem como à partilha destes em caso de

³⁰¹ Com o objetivo de reforçar a cooperação judiciária, instituindo um sistema claro e uniforme em matéria de divórcio e separação, assegurando aos cidadãos “segurança jurídica, previsibilidade e flexibilidade”, de acordo com os considerandos da Decisão. Assim, um grupo de catorze Estados Europeus havia solicitado este reforço de cooperação à Comissão, de modo a que esta apresentasse ao Conselho uma proposta neste sentido.

³⁰² O Regulamento elencara as matérias excluídas do seu âmbito de aplicação no n.º 2 do artigo 2.º. Assim, não se aplicara às matérias de capacidade jurídica de pessoas singulares; existência, validade ou reconhecimento de um casamento; anulação de um casamento; nome dos cônjuges; efeitos patrimoniais do casamento; responsabilidade parental; obrigações alimentares; e, por fim, trusts ou sucessões.

³⁰³ Publicado no Jornal Oficial n.º L 201 de 27-07-2012.

³⁰⁴ De acordo com o n.º 2 do seu artigo 2.º, o Regulamento não se aplica em matéria de estado das pessoas singulares, bem como as relações familiares e as relações que a lei aplicável considera produzirem efeitos comparáveis; capacidade jurídica das pessoas singulares, sem prejuízo do artigo 23.º, n.º 2, alínea c), e do artigo 26.º; questões relacionadas com o desaparecimento, a ausência ou a morte presumida de uma pessoa singular; questões relacionadas com regimes matrimoniais e regimes patrimoniais no âmbito de relações que a lei aplicável considera produzirem efeitos comparáveis ao casamento; obrigações de alimentos com exceção das resultantes do óbito; validade formal das disposições por morte feitas oralmente; direitos e os bens criados ou transferidos fora do âmbito da sucessão, tais como as liberalidades, a propriedade conjunta de várias pessoas com reversibilidade a favor da pessoa sobrevivente, os planos de reforma, os contratos de seguros e as disposições análogas, sem prejuízo do artigo 23.º, n.º 2, alínea i); questões regidas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica, como as cláusulas contidas nos atos constitutivos e nos estatutos das sociedades e outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica, que fixam o destino das quotas aquando da morte dos seus membros; dissolução, extinção e fusão de sociedades e outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica; criação, administração e dissolução de trust; natureza dos direitos reais; e, por fim, a qualquer inscrição num registo de direitos sobre um bem imóvel ou móvel, incluindo os requisitos legais para essa inscrição, e os efeitos da inscrição ou não inscrição desses direitos num registo.

separação ou morte de um dos elementos.³⁰⁵ Por conseguinte, a 24 de junho de 2016, é adotado o Regulamento (UE) 2016/1103 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais.³⁰⁶ O Regulamento é aplicável aos regimes matrimoniais, tal como resulta do seu artigo 1.º, que assim circunscreve o seu âmbito de aplicação.³⁰⁷

A par deste instrumento é adotado, na mesma data, o Regulamento (UE) 2016/1104 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas.³⁰⁸ Por esta forma, através de um ato único, garante-se aos casais não vinculados pelo casamento segurança jurídica e previsibilidade no que concerne aos efeitos patrimoniais da sua parceria.³⁰⁹

Aqui chegados cumpre concluir que um vasto trabalho tem sido levado a cabo pela União no intento de concretizar um espaço de liberdade, segurança e justiça, na premissa de que para tal é indispensável levar a cabo esforços no sentido da tão clamada harmonização.

³⁰⁵ De acordo com a Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais COM/2016/107, de 02-03-2016.

³⁰⁶ Publicado no Jornal Oficial n.º L 183 de 08-07-2016.

³⁰⁷ O Regulamento elenca, no seu artigo 1.º, as matérias excluídas do seu âmbito de aplicação. Aqui se incluem as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. Do mesmo modo, ficam excluídas matérias de capacidade jurídica dos cônjuges existência, validade ou reconhecimento de um casamento; obrigações de alimentos; sucessão por morte do cônjuge; segurança social; direito à transferência ou à adaptação entre cônjuges, em caso de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento, dos direitos a pensão de reforma ou de invalidez adquiridos durante o casamento e que não tenham gerado rendimentos de pensão durante o casamento; A natureza dos direitos reais sobre um bem; e, por fim, Qualquer inscrição num registo de direitos sobre um bem imóvel ou móvel, incluindo os requisitos legais para essa inscrição, e os efeitos da inscrição ou não inscrição desses direitos num registo.

³⁰⁸ Publicado no Jornal Oficial n.º L 183 de 08-07-2016.

³⁰⁹ O Regulamento, no seu artigo 3.º, n.º 1, a), define parceria registada como o “regime de vida em comum entre duas pessoas que é previsto por lei, cujo registo é obrigatório ao abrigo dessa lei e que satisfaz as formalidades legais exigidas por essa lei para o seu estabelecimento”.

CAPÍTULO III - O REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 E AS REGRAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL

1. ANTECEDENTES

Com já referido, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental veio a revogar o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal.

Ao Regulamento precedente apontava-se-lhe como falhas o facto de o seu âmbito de aplicação ser demasiado restrito e ainda o facto de as suas disposições se revelarem, nessa altura, desfasadas da realidade social vivida.³¹¹ O Regulamento ora revogado ainda nem teria entrado em vigor, quando a França logrou por apresentar uma iniciativa com vista à adoção de um Regulamento relativo à execução mútua de decisões respeitantes ao direito de visita dos filhos de casais separados ou divorciados.³¹² Por sua vez, a Comissão logrou por apresentar uma proposta de regulamento relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de responsabilidade parental.³¹³ O objetivo seria alargar o regime de execução previsto no Regulamento (CE) n.º 1347/2000 a todas as decisões no âmbito das responsabilidades parentais. A partir daqui e, até por uma questão de coerência, concluiu-se que seria mais vantajoso reunir os textos ora apresentados num único instrumento. Desta forma, já em 2002, a Comissão apresentou uma nova proposta de Regulamento,³¹⁴ que aglomerava as soluções basilares do Regulamento, da iniciativa francesa e da proposta da Comissão.

³¹¹ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *in* Estudos em Memória do Professora Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 314.

³¹² A iniciativa foi apresentada a 03-07-2000, publicada no Jornal Oficial n.º C 234, de 15-08-2000.

³¹³ A proposta viria publicada no Jornal Oficial n.º C 332, de 27-11-2001.

³¹⁴ “Proposta de Regulamento do Conselho 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 e altera o Regulamento n.º 44/2001 em matéria de obrigação de alimentos”, COM/2002/222, publicada no Jornal Oficial n.º C 203, de 27-08-2002.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, também denominado por Bruxelas II *bis* ou Bruxelas II-A seria então adotado em 27 de novembro de 2003. Propor-se-ia a unificar normas de competência internacional, bem como as normas relativas ao reconhecimento e execução de decisões em matéria de responsabilidade parental.³¹⁵

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 (daqui em diante Regulamento) particularizar-se-ia por apresentar um âmbito de aplicação mais vasto³¹⁶ comparativamente ao instrumento precedente, de acordo com o objetivo traçado nas propostas. Veio assim alargar o seu âmbito às decisões respeitantes às responsabilidades parentais, “independentemente da natureza das relações entre os progenitores”.³¹⁷ De relevar ainda que, contrariamente ao instrumento precedente, o Regulamento Bruxelas II *bis* será aplicável às decisões relativas às responsabilidades parentais sem que se exija a conexão com um pedido de divórcio, de separação de pessoas e bens ou de anulação do casamento.³¹⁸ Desta forma, o Regulamento primou por concretizar o princípio da igualdade³¹⁹ entre todas as crianças, prevendo a mesma regulamentação para as questões relativas às responsabilidades parentais, independentemente da condição dos seus pais, acabando por dar concretização ao disposto no artigo 2.º da CDC.³²⁰ O Regulamento veio ainda abolir o *exequatur* em determinadas decisões relativas ao direito de visita e ao regresso da criança, tal como previsto nas disposições da seção IV do capítulo III.³²¹

De resto, relativamente à estrutura, o regulamento conta com sete capítulos. O primeiro respeita ao âmbito de aplicação e definições; o segundo à competência;

³¹⁵ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Competência internacional e litispendência em matéria de responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II *bis*” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 55, julho/setembro, 2016, p. 41

³¹⁶ Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 233; BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 315.

³¹⁷ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 316.

³¹⁸ Artigo 1.º e 3.º do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 que dispõem a dependência das questões relativas às responsabilidades parentais relativamente aos processos matrimoniais.

³¹⁹ Tal como resulta do considerando n.º 5, o fim último do alargamento do âmbito de aplicação seria garantir a igualdade de tratamento de todas as crianças.

³²⁰ O artigo 2.º da CDC preconiza o princípio da igualdade, prevendo que todos os direitos que consagra se aplicam a todas as crianças, sem exceções, independentemente da “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento” ou de qualquer outra circunstância.

³²¹ Sendo que o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 exigia *exequatur*, nos termos do disposto no seu artigo 21.º.

seguindo-se as disposições relativas ao reconhecimento e execução; à cooperação entre autoridades; às relações com outros atos; disposições transitórias; e por último, disposições finais.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O Regulamento é aplicável às matérias civis tendentes ao divórcio, separação de pessoas e bens e anulação do casamento, no âmbito de processos judiciais ou não judiciais, desde que corram perante autoridades oficialmente reconhecidas e competentes na matéria.³²² Relativamente às matérias que ora se analisam, veja-se que de acordo com o artigo 1.º, n.º 1, b), o Regulamento é aplicável às matérias civis tendentes à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade parental, independentemente da natureza do tribunal. De notar que o Regulamento não define o limite máximo de idade da criança cujas questões relativas às responsabilidades parentais possam cair no seu âmbito de aplicação, remetendo essa questão para o direito nacional. Embora se possa partir da premissa que as questões tendentes às responsabilidades parentais respeitem a crianças com idade inferior a 18 anos, as decisões relativas a crianças com idade inferior a esta mas já emancipadas, não se consideram abrangidas pelo Regulamento.³²³

Para efeitos do Regulamento entender-se-á por responsabilidade parental o conjunto de direitos e obrigações de um titular da responsabilidade parental relativos à pessoa ou aos bens de uma criança, conferidos através de decisão judicial, atribuição de pleno direito ou acordo em vigor.³²⁴ O n.º 2 do referido preceito explana que estarão aqui abrangidas as matérias referentes ao direito de guarda e ao direito de visita; tutela, curatela e outras instituições análogas; designação e funções de qualquer pessoa ou organismo encarregado da pessoa ou dos bens da criança e da sua representação ou

³²²De acordo com o considerando n.º 8, o Regulamento não é, no entanto, aplicável às matérias de uniões de facto ou uniões registadas; às causas do divórcio; aos efeitos patrimoniais do casamento; a eventuais medidas acessórias; às obrigações alimentares, reguladas pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001; e ainda aos processos religiosos, sem prejuízo do estabelecido no artigo 63.º.

³²³ Será esta a orientação fornecida pela Comissão. Neste sentido, Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, (em linha), [consultado a 10-12-2016], 2014, disponível em http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_pt.pdf.

³²⁴O desígnio “*responsabilidade parental*” traduzido do inglês “*parental responsibility*” foi alvo de críticas pela eleição do adjetivo “*parental*”, que em língua portuguesa se refere a “*parente*” e não “*relativo a pai e mãe*” tal como na língua inglesa. Neste sentido, havia sido sugerido que se adotasse o adjetivo “*paternal*” que significa “*relativo a pai e mãe*”. Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, ob. cit., p. 233.

assistência; colocação da criança ao cuidado de uma família de acolhimento ou de uma instituição; medidas de proteção da criança relacionadas com a administração, conservação ou disposição dos seus bens.³²⁵ Aqui se incluem o direito de guarda e o direito de visita. Relativamente ao primeiro, o conceito consta do artigo 2.º, n.º 9, que precisa que para efeitos do Regulamento, o direito de guarda abrange direitos e obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência. Por seu turno, o artigo 2.º, n.º 10 define o direito de visita como o direito de levar uma criança, por um período limitado, para um lugar diferente daquele da sua residência habitual.

Por outro lado, o n.º 3 elenca as matérias que se encontram excluídas do seu âmbito de aplicação. Aqui se incluem as matérias tendentes ao estabelecimento ou impugnação da filiação; às decisões em matéria de adoção, abrangendo as medidas preparatórias, a anulação e revogação da adoção; aos nomes e apelidos da criança; à emancipação; aos alimentos; aos fideicomissos (*trusts*) e às sucessões; às medidas tomadas no âmbito de infrações penais cometidas pela criança.

Relativamente ao âmbito de aplicação espacial, o Regulamento é aplicável às decisões proferidas pelos tribunais de todos os Estados da União,³²⁶ exceto da Dinamarca, de acordo com os considerandos n.º 30 e n.º 31 e com o n.º 3 do artigo 2.º.³²⁷

De acordo com o seu artigo 72.º, o Regulamento entrou em vigor a 1 de agosto de 2004. Não obstante, de acordo com o artigo 64.º passou a ser aplicável a ações, atos autênticos e acordos apenas a partir de 1 de março de 2005. Excecionam-se as disposições contidas nos artigos 67.º, 68.º, 69.º e 70.º, relativos aos deveres de

³²⁵ Relativamente aos bens da criança, no considerando n.º 9 esclarece-se que o Regulamento só será aplicável às medidas de proteção da criança, por exemplo, nas situações em que os titulares das responsabilidades parentais não estejam de acordo relativamente à administração dos bens daquela. As restantes medidas relativas aos bens da criança não tendentes à proteção serão reguladas pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de dezembro, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

³²⁶ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Competência internacional e litispendência em matéria de responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II *bis*” *ob. cit.*, p. 42.

³²⁷ O n.º 3 do referido preceito fornece a definição de “Estado-Membro”, concretizando que se tratará de qualquer Estado da União, à exceção da Dinamarca.

informação entre os Estados-Membros, que passaram a aplicar-se desde 1 de agosto de 2004.³²⁸

3. DISPOSIÇÕES RELATIVAS À COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL

Como já referido ao longo do presente, as principais inovações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003 refletem-se nas disposições tendentes à responsabilidade parental. Essas inovações verificaram-se sobretudo em matéria de determinação de competência jurisdicional,³²⁹ âmbito no qual foi edificada uma hierarquia de normas de jurisdição.³³⁰ Em matéria de responsabilidade parental, o Regulamento estabelece como critérios de conexão a residência habitual da criança (artigos 8.º a 10.º), o local onde esta se encontra (artigo 13.º), assim como o local dos tribunais onde corra processo matrimonial (artigo 12.º). Note-se que, caso nenhum tribunal de um Estado-membro seja competente por força destas disposições, dispõe o artigo 14.º que a competência é definida, em cada Estado, pela sua lei interna. Assim, daqui se depreende que a competência será definida de acordo com as disposições do Regulamento, sendo que apenas será determinada com recurso ao direito interno quando não resultar das suas disposições.³³¹

³²⁸ No entanto, nos n.º 2.º, 3.º e 4.º do artigo 64.º são previstos regimes especiais para o reconhecimento e execução de decisões proferidas antes da data em que o Reg. passou a ser aplicável. Assim, as decisões proferidas após data de aplicação do Regulamento, no âmbito de processos instaurados antes dessa data, mas após entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, são reconhecidas e executadas de acordo com as disposições previstas no Reg. que ora se analisa, caso a competência do tribunal se funde em regras coincidentes com as constantes do capítulo II do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, ou de uma convenção celebrada entre o Estado-Membro de origem e o Estado-Membro requerido. Já as decisões proferidas antes da data de aplicação do Regulamento, no âmbito de processo instaurados após data de entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, são reconhecidas e executadas nos termos do Reg. que ora se analisa, desde que esteja em causa uma ação de divórcio, separação ou anulação do casamento, ou uma ação em matéria de responsabilidade parental de filhos comuns no âmbito de uma ação de natureza matrimonial. Por fim, as decisões proferidas antes da data de aplicação do Regulamento, no âmbito de processo instaurados após data de entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, são reconhecidas e executadas nos termos do Regulamento que ora se analisa, desde que se esteja em causa uma ação de divórcio, separação ou anulação do casamento, ou uma ação em matéria de responsabilidade parental de filho comuns no âmbito de uma ação de natureza matrimonial.

³²⁹ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 325.

³³⁰ HODSON, David, *A Practical Guide to International Family Law*, Family Law, 2008, p. 235.

³³¹ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 240.

3.1 A RESIDÊNCIA HABITUAL DA CRIANÇA

A regra geral da competência jurisdicional em matéria de responsabilidade parental consta do artigo 8.º do Regulamento. Aí se dispõe que os tribunais de um Estado-Membro serão competentes em matéria de responsabilidade parental relativamente a uma criança que aí resida habitualmente à data em que o processo for instaurado.³³² O processo considerar-se-á instaurado, nos termos do artigo 16.º, na data de apresentação ao tribunal do ato introdutório da instância,³³³ ou na data em que é recebido pela autoridade que procede à citação ou à notificação, nos casos em que o ato tenha de ser citado ou notificado antes de ser apresentado ao tribunal.³³⁴

Desta forma, consagra-se a residência habitual da criança como regra geral no âmbito da determinação da competência em matéria de responsabilidade parental. Esta escolha justifica-se pelo facto de a residência habitual se assumir como o foro mais adequado em virtude da proximidade com a criança que representa.³³⁵ Tal como explanado no considerando n.º 12, as regras de competência consagradas no Regulamento norteiam-se pelo princípio do superior interesse da criança, que aqui se materializará no critério da proximidade. A eleição da residência habitual da criança como regra geral não é, de resto, uma novidade introduzida pelo Regulamento, já que a Convenção da Haia de 1996 a consagraria também como foro preferencial.³³⁶ Considera-se que as autoridades do Estado da residência habitual da criança conhecerão melhor o seu meio social e todas as questões atinentes à sua vida,³³⁷ tendo em conta que estão em melhor posição para aferir do seu desenvolvimento e respetivas necessidades. Por estes motivos, terão maior facilidade em obter informações relevantes para avaliação da questão.³³⁸ Para além disso, a eleição das autoridades do Estado da

³³² A competência deve, portanto, ser determinada quando o processo tem início, não se mantendo após a sua conclusão. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *W. vs. X.*, processo n.º C-499/15, de 15 de fevereiro de 2017.

³³³ Assim será, desde que o requerente não deixe de tomar as medidas que lhe cabem para ser realizada a notificação ou citação do requerido.

³³⁴ De igual forma, desde que o requerente não deixe de tomar as medidas, tal como referido na nota anterior.

³³⁵ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob. cit.*, p. 111.

³³⁶ Nos termos do artigo 5.º da Convenção, as autoridades administrativas do Estado da residência habitual da criança detêm competência para tomar medidas necessárias à sua proteção ou dos seus bens.

³³⁷ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 361.

³³⁸ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 374.

residência habitual da criança justifica-se por uma “razão de eficácia jurídica”,³³⁹ tendo em conta que serão as melhor posicionadas para decertar medidas adequadas às circunstâncias concretas, sendo nesse Estado que serão efetivadas não se colocando eventuais entraves relacionados com o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras.³⁴⁰ Ora, demonstrado o fundamento que subjaz à eleição da residência habitual da criança como regra geral em matéria de determinação de competência, infere-se que esta solução é um dos mecanismos previstos pelo Regulamento que reflete o intento da salvaguarda do superior interesse da criança.

Não obstante o preceituado no artigo 8.º, o conceito de residência habitual não vem definido no Regulamento, pelo que poderá ter de ser preenchido no caso concreto.³⁴¹ Tem sido entendimento do TJUE que a residência habitual da criança deverá corresponder ao local em que a criança se encontra integrada num ambiente social e familiar.³⁴² Assim, o termo “habitual”, na aceção do artigo 8.º deve refletir habitualidade e estabilidade.³⁴³ A ausência de tal definição poderá significar a existência de uma lacuna, ou então um mero erro do legislador.³⁴⁴ Poder-se-á ainda tratar uma opção deliberada por uma “técnica legislativa silenciosa”³⁴⁵ no intuito de preencher o conceito apenas no caso concreto. Nesta última hipótese, tem-se apontado que que não deve ser fornecida uma noção única de residência habitual, sob pena de daí resultar uma descrição excessiva por parte do legislador.³⁴⁶ Ademais, tem vindo a ser entendimento de que a interpretação do conceito de residência habitual levada a cabo noutros domínios do direito da União não poderá servir de base à interpretação do conceito plasmado no artigo 8.º,³⁴⁷ ao qual deve ser atribuído um significado autónomo.³⁴⁸ Trata-

³³⁹ *Ibidem*, p. 375.

³⁴⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 246.

³⁴¹ O Regulamento também não remete a definição do conceito para o direito nacional dos Estados-Membros. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe, processo n.º C-497/10, de 22 de dezembro de 2010.

³⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe, processo n.º C-497/10, de 22 de dezembro de 2010.

³⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe, processo n.º C-497/10, de 22 de dezembro de 2010.

³⁴⁴ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 361.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 362.

³⁴⁶ MELLONE, Marco, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie” in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, ano XLVI – n.º 3, julho/setembro, CEDAM, Padua, 2010, p. 714.

³⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

se, portanto, de um conceito de conteúdo variável, autónomo e próprio. Não obstante, há quem considere que esta indeterminação dá azo à divergência de decisões.³⁴⁹

O conceito de residência habitual poderá ter de ser, como já referido, interpretado consoante o contexto do caso concreto em que se insira, levando-se a cabo uma interpretação sistemática.³⁵⁰ Para além do mais, deverá ter-se em conta os objetivos prosseguidos pelo Regulamento,³⁵¹ devendo atender-se neste caso ao já referido considerando n.º 12, que manda atender ao superior interesse da criança orientado pelo critério da proximidade.³⁵² Daqui decorre que o conceito de residência habitual deverá, à final, ser interpretado à luz do superior interesse da criança.³⁵³

Neste contexto, por forma a aferir qual a residência habitual de uma criança, cumpre salientar que a sua mera presença física em determinado local não releva por si só.³⁵⁴ Deverá antes verificar-se uma certa duração e estabilidade que se não se confunda como uma mera e breve presença física,³⁵⁵ da qual resulte uma intenção de se estabelecer nesse Estado.³⁵⁶ Assim, deverá levar-se a cabo uma ponderação de determinadas circunstâncias do caso concreto, como a duração da estadia da família no Estado-Membro; a nacionalidade da criança; o lugar e condições de escolarização da criança, os seus conhecimentos linguísticos, as relações familiares e sociais; ponderar-se-á também a intenção manifestada pelos progenitores, através de determinados fatores como a eventual compra ou o arrendamento de um imóvel ou o pedido de apoio social de habitação- sendo que a intenção dos progenitores não basta para determinar a residência habitual da criança, servindo apenas como um mero indício.³⁵⁷ Em suma, a ponderação destes fatores deverá indicar que a presença da criança não revela caráter

³⁴⁸ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, *ob. cit.*.

³⁴⁹ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob. cit.*, p. 113.

³⁵⁰ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 362.

³⁵¹ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, *ob. cit.*.

³⁵² CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 362.

³⁵³ MELLONE, Marco, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie” *ob. cit.*, p. 712.

³⁵⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

³⁵⁵ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 362.

³⁵⁶ HODSON, David, *A Practical Guide to International Family Law*, *ob. cit.*, p. 237.

³⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, OL vs PQ, processo C-111/17 PPU, de 8 de junho de 2017.

temporário ou ocasional.³⁵⁸ Assim, por exemplo, neste contexto não relevará a presença física da criança num determinado Estado que aí se encontra a passar férias.

A ponderação da mera presença física da criança num determinado Estado enquanto fator a considerar na determinação da residência habitual tem sido analisada pelo TJUE. No acórdão OL vs PQ³⁵⁹ apreciara-se qual a interpretação a dar ao conceito de residência habitual no caso particular em que uma criança nasce no Estado A (Grécia) com o qual não apresenta qualquer ligação, por opção de ambos os progenitores que, inicialmente, pretendiam que após o nascimento a criança regressasse ao Estado B, Estado da residência habitual de ambos (Itália). Sucede que, após o nascimento, por vontade da mãe, a criança permaneceu com ela no Estado A, onde teria nascido. Perante isso, o pai apresentou nos tribunais italianos um pedido de divórcio, requerendo ainda a regulação das responsabilidades parentais, pedindo que lhe fosse atribuída a guarda exclusiva da criança e que fosse ordenado o seu regresso da criança a Itália. Da mesma forma, apresentou nos tribunais gregos um pedido de regresso. Submetida a questão ao tribunal, procurou-se aferir se a mera presença física da criança nesse Estado constitui sempre “condição prévia necessária e evidente” na determinação da residência habitual de um recém-nascido.³⁶⁰ Conclui-se que a intenção inicial dos progenitores relativamente ao regresso da criança ao Estado da residência habitual de ambos, após o nascimento, não constitui consideração primordial a ter em conta. Justifica concluindo que a residência habitual na aceção do Regulamento constitui “uma questão de facto”. Desta forma, esta intenção inicial dos progenitores de que a criança residisse no Estado B após o seu nascimento não poderá prevalecer sobre a circunstância de a criança residir, de facto, no Estado A de forma contínua desde que nasceu. Da mesma forma, a falta de consentimento de um dos progenitores também não poderá neste caso servir de ponderação para determinação da residência habitual. Ademais, deduz-se que a consideração desta intenção inicial se mostrara contrária à eficácia do processo de regresso, que enquanto processo de natureza célere não se coaduna com a necessidade de recolha de prova para determinar a intenção em causa. De acordo com o descrito, ponderando o superior interesse da criança e o critério da

³⁵⁸ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Competência internacional e litispendência em matéria de responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II *bis*” *ob. cit.*, p. 43.

³⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, OL vs PQ, processo C-111/17 PPU, de 8 de junho de 2017.

proximidade, o TJUE concluiu que a circunstância de a criança nascer e permanecer continuamente num determinado Estado-Membro determina que aí se fixe a sua residência habitual.

Note-se que caso não se mostre possível determinar a residência habitual da criança, não sendo possível determinar a competência de determinado tribunal com recurso ao artigo 12.º, atribuir-se-á competência aos tribunais do Estado onde se encontra a criança. O mesmo resulta do artigo 13.º, que determina a atribuição de competência baseada na presença física da criança.

Na Proposta de alteração de 2016,³⁶¹ ao novo preceito que corresponderá ao artigo 8.º acrescentou-se que no caso de deslocação lícita da criança para um Estado-Membro, aí adquirindo a sua residência habitual, as autoridades deste serão as competentes. Só assim não será quanto às decisões relativas ao direito de visita, nos termos do artigo 9.º, como adiante se analisará. No considerando n.º 15 da proposta, sublinha-se que a solução se justifica pela necessidade de a competência acompanhar a criança, em reflexo do critério da proximidade. Aí se acrescenta que se aplicará aos casos em que ainda não existe um processo bem como quando já existe. Neste último caso, o processo poderá continuar a correr no tribunal de origem até ser proferida decisão definitiva, caso as partes assim acordem e seja tido em conta o superior interesse da criança.

Não obstante o artigo 8.º consubstanciar a regra geral em matéria de competência internacional, o Regulamento prevê variadas exceções. Desde logo, no artigo 9.º prevê-se a extensão de competência dos tribunais da anterior residência habitual da criança no caso de deslocação lícita no que respeita a decisões sobre o direito de visita; no artigo 10.º são enunciadas as regras de competência para as situações de rapto internacional, conferindo-se competência aos tribunais do Estado da anterior residência habitual da criança; por sua vez, no artigo 12.º prevê-se a extensão de competência aos tribunais competentes para apreciar pedido de divórcio, separação, ou anulação do casamento e ainda outros processos desde que se verifique uma ligação

³⁶¹ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, ob. cit.*

particular entre a criança a esse Estado; o artigo 13.º contempla a competência dos tribunais do Estado em que a criança se encontra fisicamente presente. Tratam-se de importantes exceções à regra geral enunciada no artigo 8.º, que se justificam à luz do princípio do superior interesse da criança, na senda de que nem em todas as situações a atribuição de competência ao tribunal do Estado da residência habitual se traduzirá na solução que garante o cumprimento desse primordial interesse. Daqui se depreende a preocupação do legislador comunitário em introduzir uma certa flexibilidade no que concerne à determinação da competência em matéria de responsabilidade parental. Esta flexibilidade justifica-se em face da salvaguarda do superior interesse da criança, ponderado em cada caso concreto.

3.2 EXCEÇÕES À REGRA GERAL DO ARTIGO 8.º

3.2.1 Prolongamento da competência em matéria de direito de visita

No artigo 9.º dispõe-se que nos casos em que um progenitor se desloca com a criança para outro Estado, sendo a deslocação lícita, os tribunais do Estado da anterior residência habitual continuarão a ser competentes para alterar uma decisão respeitante ao direito de visita³⁶² proferida nesse Estado, por um período de três meses. De notar que apenas é aplicável caso a deslocação seja de um Estado-Membro para o outro. Caso não se trate de um Estado-Membro, será aplicável a Convenção da Haia de 1996.

Em torno da regra aqui acolhida tem vindo a ser discutida a necessidade e a pertinência desta perpetuação da competência dos tribunais do Estado da residência habitual.³⁶³ No entanto, tem sido entendimento que este sistema permite ao progenitor, ao qual já não é permitido exercer o direito de visita nos termos estipulados, recorrer às autoridades do Estado da anterior residência para repor a situação, assegurando-lhe a proteção do seu direito.³⁶⁴ Apesar de se corroborar esta posição, sublinha-se que a proteção deste direito se justifica também pela salvaguarda do superior interesse da criança, tendo em conta o seu direito em manter relações pessoais e contactos, de forma regular, com ambos os progenitores, tal como decorre do n.º 3 do artigo 24.º da Carta.

³⁶² O conceito de “direito de visita” a ter em consideração para efeitos do Regulamento, encontra-se no artigo 2.º, n.º 10, como já referido.

³⁶³ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob. cit.*, p. 117.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 118.

Desta forma, a solução aqui adotada representa outro dos reflexos, no Regulamento, do intento de proteção do superior interesse da criança.

O prolongamento da competência aqui previsto está, porém, dependente da verificação de determinadas condições. Primeiramente, a deslocação da criança para outro Estado-Membro terá de revestir caráter lícito, tal como resulta da letra do preceito, logo no seu n.º 1. Assim, o progenitor que deslocou a criança teria de estar autorizado a fazê-lo. Por forma a determinar se a deslocação ocorrida reveste caráter lícito, atender-se-á à legislação do Estado da anterior residência ou a decisão judicial proferida neste contexto.³⁶⁵

Em segundo lugar, terá de estar em causa uma questão relativa ao direito de visita. Caso se trate de outra questão relativa às responsabilidades parentais, já não se verifica a extensão de competência tal como aqui prevista. Desta forma, neste contexto, caso se trate, por exemplo, de uma questão relativa à guarda da criança, o tribunal do Estado da nova residência habitual guardará competência para a apreciar.

Depois, exige-se a existência de uma decisão que determine o direito de visita proferida pelos tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual. Isto resulta da própria letra do preceito, quando refere que o prolongamento da competência se prende com a alteração de uma decisão já proferida.

Em quarto lugar, a jurisdição da antiga residência habitual só se manterá por um período de três meses após a deslocação da criança. Portanto, o fator determinante que aqui releva será a data precisa em que a criança é deslocada. Porém, esta solução parece criticável em virtude da dificuldade de, na prática, se determinar de forma precisa a data da deslocação.³⁶⁶ Pense-se, por exemplo, no caso de um progenitor deslocar a criança de Portugal para Espanha, utilizando como meio de transporte um veículo automóvel, fazendo todo o percurso sem atravessar portagens ou qualquer dispositivo eletrónico semelhante que permita determinar a data de passagem. Sendo impossível precisar a data da deslocação da criança interfere-se na contagem do prazo de três meses. Assim, imagine-se que a deslocação da criança sucede em janeiro, sendo que dentro dos três

³⁶⁵ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, *ob. cit.*.

³⁶⁶ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob. cit.*, p. 119.

meses a que se refere o preceito o progenitor cujo direito de visita foi lesado peticiona a alteração do regime de visitas junto dos tribunais português, de acordo com a regra em análise. Pode suceder que, na impossibilidade de determinação da data concreta da deslocação, o progenitor que deslocou a criança, alegue esta deslocação ocorreu em dezembro e que, portanto, estando decorrido o período de três meses, os tribunais espanhóis seriam os competentes para apreciar a questão. Ora, isto materializar-se-ia num expediente dilatatório que lesava os interesses do progenitor não guardião e da própria criança.

Exige-se ainda que a criança adquira nova residência habitual durante o referido período de três meses. Se não adquirir no novo Estado a sua residência habitual no decorrer deste período, a competência caberá ao Estado da última residência habitual, nos termos da regra geral enunciada no artigo 8.º. Decorrido este período sem que a criança deslocada tenha adquirido a residência habitual no novo Estado, dever-se-á observar a aplicação da regra do artigo 13.º.³⁶⁷

Ademais, o detentor do direito de visita tem de manter a sua residência habitual no Estado da anterior residência habitual da criança.

Por fim, o detentor do direito de visita não poderá aceitar a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança por forma a ser aplicável o artigo 9.º. Assim, caso o detentor intervenha no processo instaurado nos tribunais deste Estado sem contestar a competência, aceitando-a, estes tribunais passam a ser competentes de acordo com a regra geral enunciada no artigo 8.º. De notar ainda que ao detentor do direito de visita não está vedada a possibilidade de demandar os tribunais do Estado da nova residência habitual da criança, prescindindo do prolongamento da competência aqui previsto.³⁶⁸

³⁶⁷Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, ob. cit..

³⁶⁸ *Idem.*

3.2.2 Extensão da competência aos tribunais competentes para decidir o pedido de divórcio ou aos que apresentem uma ligação particular com a criança

O artigo 12.º, n.º 1 prevê a extensão da competência em matéria de responsabilidade parental a favor do tribunal competente para decidir do divórcio, da separação ou da anulação do casamento, prevendo-se assim uma competência acumulada.³⁶⁹ A extensão, nestes moldes, justifica-se por razões de economia processual, permitindo ainda diminuir o impacto que os processos judiciais possam importar para a criança.³⁷⁰ Por estes motivos, a solução aqui prevista, afigura-se como mais um dos mecanismos adotados em ordem da salvaguarda do superior interesse da criança.

Essa extensão estará subordinada às condições previstas nas alíneas a) e b) do referido preceito, aí se exigindo que pelo menos um dos cônjuges exerça efetivamente a responsabilidade parental em relação à criança e ainda que a competência desse tribunal tenha sido aceite, expressamente ou de forma inequívoca, pelos cônjuges à data em que o processo tenha sido instaurado e seja exercida no superior interesse da criança. Para além disso, exige-se que este tribunal seja internacionalmente competente para conhecer do pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, sendo que essa competência terá de ter por base um dos foros previsto no artigo 3.º do Regulamento.³⁷¹ A competência cessará perante umas das causas elencadas nas alíneas do n.º 2, nomeadamente quando a decisão relativa à questão matrimonial transite em julgado.

Outra hipótese de extensão de competência vem prevista no n.º 3, que possibilita a extensão aos tribunais que apreciem outros processos não referidos no n.º 1, nos casos em que a criança tenha uma ligação particular com esse Estado: ou por ser o Estado da sua nacionalidade, ou por um dos titulares das responsabilidades parentais aí ter a sua residência habitual. Este elenco de fatores suscetíveis de corroborar a ligação particular

³⁶⁹ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 363.

³⁷⁰ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 377.

³⁷¹ Portanto, nestes casos não será possível a extensão de competência nos casos em que essa competência é estabelecida com base no artigo 7.º do Regulamento. Neste sentido, CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 362.

da criança nos termos da alínea a) deste n.º 3 não se considera exaustivo.³⁷² À semelhança do n.º 1 do preceito em análise, a extensão aqui prevista tem como propósito a salvaguarda do interesse da criança, aqui materializado pelo respeito pela sua identidade cultural.³⁷³ Neste contexto, será igualmente ponderado ainda o critério da proximidade, neste caso concretizado na atribuição de competência ao tribunal do Estado com o qual a criança apresenta uma relação mais estreita,³⁷⁴ e não, necessariamente, ao tribunal do Estado da residência habitual. Desta forma, a residência habitual configura uma mera “decorrência ou manifestação da proximidade, enquanto critério aferidor, e não o contrário.”³⁷⁵

Tome-se como exemplo, uma situação em que duas crianças sejam nacionais do Estado A, aí residindo desde que nasceram, com os seus progenitores, também estes nacionais desse Estado. Posteriormente, a relação entre o casal deteriorou-se, tendo corrido perante os tribunais do Estado A o processo de divórcio e regulação das responsabilidades parentais. Sucede que, mais tarde, a mãe e as crianças passaram a residir no Estado B, em virtude desta passar a aí laborar, sendo que o pai continuou a residir no Estado A. O caso foi apreciado pelos tribunais portugueses,³⁷⁶ que consideraram que, nos termos do n.º 3 do artigo 12.º, seriam os tribunais deste Estado (Estado A) os competentes para decidir em matéria de responsabilidades parentais atinentes a estas crianças. Neste sentido, alegou-se que a mudança de residência para o Estado B teria caráter transitório, não estando os tribunais desse Estado em condições de avaliar a situação concreta das crianças.³⁷⁷

A possibilidade de extensão como aqui prevista está dependente da aceitação da competência pelas partes, devendo ainda obediência ao superior interesse da criança.

³⁷²SETRIGHT QC, Henry, et al., *Internacional Issues in Family Law - The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, *ob. cit.*, p. 53.

³⁷³ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 377.

³⁷⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de junho de 2016, processo n.º 1883-06.6TBMFR-C.L1-8, relatado por Ilídio Sacarrão Martins.

³⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de outubro de 2017, processo n.º 6484/16.8T8VIS.C, relatado por António Domingues Pires Robalo.

³⁷⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de novembro de 2016, processo n.º 22246/15.7T8SNT.L1-7, relatado por Maria da Conceição Saavedra.

³⁷⁷O caso surge na sequência de o pai das crianças ter intentado, nos tribunais portugueses, uma ação de alteração das responsabilidades parentais. O tribunal de primeira instância, havia decidido pela incompetência internacional dos tribunais portugueses, assente no entendimento de que era em Espanha a residência habitual das crianças, sendo os tribunais desse Estado os competentes, nos termos do artigo 8.º do Regulamento. Dessa decisão coube recurso para o Tribunal da Relação, nos termos descritos.

Caso não corresponda ao superior interesse da criança, então a competência deverá ser atribuída nos termos da regra geral contida no artigo 8.º.³⁷⁸ Note-se que o requisito relativo à forma inequívoca da aceitação da competência aqui exigida deve ser interpretado de forma restritiva.³⁷⁹ Desta forma, a aceitação inequívoca exigirá, primeiramente, que a parte tenha conhecimento do processo. Em segundo lugar, a vontade da parte terá de ser pessoal, não podendo, por exemplo, ser deduzida do comportamento de um mandatário nomeado, com o qual nunca teve qualquer contacto.³⁸⁰ A este respeito veja-se ainda que o acordo quanto à competência aqui previsto produz efeitos somente até ao transito em julgado da decisão proferida no âmbito de determinado processo. De outra forma, estender a competência assim acordada a todos os processos tendentes à criança durante toda a sua infância iria contra o espírito das normas de competência previstas no Regulamento, que devem ser interpretadas à luz do critério da proximidade e do superior interesse da criança.³⁸¹ A questão teria sido submetida ao TJUE que acabou por decidir neste sentido. Não obstante, na proposta de Regulamento apresentada pela Comissão acrescenta-se ao preceito que a competência cessará quando seja proferida uma decisão definitiva, o que de resto vai na senda da precedente interpretação do TJUE.³⁸²

Ainda relativamente ao regime aqui em análise cumpre analisar se cabe aplicá-lo também aos casos em que não existe um processo pendente no tribunal determinado. Note-se que, contrariamente ao regime do n.º 1, cujas causas de cessação estão estipuladas no n.º 2, nenhuma disposição idêntica se associa ao n.º 3. Tem sido entendimento que se mostra possível a aplicação do preceito aos casos em que não exista um processo pendente.³⁸³ Argumenta-se que assim será à luz do considerando n.º 5 do Regulamento, que determina a sua aplicação a todas as questões relativas às responsabilidades parentais, por forma a garantir a igualdade de circunstâncias de todas

³⁷⁸ PEGNA, Olivia Lopes, “L’interesse superior del minore nel Regolamento n.º 2201/2003”, in ” *in* Rivista di diritto internazionale privato e processuale, ano XLIX – n.º 2, abril/junho, CEDAM, Padua, 2013, p. 367.

³⁷⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Vasilka Ivanova Gogova vs. Ilia Dimitrov Iliev, processo C-215/15, de 21 de outubro de 2015.

³⁸⁰ *Idem*.

³⁸¹ A conclusão resulta do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, E. vs B, processo C-436/13, de 1 de outubro de 2014.

³⁸² A solução aditada consta do texto do artigo 10.º, n.º 4 da Proposta da Comissão.

³⁸³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, E. vs B, processo C-436/13, de 1 de outubro de 2014.

as crianças, independentemente da eventual conexão a um processo matrimonial. Ora, essa igualdade seria posta em causa caso a extensão não se verificasse apenas por inexistência de um processo associado já pendente, relativamente a uma criança, filha de pais já divorciados, ou nunca casados entre si. Ainda neste contexto, argumenta o TJUE que esta interpretação não prejudica a aplicação do artigo 15.º do Regulamento.³⁸⁴ Não parece, contudo, que essa interpretação não esvazie de sentido o artigo 15.º. A letra do n.º 3.º do artigo 12.º refere-se a “outros processos que não os referidos no n.º 1”, daqui se depreendendo que pressupõe a existência de um processo pendente, com a diferença que não será nenhum com a natureza dos elencados no n.º 1 do preceito. A posição adotada pela Comissão parece também ir neste sentido, já que no Guia Prático se determina que o artigo 12.º “não visa criar um critério de competência quando não exista um pedido como o previsto nos n.º 1 ou 3.”³⁸⁵

Por sua vez, o n.º 4 do preceito em análise permite que, caso a criança tenha a sua residência habitual num Estado terceiro que não seja parte na Convenção de Haia de 1996, a competência baseada nos termos do artigo 12.º seja considerada do interesse da criança, especialmente nos casos em que não seja possível iniciar um processo nesse Estado terceiro. Consagra-se assim um *forum necessitatis*, em ordem da salvaguarda do interesse primordial da criança.³⁸⁶

Já no ano de 2014, se teria chegado à conclusão que a aplicação do preceito tem vindo a suscitar dúvidas relativamente à interpretação das condições a preencher, especialmente no que concerne ao seu n.º 3.³⁸⁷ No entanto, na Proposta de alteração de 2016,³⁸⁸ no preceito que visa corresponder ao n.º 3, é suprimida a expressão “em processos que não os referidos no n.º 1”. Desta forma, alarga-se o âmbito deste n.º 3 e

³⁸⁴ Neste sentido, argumenta que o artigo 15.º apenas se aplica excecionalmente, pelo que a aplicação do mesmo não seria esvaziada pela interpretação aqui dada ao n.º 3 do artigo 12.º. *Vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, E. vs B, processo C-436/13, de 1 de outubro de 2014.

³⁸⁵ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, *ob. cit.*.

³⁸⁶ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 377.

³⁸⁷ Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, (em linha), COM/2014/0225, [consultado a 10-12-2016], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1505150435801&uri=CELEX:52014DC0225>.

³⁸⁸ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob. cit.*.

na senda do que foi decidido pelo TJUE³⁸⁹ a este respeito, passam a abranger-se aqui os casos em que não exista qualquer processo pendente.

3.2.3 Competência baseada na presença física da criança

Dispõe o artigo 13.º que nos casos em que não se mostre possível determinar a competência dos tribunais com base no artigo 12.º, atribuir-se-á competência aos tribunais do Estado em que a criança se encontre, estatuidando-se assim a competência de determinado tribunal com base na presença da criança. A aplicação do preceito ganha especial relevância prática nos casos de crianças refugiadas ou deslocadas por força de conflitos no país de origem.³⁹⁰ Mas se a criança se encontra num Estado terceiro este foro não opera, sendo antes aplicável a Convenção da Haia de 1966. Para além dos casos de criança refugiadas, o preceito poderá ser aplicável quando não existe residência habitual da criança, numa situação em que a esta tenha sido deslocada para um Estado-Membro, sem que tenha aí adquirido a sua residência habitual.³⁹¹ É certo que nestas circunstâncias, poderiam ser decretadas medidas provisórias ou cautelares ao abrigo do artigo 20.º do Regulamento. A vantagem em atribuir competência ao tribunal com base no artigo 13.º decorre do facto de a decisão daqui resultante poder ser reconhecida e executada ao abrigo do Regulamento.³⁹² Como se adiante se analisará, a execução, nos termos das disposições do Regulamento, de medidas decretadas ao abrigo do artigo 20.º não é pacífica.

3.2.4 Transferência da competência para o tribunal melhor colocado para apreciar a ação

O artigo 15.º do Regulamento contempla a possibilidade de a competência para conhecer de uma questão relativa às responsabilidades parentais ser transferida para um tribunal de um Estado-Membro que se considere ter uma ligação particular com a criança, encontrando-se numa melhor posição para apreciar o litígio. Esta possibilidade reflete o intento de salvaguarda do superior interesse da criança, que aqui se concretiza, portanto, na atribuição de competência ao tribunal do Estado que se considere ter uma

³⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, E. vs B, processo C-436/13, de 1 de outubro de 2014.

³⁹⁰ HODSON, David, *A Practical Guide to International Family Law*, ob. cit., p. 237.

³⁹¹ SETRIGHT QC, Henry, et al., *International Issues in Family Law*, - *The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, ob. cit., p. 55.

³⁹² *Idem*.

ligação particular com a criança. Afigura-se como uma norma de “competência especial e derogatória”³⁹³ face à regra geral plasmada no artigo 8.º, representando uma flexibilização relativamente aquele regime.³⁹⁴ Para além disso, representa uma inovação relativamente ao instrumento precedente.³⁹⁵

Nestes casos, o tribunal que seria, à partida, competente para conhecer do mérito da questão poderá suspender a instância e convidar as partes a apresentarem um pedido ao tribunal melhor colocado. Assim, o tribunal competente fixa um prazo para instauração do processo no tribunal do outro Estado-Membro, nos termos do n.º 4 do artigo 15.º. Para além da possibilidade de suspensão da instância, o tribunal primário, de acordo com a alínea b) do n.º 1 e com o n.º 5, pode ainda solicitar ao tribunal melhor colocado que se declare competente, no prazo máximo de seis semanas, se essa circunstância equivaler ao melhor interesse da criança. A extensão da competência tal como aqui prevista poderá ocorrer a pedido de uma das partes, oficiosamente, ou a pedido de um tribunal do Estado-Membro com o qual a criança tenha a ligação particular.

A vinculação aqui referida será aferida em função de determinadas circunstâncias, capazes de justificar a proximidade da criança com outro Estado-Membro.³⁹⁶ Assim, de acordo com o n.º 3 do artigo 15.º, que elenca um conjunto de critérios específicos³⁹⁷ com carácter taxativo,³⁹⁸ considerar-se-á que existe vinculação particular com um determinado Estado nos casos em que, após instauração do processo, a residência habitual da criança se tenha transferido para este Estado; nos casos em que a criança tiver tido ou um titular das responsabilidades parentais tiver residência habitual neste Estado; nos casos em que a criança seja nacional deste Estado; e por fim,

³⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Child and Family Agency vs J. D.*, processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

³⁹⁴ Não deixando, no entanto, total poder discricionário na determinação da ligação particular em causa, já que se elencam no n.º 3 as circunstâncias capazes de justificar essa ligação. Neste sentido, PEGNA, Olivia Lopes, “L’interesse superior del minore nel Regolamento n.º 2201/2003”, in ” *ob. cit.*, p. 368.

³⁹⁵ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 252.

³⁹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Child and Family Agency vs J. D.*, processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

³⁹⁷ HODSON, David, *A Practical Guide to International Family Law*, *ob. cit.*, p. 238.

³⁹⁸ Desta feita, apenas estes fatores serão capazes de materializar a “ligação particular” a que se refere o artigo 15.º, e conseqüentemente justificar a transferência do processo para o tribunal melhor colocado. Sobre o carácter taxativo do elenco do n.º 3 do artigo 15.º *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Child and Family Agency vs J. D.*, processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

nos casos em que se aprecie uma questão que diga respeito à administração, conservação ou disposição de bens da criança que se encontrem no território deste Estado. A valoração de cada um destes elementos deve ser levada a cabo através da comparação da importância e da intensidade da “proximidade geral” que une a criança ao tribunal competente nos termos do artigo 8.º e da importância e intensidade da “proximidade particular” aferida por um ou mais elementos constantes do n.º 3 do preceito.³⁹⁹

Num momento seguinte, cumpre concretizar de que modo se afere que determinado tribunal estará melhor colocado para apreciar a questão e bem assim se a transferência ocorre em função do superior interesse da criança. A ponderação a levar a cabo deverá ser baseada nas circunstâncias do caso concreto. Deverá estar em causa um conhecimento do caso por aquele tribunal que se revele mais consistente,⁴⁰⁰ representando um “valor acrescentado real e concreto.”⁴⁰¹ Neste contexto poderá ser tida em conta a capacidade para testemunhar determinados factos, para realizar avaliações. Dever-se-á ainda atender a fatores como regras processuais do Estado-Membro para o qual se pretende transferir o processo, como sejam obtenção de prova e tramitação processual.⁴⁰² Mas não o direito material, o que seria contrário à cooperação e confiança mútua entre os Estados-Membros assume um papel determinante neste contexto.⁴⁰³

Finalmente, veja-se que a transferência deverá servir o superior interesse da criança. Caberá, neste contexto, ao tribunal competente aferir se a transferência para o Tribunal que se considera melhor colocado não terá impacto negativo na criança.⁴⁰⁴

A transferência de apenas uma parte do processo será possível neste contexto, caso o circunstancialismo assim o exija, por exemplo numa situação em que a ligação ao tribunal melhor colocado não seja exclusivamente atinente à criança, baseando-se

³⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Child and Family Agency vs J. D.*, processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

⁴⁰⁰ SETRIGHT QC, Henry, *et al.*, *Internacional Issues in Family Law- The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, *ob. cit.*, p. 109.

⁴⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Child and Family Agency vs J. D.*, processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

⁴⁰² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Child and Family Agency vs J. D.*, processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

⁴⁰³ *Idem.*

⁴⁰⁴ *Idem.*

antes na ligação do progenitor a esse Estado, tal como previsto na alínea d) do n.º 3.⁴⁰⁵ Não obstante, esta possibilidade de fracionamento do processo afigura-se-nos duvidosa, não se vendo em que medida é que se assegura o superior interesse da criança numa situação em que correm em tribunais de Estados-Membros distintos processos em matéria de responsabilidade parental em relação a essa criança.

O preceito poderá ser aplicado no contexto do decretamento de medidas de proteção ainda que essas medidas sejam consideradas, de acordo com o direito interno, abrangidas pelo direito público, já que todas as decisões atinentes às responsabilidades parentais serão abrangidas pelo Regulamento, na senda do enunciado no seu considerando n.º 5.⁴⁰⁶

Trata-se de um foro excecional,⁴⁰⁷ ficando a sua aplicação dependente da verificação das exigências constantes do artigo 15.º. Apesar de poder entender-se que se trata de uma solução que se aproxima de um *forum non conveniens*⁴⁰⁸, não se tratará de um *forum non conveniens* puro, uma vez que se exige que um outro tribunal aceite a competência que se pretende transferir, exigindo-se ainda que pelo menos uma das partes aceite esta transferência.⁴⁰⁹ Desta forma, e apesar de se abrir caminho a um *fórum shopping* parcial, assegura-se que o tribunal não declina a competência para apreciar determinada questão, sob o cobro deste preceito, sem que outro tribunal tenha aceite esta competência.⁴¹⁰

Não obstante o mérito que lhe deve ser reconhecido, têm sido suscitadas dificuldades práticas na aplicação do preceito, tendo vindo a ser frequentes as situações em que o tribunal requerido, tendo aceite a competência, não logra por informar o tribunal requerente em tempo oportuno.⁴¹¹ Apesar disso, na Proposta de Regulamento

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ *Idem.*

⁴⁰⁷CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 365.

⁴⁰⁸PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 252.

⁴⁰⁹CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 365.

⁴¹⁰*Idem.*

⁴¹¹Comissão Europeia, Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, *ob. cit.*

do Conselho, a disposição que visa corresponder ao atual artigo 15.º não sofre alterações expressivas.

4. A PREVISÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

O Regulamento prevê, no seu artigo 20.º, a possibilidade de, em casos de urgência, um tribunal de um Estado-Membro tomar medidas provisórias ou cautelares relativamente a pessoas ou bens que aí se encontrem de acordo com o seu direito interno, ainda que nos termos das suas disposições fosse competente um tribunal de um outro Estado. Assim, as medidas serão aplicáveis a crianças que, tendo a sua residência habitual num determinado Estado, se encontram fisicamente presentes num outro Estado, ocasionalmente, ao qual é permitido decretar medidas urgentes destinadas a proteger o seu bem-estar, saúde ou desenvolvimento.⁴¹² Estas medidas apenas produzirão efeitos enquanto o tribunal do Estado-Membro competente não tomar as medidas que considere adequadas, tal como resulta do n.º 2 do preceito. O Regulamento não define as medidas concretas que poderão ser tomadas ao abrigo do preceito, cabendo assim aos Estados a previsão dessas medidas bem como o regime processual que lhes subjazera.⁴¹³ A atribuição do direito de guarda, a proibição de deixar o território de um Estado ou de alteração de domicílio sem autorização do juiz,⁴¹⁴ ou a colocação da criança numa instituição⁴¹⁵ são alguns exemplos de medidas provisórias que podem ser decretadas ao abrigo do artigo 20.º.

A aplicação do preceito fica dependente do preenchimento de três requisitos cumulativos: a medida deverá ser urgente, deverá ser tomada em relação à criança ou bens presentes no Estado do tribunal que as decreta, e deverá ser somente provisória.⁴¹⁶

⁴¹²O TJUE tem entendido que, apesar de ser permitido, ao abrigo do artigo 20.º, que um Tribunal decreta medidas de provisórias ou cautelares, cuja competência não resulta de qualquer outra disposição do Regulamento, a disposição não configura uma regra atribuidora de competência. Esta ilação resulta tanto da letra do preceito como do disposto no considerando n.º 16.º, onde apenas se refere que “nada impede” o Tribunal de um Estado-Membro de em caso de urgência adotar medidas relativamente a pessoas ou bens presentes no seu território. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Bianca Purruker vs. Guillermo G. Vllés Pérez, processo n.º C-256/09, de 15 de julho de 2010.

⁴¹³Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

⁴¹⁴Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Bianca Purruker vs. Guillermo G. Vllés Pérez, processo n.º C-256/09, de 15 de julho de 2010.

⁴¹⁵Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Health Service Executive vs. C. S. e A. C., processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012.

⁴¹⁶O não preenchimento de um dos requisitos importará que a medida não poderá ser decretada ao abrigo do artigo 20.º. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Jasna Deticek vs.

Cumpra clarificar em que termos é que será aferido o caráter urgente de uma medida para efeitos do artigo em análise. O TJUE tem reiterado que a urgência da medida a decretar deverá ser aferida em função da situação concreta da criança e na premissa de que se mostre impossível submeter a questão ao tribunal competente para conhecer do mérito, em tempo que permita salvaguardar os interesses da criança.⁴¹⁷ Veja-se que não se considerou urgente, para efeitos do artigo 20.º, a medida provisória de atribuição de guarda de uma criança à sua mãe, pelo tribunal do Estado onde se encontram, com base no argumento de que a criança já se encontraria nesse meio inserida, quando anteriormente já havia sido proferida uma decisão que atribuíra provisoriamente a guarda exclusiva ao pai pelo tribunal competente para conhecer do mérito. Na análise do caso, considerou-se que a alteração das circunstâncias ficou a dever-se, aliás, a uma deslocação ilícita da criança de Itália para a Eslovénia, operada pela mãe. Portanto, sublinhou o TJUE que reconhecer caráter urgente à medida tomada pelo tribunal da Eslovénia seria contrário à finalidade das normas do Regulamento, assentes na dissuasão das deslocações ilícitas.

Tem sido controversa a questão de saber se as medidas decretadas ao abrigo do artigo 20.º serão reconhecidas e executadas ao abrigo das disposições do Regulamento. Por um lado, tem sido entendimento que o reconhecimento e a execução de medidas provisórias ou cautelares fica excluída do âmbito das correspondentes disposições do Regulamento, posição, aliás, tomada pela Comissão.⁴¹⁸ Argumenta-se que as medidas em questão revestem caráter meramente temporário e a sua execução deverá decorrer das normas de direito nacional do Estado em questão.⁴¹⁹ Para além disso, argumenta-se que permitir o reconhecimento e a execução da medida provisória num outro Estado que não o do tribunal que a decretou, incluindo o competente para conhecimento do mérito, traduzir-se-ia numa situação que favorecia o *fórum-shopping*, atentando-se contra o superior interesse da criança, aqui materializado na regra geral da atribuição de competência ao tribunal da sua residência habitual.⁴²⁰ Ademais, argumenta-se que estas medidas sempre poderão ser reconhecidas e executadas ao abrigo de outros instrumentos,

Maurizio Sgueglia, processo n.º C-403/09, de 23 de dezembro de 2009. E ainda, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

⁴¹⁷Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

⁴¹⁸ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A, ob. cit.*

⁴¹⁹Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

⁴²⁰Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Bianca Purrucker vs. Guillermo G. Villés Pérez, processo n.º C-256/09, de 15 de julho de 2010.

atentando aos artigos 59.º a 62.º do Regulamento que disciplinam as suas relações com outros atos.⁴²¹ Neste sentido, como sublinha o TJUE, trata-se de uma solução excecional que deve ser interpretada de forma restrita.⁴²² Se a medida foi decretada ao abrigo do artigo 20.º, estar-se-á perante uma situação de urgência, pelo que o decretamento da medida seguirá um expediente sumário, que não corresponde à tramitação de outra qualquer decisão de mérito sujeita a eventual reconhecimento ou execução, e consequentemente o caminho a percorrer não é o mesmo. Até porque, a medida provisória ou cautelar produz efeitos limitados: temporais, uma vez que apenas produzirá efeitos até que o tribunal competente quanto ao mérito tome as medidas que considere adequadas, pelo que a o reconhecimento ou a execução teriam aqui caráter efémero⁴²³; e territoriais, com efeitos limitados ao território do tribunal do Estado que a decretou.⁴²⁴

Pelo contrário, entende-se que as medidas em questão serão reconhecidas e executadas nos termos do artigo 21.º e seguintes. Neste sentido, argumenta-se que as medidas a que se refere o artigo 20.º cabem na definição de “decisão” constante do artigo 2.º, n.º 4 do Regulamento e como tal serão reconhecidas e executadas conforme as disposições dele constantes. Invoca-se ainda que, após ser proferida a medida provisória ou cautelar, pode dar-se a deslocação da pessoa em questão para outro Estado, devendo a medida produzir efeitos nesse mesmo Estado.

Não obstante a divergência, no considerando n.º 17 da Proposta de alteração de 2016,⁴²⁵ vem-se esclarecer que as medidas provisórias ou cautelares deverão ser reconhecidas e executadas em todos os Estados-Membros, aqui se incluindo aquele cuja competência lhe caberia, à partida, até que a autoridade competente tome as medidas

⁴²¹De acordo com as conclusões da advogada-geral relativamente ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Bianca Purrucker vs. Guillermo G. Villés Pérez, processo n.º C-256/09, de 15 de julho de 2010.

⁴²²Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Health Service Executive vs. C. S. e A. C., processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012. E ainda, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Jasna Deticek vs. Maurizio Sgueglia, processo n.º C-403/09, de 23 de dezembro de 2009.

⁴²³De acordo com as conclusões da advogada-geral referentes ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Bianca Purrucker vs. Guillermo G. Villés Pérez, processo n.º C-256/09, de 15 de julho de 2010.

⁴²⁴A limitação dos efeitos ao território do Estado cujo tribunal decretou a medida decorria já do preceito que correspondia ao atual artigo 20.º dos instrumentos precedentes - Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e Convenção de Bruxelas II – de onde já resultaria esta limitação territorial.

⁴²⁵ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, ob. cit..

que considere adequadas. A solução parece justificar-se em ordem da progressiva cooperação judiciária e pelo nível de confiança estabelecido entre os Estados-Membros, que abre caminho à instituição de um sistema ainda mais simples de circulação de decisões.⁴²⁶ De realçar ainda que, de acordo com esta Proposta, ao preceito que visa corresponder ao artigo 20.º do Regulamento acrescenta-se que, na medida em que a salvaguarda do superior interesse da criança o exija, a autoridade que decretar uma medida ao abrigo da disposição, deverá informar desse facto a autoridade do Estado-Membro competente. Este dever de comunicação haveria já sido apontado como necessário⁴²⁷, na medida em que o interesse da criança o exigisse, no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2 de abril de 2009.⁴²⁸ A não comunicação não consubstanciará, contudo, um motivo de não reconhecimento da medida.⁴²⁹ Este acrescento reflete a intenção do legislador em reforçar a proteção do superior interesse da criança.

A possibilidade de decretamento de medidas provisórias ou cautelares tal como plasmada no artigo 20.º do Regulamento afigura-se como mais uma das soluções que permite a salvaguarda do superior interesse da criança. Neste caso, possibilita-se que em situações de urgência que representem perigo para a pessoa da criança ou para os seus bens seja decretada uma medida de proteção pelo tribunal onde esta ou estes se encontrem, preterindo a competência do tribunal competente para conhecer do mérito, em razão da necessidade urgente de proteção desses interesses.

5. COLOCAÇÃO DA CRIANÇA NOUTRO ESTADO-MEMBRO

A colocação da criança numa instituição ou família de acolhimento noutro Estado-Membro vem prevista no artigo 56.º do Regulamento. Neste contexto, poderá impor-se a colocação da criança numa família de acolhimento ou numa instituição de

⁴²⁶ *Idem.*

⁴²⁷ A referida necessidade de comunicação deriva do facto de as medidas decretadas ao abrigo do artigo 20.º revestirem carácter provisório, podendo vir a ser necessária a adoção de medidas definitivas, essas já da competência do tribunal do Estado da residência habitual da criança, que deve, portanto, ser informado dessa circunstância. Neste sentido, GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 378.

⁴²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

⁴²⁹ Tal como é esclarecido no considerando n.º 17 da Proposta do Conselho.

cuidados noutro Estado-Membro⁴³⁰, se as circunstâncias do caso e o interesse da criança assim o exigirem.⁴³¹ No âmbito do procedimento aqui previsto revestirá especial importância a cooperação estabelecida entre as autoridades dos Estados-Membros, já que se requer uma atuação recíproca entre o Estado requerente e o Estado requerido,⁴³² que resulta também da alínea d) do artigo 55.º. De realçar que se trata de uma norma consultiva,⁴³³ uma vez que dela não decorre nenhuma obrigação no sentido da colocação da criança noutro Estado-Membro.

Do n.º 1 do preceito resulta que o tribunal competente ao abrigo dos artigos 8.º a 15.º terá de consultar previamente a autoridade central ou a autoridade competente do Estado no qual ocorrerá a colocação, caso a intervenção de uma autoridade pública para os casos internos de colocação estiver prevista neste Estado. A decisão de colocação assim prevista só será tomada no Estado-membro requerente se o Estado-Membro requerido a tiver aprovado. Esta aprovação terá de ser obtida antes de ser proferida a decisão que determine a colocação por uma autoridade competente do direito público. Desta forma, não se revela suficiente a aprovação por parte da instituição na qual a criança será colocada.⁴³⁴ A consulta e aprovação referidas no n.º 1 e n.º 2 do preceito são reguladas pelo direito nacional do Estado-Membro requerido, pelo que, variando consoante o direito interno respetivo, não se observa aqui uniformidade. Porém, de acordo com o n.º 4, caso a intervenção da autoridade pública para os casos internos de colocação não estiver prevista, o tribunal apenas previne a autoridade central ou outra competente do Estado requerido dessa decisão. Este dever de informação visa evitar que a criança seja, sem mais, colocada nesse Estado, sem que as suas autoridades sejam

⁴³⁰ A título de exemplo, no caso *Health Service Executive vs. C. S. e A. C.*, apreciado pelo TJUE, estaria em causa a colocação da criança numa instituição de prestação de cuidados em regime de internamento num outro Estado-Membro, em virtude de não existir no Estado da sua residência habitual nenhuma instituição capaz de assegurar as necessidades específicas. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Health Service Executive vs. C. S. e A. C.*, processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012.

⁴³¹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “O mecanismo de colocação da criança noutro Estado-Membro no Regulamento Bruxelas II *Bis*”, in *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, Direção PORTELA, Irene Maria, Instituto Politécnico do Cávado e Ave, 2017, p. 391.

⁴³² BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 348.

⁴³³ SETRIGHT QC, Henry, *et al.*, *Internacional Issues in Family Law, - The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels IIa*, *ob. cit.*, p. 210.

⁴³⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Health Service Executive vs. C. S. e A. C.*, processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012.

disso informadas.⁴³⁵ No entanto, tem-se apontado que a solução aqui preconizada não se revela compatível com a salvaguarda do superior interesse da criança.⁴³⁶ Posição com a qual, de resto, concordamos, Na verdade, a colocação da criança noutro Estado-Membro e, portanto, noutro ambiente social e familiar que não o seu, importa necessidades de proteção acrescidas, com as quais não se coaduna a colocação sem o consentimento do Estado requerido. Por exemplo, eventualmente, esse Estado poderá não estar em posição de assegurar as condições necessárias ao desenvolvimento da criança.

Caso a decisão de colocação seja aprovada por um período de tempo circunscrito, havendo necessidade de prorrogar esse período terá de ser requerida uma nova aprovação,⁴³⁷ o que evidencia a excecionalidade da decisão de colocação⁴³⁸ e a necessidade de proteção acrescida da criança neste contexto. A decisão de colocação poderá ser executada depois de obtida a declaração de executoriedade. Veja-se que um dos fundamentos suscetíveis de fundar a recusa de reconhecimento ou a execução da decisão de colocação é o desrespeito pelo procedimento previsto no artigo 56.º, no intuito de evitar a imposição da medida de colocação ao Estado de acolhimento. A decisão de colocação é suscetível de recurso, todavia este não terá efeito suspensivo.⁴³⁹

O mecanismo de colocação tal como previsto não tem ficado isento de críticas. Aponta-se-lhe a falta de previsão de prazos dentro dos quais o procedimento de colocação deva ser concluído, a necessidade de declaração de *exequatur*, bem como a inexistência de uniformidade nos procedimento de obtenção de parecer prévio do tribunal requerido.⁴⁴⁰ Neste sentido, argumenta-se que se está num contexto que exige acrescida urgência, já que a colocação da criança pressupõe que esta seja retirada do seu ambiente social e familiar, sendo inserida noutro, o que afeta a sua estabilidade que deverá ser repostada de forma urgente, em ordem da salvaguarda do seu interesse.⁴⁴¹ Em

⁴³⁵ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “O mecanismo de colocação da criança noutro Estado-Membro no Regulamento Bruxelas II *Bis*”, *ob. cit.*, p. 392.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 394.

⁴³⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Health Service Executive vs. C. S. e A. C.*, processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012.

⁴³⁸ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “O mecanismo de colocação da criança noutro Estado-Membro no Regulamento Bruxelas II *Bis*”, *ob. cit.*, p. 393.

⁴³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Health Service Executive vs. C. S. e A. C.*, processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012.

⁴⁴⁰ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “O mecanismo de colocação da criança noutro Estado-Membro no Regulamento Bruxelas II *Bis*”, *ob. cit.*, p. 392.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 393.

sentido idêntico, já no Relatório da Comissão de 2014⁴⁴² se teriam assinalado dificuldades práticas na aplicação do preceito, tendo-se sugerido a adoção de um procedimento comum uniforme e a abolição do *exequatur*.

Da Proposta de alteração de 2016⁴⁴³ resultam várias alterações nesta matéria. Assim, desde logo, prevê-se a criação de procedimento de consentimento autónomo, tornando o consentimento do Estado requerido obrigatório para todas as colocações. Portanto, contrariamente ao estipulado no atual n.º 4. Ademais, estabelecem-se requisitos uniformes relativamente aos documentos a apresentar juntamente com o pedido de consentimento, impondo a remessa de um relatório sobre a criança em questão e a referência aos motivos da sua colocação. Propõe-se ainda que os pedidos sejam canalizados através das autoridades centrais e, por fim, prevê-se um prazo de oito semanas para o Estado requerido se pronuncie acerca do pedido. As referidas alterações afiguram-se suscetíveis de colmatar as falhas que vinham sendo apontadas ao mecanismo de colocação, e bem assim de assegurar a celeridade que se impõe neste contexto em ordem a salvaguardar o superior interesse da criança. Não obstante, não resulta da Proposta uma solução relativamente à reclamada uniformização do procedimento de aprovação por parte do Estado-Membro requerido, que continuará a ser regulado pelo direito interno desse Estado.⁴⁴⁴

⁴⁴² Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, *ob. cit.*.

⁴⁴³ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob. cit.*.

⁴⁴⁴ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “O mecanismo de colocação da criança noutra Estado-Membro no Regulamento Bruxelas II Bis”, *ob. cit.*, p. 397.

CAPÍTULO IV – REFLEXOS DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

1. O RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO ESPAÇO EUROPEU

1.1 ARTICULAÇÃO COM A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

Uma das decorrências do fenómeno da globalização refletiu-se na internacionalização das relações familiares, que não pode ser desassociada das consequências, a nível jurídico, que advêm da sua degradação.⁴⁴⁵ Da rutura conjugal poderão resultar situações de rapto internacional de crianças, que tem vindo a assumir proporções tais que tem sido apontado como um problema social⁴⁴⁶ e um dos principais riscos em contexto de crises conjugais.⁴⁴⁷ A rutura de matrimónios mistos, matrimónios contraídos entre pessoas de diferentes nacionalidades, é uma das causas apontadas como mais frequentes, neste contexto.⁴⁴⁸ Na sequência da rutura é frequente que um dos sujeitos volte para o seu Estado de origem, eventualmente, fazendo-se acompanhar dos filhos, sem que para tal tenham o consentimento do outro progenitor. O alargamento da União Europeia também é apontado como fator facilitador da ação ilícita do progenitor,⁴⁴⁹ tendo em conta a livre circulação de pessoas aqui instituída.

O legislador europeu, com o intuito de dar resposta ao problema, regulou a matéria logo no Regulamento (CE) n.º 1347/2000, substituído agora pelo Regulamento que vem a ser analisado. A Convenção da Haia de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças foi já analisada, em traços muito gerais, no ponto 2.2. do capítulo I, cabendo agora aferir em que termos se articula com o Regulamento. Deste decorre, particularmente dos artigos 60.º e 62.º, que as suas disposições prevalecem sobre a Convenção⁴⁵⁰ nas relações entre os Estados-Membros, daqui resultando que o

⁴⁴⁵ CARPANETO, Laura, “In-depth consideration on family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU”, *ob. cit.*, p. 931.

⁴⁴⁶ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 413.

⁴⁴⁷ Neste sentido, BORRÁS, Alegria, *Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial*, publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º 98/C 221/04, de 16-07-1998.

⁴⁴⁸ CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 413

⁴⁴⁹ STANDLEY, Kate, *Family Law*, *ob. cit.*, p. 341.

⁴⁵⁰ Resulta também da Convenção, do seu artigo 36.º, que nada impede os Estados Contratantes de estabelecerem acordos entre si, com vista a limitar as restrições a que fica sujeito o regresso da criança.

Regulamento consagra um procedimento europeu específico em matéria de rapto internacional de crianças,⁴⁵¹ prevendo soluções uniformes para as situações ocorridas em diferentes Estados-Membros.⁴⁵² A Convenção continuará a produzir efeitos apenas no que respeita a matérias não reguladas pelo Regulamento, cujo sistema não tem por objetivo substituir o da Convenção, mas complementá-lo.⁴⁵³ Assim, ambos os instrumentos se propõem a prosseguir o objetivo de dissuasão do rapto da criança, e bem assim a assegurar o regresso imediato desta ao Estado da sua residência habitual, consagrando, porém, regimes específicos para tal.

Apesar de se afigurarem complementares, os sistemas demarcam-se. Tem-se demonstrado que o sistema adotado pelo Regulamento revela-se mais célere e mais favorável ao regresso da criança ao Estado da residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas. Veja-se que a ação ilícita do progenitor acaba por comprometer a estabilidade da criança, que se vê retirada do seu meio social e familiar, mostrando-se necessária a reposição urgente dessa estabilidade. Daqui se deduz que, neste contexto, o superior interesse da criança será assegurado, em princípio, pelo seu regresso imediato. Desta forma se salvaguardará o seu direito em manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores.⁴⁵⁴ Importa analisar, com mais detalhe, as soluções adotadas pelo Regulamento que, neste contexto, refletem o intuito de salvaguarda do superior interesse da criança.

Primeiramente, o Regulamento confere prioridade à decisão de regresso proferida pelo tribunal do Estado da anterior residência habitual da criança.⁴⁵⁵ Isto resulta desde logo do seu artigo 11.º, n.º 8, que prevê que a decisão posterior que exija o regresso da criança prevalecerá sobre a decisão de retenção, proferida nos termos do artigo 13.º da Convenção. Para além disso, artigo 10.º prevê a competência do tribunal

⁴⁵¹ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob. cit.*, p. 128.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 129.

⁴⁵³ Tal como decorre do considerando n.º 17 do Regulamento. Ainda neste sentido veja-se AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob. cit.*, p. 128.

⁴⁵⁴ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *in* Unio – EU Law Journal, Vol. O, Junho, 2014, p. 133.

⁴⁵⁵ Neste contexto, o Regulamento tem-se mostrado mais eficaz no “plano da efetividade das decisões de regresso”. Neste sentido, GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 378.

do Estado da anterior residência habitual da criança em caso de rapto.⁴⁵⁶ Para esta eficácia contribuí também o sistema de cooperação judiciária europeu, no qual se inclui o Regulamento, que favorece a confiança nos tribunais do Estado da anterior residência habitual da criança, atenuando em consequência o peso da decisão de retenção proferida pelo tribunal requerido.⁴⁵⁷

Cumprir clarificar que à luz do Regulamento ocorrerá a deslocação ou retenção ilícitas da criança quando ocorra uma violação do direito de guarda, atribuído por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor com base na legislação do Estado onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e, no momento, o direito de guarda⁴⁵⁸ estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo. Considerar-se-á que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não possa decidir sobre o local de residência habitual da criança sem o consentimento do outro. O conceito encontra-se plasmado no artigo 2.º, n.º 11. Estas noções de deslocação ou retenção ilícitas e de direito de guarda correspondem às previstas na Convenção,⁴⁵⁹ o que, de resto, reflete também o “espírito de complemento e harmonização”⁴⁶⁰ entre os dois instrumentos.

No que respeita ao conceito de deslocação ilícita, à luz do Regulamento, tome-se como exemplo uma situação em que a progenitora desloca a criança para um Estado que não o da residência habitual de ambas, sem o consentimento do outro progenitor. A progenitora alegara que o teria feito por motivos laborais, já que havia recebido uma proposta de trabalho na Alemanha, que não poderia recusar. Alega ainda que, não obstante estar consciente da objeção manifestada pelo progenitor relativamente a essa deslocação, não poderia deixar de a levar a cabo, já que iria em busca de melhores condições de vida para si e para a criança, não podendo tal objeção obstar à sua liberdade de circulação no espaço europeu. Aponta ainda que o progenitor não estaria a exercer, de forma, efetiva, o seu direito de guarda, facto pelo qual não poderia requerer

⁴⁵⁶ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, ob. cit., p. 129.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁵⁸ A noção de direito de guarda à luz do Regulamento encontra-se plasmada no seu artigo 2.º, n.º 9.

⁴⁵⁹ HODSON, David, *A Pratical Guide to Internacional Family Law*, ob. cit., p. 270.

⁴⁶⁰ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, ob. cit., p. 183.

o regresso da criança ao país da anterior residência habitual, nos termos do Regulamento e da Convenção. Nestas circunstâncias, o tribunal considerou estar-se perante uma deslocação ilícita da criança, operada pela progenitora, havendo violação do regime do exercício das responsabilidades parentais, anteriormente fixado em acordo homologado por sentença.⁴⁶¹ Considerou ainda que, embora a liberdade de circulação constitua um direito fundamental, não se deve sobrepor ao superior interesse da criança, neste caso materializado no direito da criança a manter relações pessoais e contactos com ambos os progenitores, preconizado no artigo 24.º, n.º 3 da Carta.⁴⁶²

A propósito da noção de retenção ilícita tome-se o exemplo dos casos em que, na sequência de um período de férias de um dos progenitores com a criança noutra Estado-Membro que não o da residência habitual desta, esse progenitor, de forma unilateral e contra a vontade do outro, decide permanecer neste Estado com a criança.⁴⁶³ Nestas circunstâncias, estaremos perante uma retenção ilícita. De resto, o exemplo agora descrito configura uma das situações mais recorrentes neste contexto. Pelo contrário, veja-se que numa situação em que os progenitores acordem entre si que uma criança irá nascer no Estado A, aí nascendo e residindo com a sua mãe, não poderá ser considerada como uma retenção ilícita, independentemente de posteriormente a esse nascimento o pai manifestar a sua vontade no sentido da criança ser deslocada para o Estado B.⁴⁶⁴

De notar ainda que, o direito de guarda previsto pelo Regulamento, tal como já mencionado, inclui direito de eleição da residência habitual da criança. Neste contexto, importa ainda notar que a aquisição deste direito será regulada pelo direito interno do Estado onde a criança tinha a sua residência habitual, nos termos do artigo 2.º, n.º 11. Neste sentido, caso o direito nacional de um Estado-Membro não reconheça o direito de guarda ao progenitor que não contraiu matrimónio, exige-se, em virtude disso que, para

⁴⁶¹ De notar que, como já referido, a alteração da residência habitual da criança considera-se uma questão de particular importância na sua vida, especialmente se se tratar de uma deslocação para um outro país. E no que respeita às decisões importantes na vida da criança o exercício das responsabilidades parentais deverá ser conjunto, de acordo com a regra plasmada no 1906.º n.º 1 do Código Civil português.

⁴⁶² O caso resulta do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de outubro de 2015, processo n.º 2593/11.8TMPRT-C.P1, relatado por Freitas Vieira.

⁴⁶³ Trata-se de uma das situações mais frequentes neste contexto. A título de exemplo, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de março de 2017, processo n.º 9359/16.7T8LRS-A.L1-6, relatado por António Santos.

⁴⁶⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, OL vs PQ, processo C-111/17 PPU, de 8 de junho de 2017.

estar em condições de requerer o regresso da criança, obtenha prévia decisão judicial que lhe reconheça a titularidade desse direito. Daqui se retira que a designação do titular do direito de guarda cabe a cada Estado-Membro, não resultando do Regulamento.⁴⁶⁵

No considerando n.º 17 do Regulamento encontra-se o desígnio no qual as suas disposições acerca do rapto internacional devem repousar: assegurar o regresso imediato da criança ao Estado da residência habitual.

1.2 REGRAS DE COMPETÊNCIA EM CASO DE RAPTO DA CRIANÇA

O artigo 10.º do Regulamento contempla um regime específico no que respeita à competência jurisdicional em caso de deslocação ou retenção ilícitas da criança. Aí se prevê que nestas circunstâncias os órgãos jurisdicionais do Estado da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção ilícita mantêm a sua competência até a criança passar a ter a sua residência habitual noutra Estado, nas condições aí previstas. Trata-se de uma regra de jurisdição específica que representa uma importante exceção ao regime do artigo 8.º e do artigo 9.º.⁴⁶⁶ Esta “estabilidade da competência do tribunal da residência habitual”⁴⁶⁷ visa persuadir o progenitor que deslocou ilicitamente a criança de demandar os tribunais do Estado para onde a deslocou.⁴⁶⁸ Entende-se que desta forma se evita premiar este progenitor, impedindo-o de obter nestes tribunais uma decisão favorável à sua pretensão.⁴⁶⁹ Simultaneamente, tem-se em conta que da deslocação ilícita pode resultar na mudança da residência habitual da criança para o

⁴⁶⁵ De acordo com o direito irlandês, ao pai natural não lhe é reconhecido pleno direito de guarda, dado que não havia contraído matrimónio com a respetiva mãe da criança. O pedido de decisão prejudicial foi submetido ao TJUE pela Supreme Court de Irlanda, procurando saber se a interpretação do conceito de direito de guarda à luz do Regulamento e do artigo 7.º da Carta (respeito pela vida familiar), obsta a que o direito nacional sujeite a aquisição do direito de guarda por parte do pai da criança, não casado com a mãe desta, à obtenção de uma decisão judicial que lhe reconheça tal direito, por forma a estar em condições de requerer o regresso da criança. Tal resulta do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, J. McB vs. L.E., processo n.º C-400/10, de 5 de outubro de 2010.

⁴⁶⁶ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob cit.*, p. 121.

⁴⁶⁷ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob cit.*, p. 134.

⁴⁶⁸ MARINHO, Carlos Gonçalves, “Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º 2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980” *in* Direito Internacional da Família - Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, p. 169.

⁴⁶⁹ Considera-se que, neste contexto, são criados “vínculos de jurisdição artificiais” pelo progenitor que age ilicitamente, com a finalidade de eleger um foro que seja mais favorável às suas pretensões. Neste sentido, GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob cit.*, p. 174.

Estado para o qual foi deslocada, não havendo fundamento para negar, de forma eterna, jurisdição aos tribunais deste Estado.⁴⁷⁰ O problema reside em determinar em que moldes a jurisdição deverá ser atribuída a estes tribunais da nova residência habitual.⁴⁷¹ Por último, visa evitar disputas relativamente à jurisdição competente.⁴⁷²

Importa, como já referido, notar que na sequência de uma deslocação ou retenção ilícitas pode dar-se aquisição de nova residência habitual. Para tal, deverá observar-se uma das duas condições previstas nas alíneas a) e b) do artigo 10.º do Regulamento, descrito como “quadro fático bastante específico.”⁴⁷³ Primeiramente, exige-se que os titulares das responsabilidades parentais deem o seu consentimento relativamente à deslocação ou retenção.⁴⁷⁴ O consentimento das pessoas titulares, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda, mostra-se suscetível de atribuir jurisdição aos tribunais do Estado da nova residência habitual, conforme o aqui disposto. No entanto, neste contexto, o comportamento passivo ou a simples abstenção não pode ser interpretado como consentimento.⁴⁷⁵

Pode ainda ser adquirida nova residência habitual, nas circunstâncias previstas na alínea b) do preceito em análise, daqui resultando que, na sequência de deslocação ou retenção ilícita da criança, a circunstância de a criança ter permanecido noutra Estado que não o da sua residência habitual por um período superior a um ano, após a data em que o titular do direito de guarda tenha ou devesse ter tomando conhecimento do seu paradeiro,⁴⁷⁶ poderá determinar a atribuição de jurisdição aos tribunais deste Estado da nova residência habitual. A razão que subjaz a esta solução assenta na ideia de que

⁴⁷⁰ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 121.

⁴⁷¹ *Idem.*

⁴⁷² GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 152.

⁴⁷³ MARINHO, Carlos Gonçalves, “Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º 2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980”, *ob cit.*, p. 169.

⁴⁷⁴ Daqui resulta uma notória diferença de regime entre os dois instrumentos. De acordo com a Convenção da Haia de 1980, a ordem de retenção da criança basta para atribuir jurisdição aos tribunais do Estado da nova residência habitual. Contrariamente, ao abrigo do Regulamento, a ordem de retenção da criança não bastará, prevendo-se que só o consentimento dos titulares das responsabilidades parentais permite atribuir competência aos tribunais do Estado da nova residência da criança. Neste sentido, AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 122.

⁴⁷⁵ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 124.

⁴⁷⁶ A data a partir do qual se inicia o período de tempo aqui definido difere do regime estipulado na Convenção da Haia de 1980. A Convenção prevê que o período de um ano inicia-se após a data da deslocação ou retenção ilícitas.

tendo a criança permanecido num novo Estado durante um determinado período de tempo passou a estar integrada nesse novo meio. Note-se, porém, que, neste contexto, caso o tribunal de origem não disponha de elementos de facto que lhe permitam concluir pela integração da criança no novo meio, por estes não lhe terem sido fornecidos, não cessará a sua competência. Assim, a competência manter-se-á atribuída aos tribunais do Estado de origem, sem prejuízo de eventual oposição por parte do requerido.⁴⁷⁷

Sublinha-se que o mero decurso do tempo não releva, exigindo-se que se verifique a efetiva integração da criança.⁴⁷⁸ Assim, não obstante, o decurso do período de um ano e a integração da criança no novo meio não bastam, por si só, para atribuir jurisdição aos tribunais do Estado para o qual a criança foi deslocada ilicitamente. Desta forma, deverá verificar-se, pelo menos, uma das quatro condições elencadas nos pontos i) a iv) da alínea b). Assim, primeiramente, exige-se que não tenha sido apresentado um pedido de regresso da criança pelo titular do direito de guarda. Alternativamente, de acordo com a alínea ii), exige-se que não tenha ocorrido a desistência do pedido de regresso; Porém, a inatividade do detentor do direito de guarda não poder ser interpretada como forma de consentimento à deslocação ou retenção ilícitas, pode determinar a aquisição de competência dos tribunais da nova residência habitual. De seguida, a condição constante da alínea iii), no sentido de não ser determinado o arquivamento do processo nos termos do artigo 10.º, n.º 7. Por fim, de acordo com a alínea iv), não ter sido proferida uma decisão sobre a guarda, pelos tribunais da residência habitual da criança anterior à deslocação, que não determine o regresso desta. De notar que uma medida provisória não poderá integrar o conceito de decisão previsto nesta alínea. A conclusão é do TJUE, que sublinha que uma decisão provisória sobre o direito de guarda da criança deve ser distinguida de uma decisão definitiva sobre o direito de guarda. Esta posição decorre da necessidade de interpretação restritiva do preceito, que se impõe tendo em conta o fim das normas em matéria de rapto previstas no Regulamento: a dissuasão da ação ilícita do progenitor que desloca ou retém ilicitamente a criança, bem como a obtenção do regresso imediato desta ao Estado da sua residência habitual. Para além disso, sustenta o TJUE, que a ação ilícita do

⁴⁷⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de novembro de 2016, processo n.º 338/07.6TBPRG.G1, relatado por Carvalho Guerra.

⁴⁷⁸ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 124.

progenitor não deve ter como consequência a transferência de competência do tribunal da residência habitual da criança para o tribunal do Estado onde esta se encontra após a deslocação ou retenção – princípio da manutenção da competência. Ora, esta interpretação afigura-se como aquela que melhor assegura a efetivação dos objetivos do Regulamento nesta matéria, permitindo a salvaguarda do interesse primordial da criança. Pelo contrário, caso se considerasse que a decisão provisória caberia no conceito de “decisão” desta alínea, seria legítima a transferência de competência para o tribunal do Estado em que a criança se encontra em virtude da deslocação ou retenção ilícitas, acabando por se favorecer os interesses do progenitor que atuou ilicitamente.⁴⁷⁹

Note-se que, no ponto do presente trabalho respeitante ao regime relativo às medidas provisórias previsto no artigo 20.º, se assentiu a posição de que estas medidas poderiam ser executadas nos termos do Regulamento. A justificação para interpretação de “decisão” no âmbito do regime de reconhecimento e execução ser diversa da que aqui se sufraga, já no âmbito da deslocação ou retenção ilícitas da criança, reside no facto de se tratarem de regimes reguladores de matérias distintas: rapto da criança e, por outro lado, reconhecimento e execução de decisões. Ora, para cada um destes sistemas, o Regulamento prevê objetivos específicos e distintos; no caso do rapto da criança o objetivo reside na dissuasão da ação ilícita do progenitor e no regresso imediato da criança, como tem vindo a ser enunciado; já no que respeita ao regime de reconhecimento e execução previsto no Regulamento, visa-se simplificar e tornar expedito o reconhecimento e execução de decisões, assente no princípio do reconhecimento mútuo de decisões e na confiança mútua entre os Estados-Membros. As normas respeitantes a cada uma dessas matérias devem ser interpretadas à luz dos objetivos que se visam alcançar, assim se justificando a diferença enunciada.

1.3 O REGRESSO DA CRIANÇA AO ESTADO DA RESIDÊNCIA HABITUAL

O artigo 11.º do Regulamento consagra o mecanismo de regresso da criança em caso de deslocação ou retenção ilícitas. Reflete o intuito de obtenção, de forma tendencial, de uma decisão de regresso.⁴⁸⁰ Desta forma, prevê que o titular do direito de

⁴⁷⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Doris Povse vs. Mauro Alpagó, processo n.º C-211/10, de 1 julho 2010.

⁴⁸⁰ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob cit.*, p. 379.

guarda possa pedir às autoridades competentes de um Estado-Membro uma decisão baseada na Convenção, com vista a obter o regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida, aplicando-se nesse contexto o disposto nos seus n.º 2 a 8. Nesta fase, averiguar-se-á o carácter lícito ou ilícito da deslocação ou retenção. Caso se conclua pelo carácter ilícito, deverá ser, em princípio, ordenado o regresso da criança, não cabendo apreciar questões relativas à guarda da criança ou outras respeitantes à regulação das responsabilidades parentais.⁴⁸¹

Não obstante, veja-se que não se trata de uma norma atribuidora de jurisdição. Agrupa algumas normas inspiradas na Convenção, devendo, portanto, ser analisada conjuntamente com as suas disposições,⁴⁸² especialmente com o artigo 8.º. Aí se prevê, de igual forma, que o detentor do direito de guarda possa requerer às autoridades da residência habitual ou a qualquer outra assistência para assegurar o regresso da criança. Nos termos do artigo 10.º da Convenção, estas autoridades deverão tomar as medidas que considerem adequadas para garantir o regresso voluntário da criança ao Estado da residência habitual anterior à deslocação ou retenção. Na sequência deste pedido, poderá ser proferida uma decisão que ordene o regresso da criança ao país da residência habitual, ou uma decisão de retenção.

Nos termos do disposto no artigo 11.º, n.º 3.º, o tribunal ao qual seja requerido o regresso da criança deve acelerar a tramitação processual através do meio mais expedito previsto pelo seu direito interno. A urgência na obtenção da ordem de regresso impõe-se de modo a que não seja proferida numa fase em que a criança já se tenha adaptado ao novo meio.⁴⁸³ O decurso do tempo representa, neste âmbito, um fator determinante, tendo em conta que as “crianças têm um tempo de maturidade diferente dos adultos.”⁴⁸⁴ Pretende-se ainda não premiar o progenitor, que atuou ilicitamente, através de um processo demorado que, à final, culmine com a inserção da criança no meio para a qual foi ilicitamente deslocada ou retida, como já referido.⁴⁸⁵ Ainda neste n.º 3.º, impõe-se

⁴⁸¹ BELEZA, Maria dos Prazeres. “Jurisprudência sobre o rapto internacional de crianças”, in *Revista Julgar*, n.º 24, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p.79

⁴⁸² AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob cit.*, p. 130.

⁴⁸³ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob cit.*, p. 134.

⁴⁸⁴ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 153.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 151.

um período máximo de seis semanas para o tribunal requerido se pronunciar acerca do pedido de regresso. Contudo, poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais suscetíveis de justificar o decurso do período em questão. Assim, poderão estar em causa circunstâncias de ordem prática ou legal.⁴⁸⁶ A sanção para o eventual incumprimento deste limite não vem prevista no Regulamento.⁴⁸⁷ Apesar do mérito reconhecido à introdução deste limite imperativo, na prática pode revelar-se de difícil cumprimento.⁴⁸⁸ De referir ainda que a diferença desta norma relativamente à Convenção reside no caráter impositivo⁴⁸⁹ deste prazo,⁴⁹⁰ o que torna o regime do Regulamento bastante mais exigente neste aspeto, já que aqui não são permitidas explicações para o atraso.⁴⁹¹ Ora, esta demanda pela celeridade justifica-se em ordem do superior interesse da criança.

A este respeito, coloca-se ainda a questão de saber qual o valor processual da decisão a proferir neste limite de seis semanas.⁴⁹² Ou seja, o prazo diz respeito apenas à decisão proferida pela primeira instância, ou então se dentro deste prazo terá de se obter uma decisão final, irrecorrível. A Comissão Europeia pronunciou-se no sentido de que dentro deste limite de seis semanas terá de ser obtida uma decisão final acerca do pedido de regresso da criança, decisão essa definitiva, sem possibilidade de recurso.

⁴⁸⁶ Relativamente às circunstâncias práticas poderá estar em causa, por exemplo, a dificuldade em localizar a criança. Por sua vez, circunstâncias legais podem respeitar, por exemplo, à necessidade de tempo para que o tribunal possa ouvir um perito. Neste contexto, a inovação de uma circunstância excepcional de natureza legal pode levantar mais dúvidas comparativamente a uma circunstância excepcional de natureza prática. Neste sentido, AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 135. Na verdade, e tendo em conta os exemplos práticos aqui mencionados, à partida, parece aceitável que o facto de não ser possível localizar a criança justifique a invocação de uma circunstância excepcional capaz de justificar o não cumprimento do limite temporal previsto no n.º 3 do artigo 11.º. Pelo contrário, já nos parece mais duvidosa uma situação em que o tribunal não se pronuncie no prazo de seis semanas, invocando-se, como no exemplo, a necessidade de protelação do referido prazo para que se ouça um perito. Isto porque, dada a natureza célere que subjaz ao sistema instituído, caberia ao tribunal tomar as devidas medidas para que o processo corra com a devida celeridade.

⁴⁸⁷ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 135.

⁴⁸⁸ *Idem.*

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁹⁰ Por outro lado, o artigo 11.º da Convenção de 1980 limita-se a indicar um prazo máximo de seis semanas para que as autoridades respetivas tomem uma decisão sobre o pedido de regresso da criança, prevendo que ultrapassado esse prazo o requerente ou as autoridades do Estado requerido possam solicitar uma declaração acerca dos motivos da demora. Portanto, a Convenção estabelece um limite temporal meramente indicativo ao qual não subjaz qualquer sanção em caso de não observância, o que de resto abre margem a eventuais demoras.

⁴⁹¹ HODSON, David, *A Pratical Guide to Internacional Family Law, ob cit.*, p. 270.

⁴⁹² GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob cit.*, p. 136.

Não obstante, esta posição da Comissão tem sido tomada como uma visão demasiado positiva.⁴⁹³ Assim, a decisão proferida terá carácter executório, quer se trate de uma decisão de retenção, quer se trate de uma decisão de regresso, sendo proferida no referido prazo. De acordo com a Comissão, esta é a única interpretação que se coaduna com o objetivo de garantir o regresso imediato da criança.⁴⁹⁴

Não se exige que, no âmbito de uma decisão que ordene o regresso da criança, proferida pelo Estado-Membro da residência habitual desta, a existência de uma decisão proferida por este tribunal relativa ao direito de guarda da criança. O que, de resto, se traduziria num entrave, uma vez que forçaria o tribunal competente a proferir uma decisão sobre a guarda sem que dispusesse de tempo para avaliação clara,⁴⁹⁵ não se coadunando com celeridade que se impõe nos artigos 11.º, n.º 8, 40.º e 42.º.

1.3.1 Fundamentos da recusa do regresso

O tribunal do Estado requerido pode recusar o pedido de regresso da criança ao Estado da anterior residência habitual, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção. A possibilidade de recusa do regresso constitui um desvio à base de todo o sistema legal do rapto internacional da criança, cuja essência reside no regresso imediato e seguro desta ao Estado da anterior residência habitual, no “restabelecimento do *statu quo ante*.”⁴⁹⁶ Por este motivo, tem sido entendimento que o artigo 13.º deverá ser interpretado de forma restritiva,⁴⁹⁷ já que representa uma “derrogação da obrigação de retorno”,⁴⁹⁸ além de refletir um compromisso frágil entre os Estados Contratantes.⁴⁹⁹ Estas exceções assentam, portanto, no entendimento de que, apesar de o regresso imediato da criança constituir o objetivo último do sistema, este não poderá, sem mais,

⁴⁹³ AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 135.

⁴⁹⁴ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A, ob cit.*.

⁴⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Doris Povse vs. Mauro Alpago*, processo n.º C-211/10, de 1 julho 2010.

⁴⁹⁶ RAMOS, Rui Manuel Moura, “O rapto de crianças no plano internacional” in *Direito n(um)a hora*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fevereiro, 2017, p. 13.

⁴⁹⁷ De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção, em especial deve ser interpretada de forma restritiva a alínea b) do preceito, uma vez que a solução resultou de um “compromisso frágil” alcançado entre os Estados Contratantes. Neste sentido, PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, ob cit.*. E ainda, AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law, ob cit.*, p. 136.

⁴⁹⁸ HONORATI, Constanza, “Sottrazione internazionale del minori e diritti fondamentali”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, ano XLIX – n.º 1, janeiro/março, CEDAM, Padua, 2013, p. 22.

⁴⁹⁹ PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, ob cit.*

ser ordenado de forma automática.⁵⁰⁰ Cumpre ainda notar que, nesta fase, cabe ao tribunal não só analisar as alegações que sustentam o não regresso da criança, como também fundamentar devidamente a decisão que houver a ser proferida, em cumprimento de uma “específica obrigação processual”.⁵⁰¹

A recusa poderá ocorrer, nos termos da alínea a), no caso de a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a criança não exercer efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou haver consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção. Nesta última hipótese de concordância posterior à deslocação ou retenção, a criança adquire nova residência habitual nesse Estado, de acordo com o 10.º, alínea a) do Regulamento, devendo o tribunal do Estado de origem declarar-se incompetente, nos termos do disposto no artigo 17.º.⁵⁰² Relativamente à efetividade no exercício do direito de guarda, aqui exigida, veja-se que não terá de estar em causa a prestação de cuidados diários, pelo progenitor, bastando que este participe ativamente na vida da criança.⁵⁰³

A recusa poderá ainda fundar-se na circunstância de o regresso implicar um risco grave de sujeição da criança a perigos de natureza física ou psíquica, ou de a colocar numa situação intolerável, nos termos da alínea b) do artigo 13.º. Estas circunstâncias deverão ser ponderadas à luz da situação concreta da criança, fornecidas pelas autoridades do Estado da residência habitual, tal como resulta do final do preceito. Estarão aqui em causa casos mais extremos, pelo que, apesar de ser um fundamento frequentemente invocado com vista à recusa do regresso, não é facilmente procedente.⁵⁰⁴ Assim, situações de violência doméstica, abuso de substâncias ilícitas ou outros tipos de comportamentos degradantes imputados ao progenitor que continua no Estado da residência habitual da criança não serão alegações suficientes, por si só, para preencher esta alínea, tendo em conta que cabe ao Estado de origem tomar medidas adequadas que assegurem a proteção da criança após o regresso ao esse Estado, tal como decorre do n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento. Só se se considerar que essas

⁵⁰⁰ RAMOS, Rui Manuel Moura, “O rapto de crianças no plano internacional” *ob cit.*, p. 23.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰² GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 154. E ainda, GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob cit.*, p. 138.

⁵⁰³ HODSON, David, *A Pratical Guide to Internacional Family Law*, *ob cit.*, p. 261.

⁵⁰⁴ *Idem*.

medidas não são suficientes é que poderá ser recusado o regresso com base nesta alínea b).⁵⁰⁵

Como já referido, deverá ser levada a cabo uma ponderação entre o regresso da criança e o seu interesse. Neste contexto, tome-se como exemplo o descrito no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de novembro de 2015,⁵⁰⁶ no qual se considerou que o facto de a criança já se encontrar inserida no Estado para o qual foi ilicitamente deslocada ou retida, tendo aí encontrado estabilidade emocional; o facto de essa criança manifestar vontade de continuar a residir nesse Estado; o facto de se demonstrar que o ambiente com o qual conviveria se regressasse ao Estado de origem não se revelar adequado, na medida em que o companheiro da mãe estar envolvidos em processos de natureza penal, estando em causa crimes de agressão agravada e prostituição. Estas circunstâncias foram determinantes para que o tribunal considerasse a exceção prevista na alínea b) do artigo 13.º procedente, alegando que o regresso da criança ao país de origem representava perigo grave para esta.

Note-se que aqui assume a maior relevância a celeridade na apreciação de toda a questão do rapto. Na verdade, se o processo for tramitado de forma célere impede-se a integração da criança no novo meio. Caso contrário, havendo demora no procedimento, a criança acabará por se inserir no novo meio e, eventualmente, manifestará vontade de aí permanecer. Ora teria sido isto a suceder no caso: a criança passou a conviver frequentemente com a família paterna, criando-se laços afetivos; de igual forma, passou a sentir-se integrada na nova escola, aí criando laços de amizade. Ora, na situação descrita, apesar de se acompanhar a posição tomada pelo tribunal, especialmente tendo em conta que a criança se manifestou contrária ao seu regresso ao Estado de origem, não se pode deixar de notar que, neste caso acabou por se premiar a ação ilícita do progenitor que reteve ilicitamente a criança, acabando por conseguir que esta passasse a residir no Estado no qual foi ilicitamente retida.⁵⁰⁷

Outro dos mecanismos instituídos em ordem do superior interesse da criança encontra-se na solução prevista no artigo 11.º, n.º 4, na qual se consagra um importante

⁵⁰⁵ *Idem.*

⁵⁰⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de novembro de 2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7, relatado por Graça Amaral.

⁵⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de novembro de 2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7, relatado por Graça Amaral.

limite à circunstância prevista na alínea b) do artigo 13.º, restringindo o seu alcance.⁵⁰⁸ Este limite tem sido apontado como uma das soluções introduzidos pelo Regulamento que otimiza o sistema de rapto internacional consagrado pela Convenção.⁵⁰⁹ Assim, dispõe que a recusa ao abrigo da referida alínea só será válida caso se prove que foram tomadas todas as medidas adequadas a garantir a proteção após o regresso da criança. Neste contexto, não basta que sejam tomadas medidas, exigindo-se que estas sejam adequadas a garantir a proteção da criança, sendo este “juízo de adequação das medidas” levado a cabo pelo tribunal.⁵¹⁰ Revela-se fundamental, neste contexto, o auxílio das autoridades centrais do Estado de origem no sentido de verificar se nesse Estado foram tomadas as referidas medidas e se estas se revelam capazes de proteger a criança após o seu regresso.⁵¹¹ Na prática, a aplicação desta solução poderá levar a que as autoridades do Estado requerente adotem uma conduta mais pró-ativa⁵¹² no sentido de serem efetivamente tomadas medidas que assegurem a proteção da criança após o seu regresso. Isto tendo em conta que, provando-se que estas medidas foram tomadas, o Estado requerido não poderá recusar o regresso da criança com fundamento na existência de grave risco. Neste contexto, cumpre ainda sublinhar que a avaliação da adequação das medidas cabe ao tribunal. Esta solução reforça a necessidade de interpretação restrita do artigo 13.º,⁵¹³ desencorajando eventuais invocações abusivas ou infundamentadas desta alínea.⁵¹⁴ Daqui resulta que se verifica, no espírito das disposições do Regulamento relativas ao rapto internacional, o “princípio de emissão tendencial de uma decisão de regresso da criança,”⁵¹⁵ por forma a repor a estabilidade da situação da criança, comprometida pela ação ilícita do progenitor, em ordem ao seu superior interesse.

⁵⁰⁸ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob cit.*, p. 184.

⁵⁰⁹ CARPANETO, Laura, “In-depth consideration on family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU” *ob cit.*, p. 939.

⁵¹⁰ BELEZA, Maria dos Prazeres. “Jurisprudência sobre o rapto internacional de crianças”, *ob cit.*, p. 72.

⁵¹¹ Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, *ob cit.*.

⁵¹² AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, *ob cit.*, p. 137.

⁵¹³ *Idem.*

⁵¹⁴ CARPANETO, Laura, “Reciproca Fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giuridico europeo” *in* *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, ano XLVII – n.º 2, abril/junho, CEDAM, Padua, 2011, p. 373.

⁵¹⁵ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 154.

De notar que a Proposta de alteração de 2016⁵¹⁶ acrescenta ao preceito que visa corresponder a estipulado no artigo 11.º, n.º 4, que, de forma a garantir que o tribunal de origem tomou efetivamente medidas que assegurem a proteção da criança após o seu regresso, o tribunal do Estado para o qual a criança foi ilicitamente deslocada ou retida deve cooperar com as autoridades do Estado de origem, quer seja de forma direta ou através da Rede Judiciária em Matéria Civil e Comercial. Dispõe ainda que este tribunal do Estado onde a criança se encontra poderá decretar medidas provisórias.

Outro dos fundamentos é a recusa manifestada pela própria criança ao seu regresso, nos termos do artigo 13.º da Convenção, desde que esta tenha idade e maturidade suficientes. A questão da audição da criança será analisada com mais pormenor no ponto que se segue.

O regresso não poderá ainda ser recusado com base na preterição da audição da pessoa que requereu esse regresso, nos termos do n.º 5 do artigo 11.º do Regulamento, o que salvaguarda a sua posição processual.⁵¹⁷ Neste contexto, deverá proceder-se à audição de forma célere, com recurso aos meios previstos no Regulamento (CE) n.º 1206/2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial,⁵¹⁸ nomeadamente a videoconferência ou a teleconferência.⁵¹⁹

Na senda da cooperação entre Estados inerente ao processo em causa, o n.º 6 do artigo 11.º prevê a transmissão de documentos do tribunal que proferiu a decisão de retenção ao tribunal do Estado requerente. Aqui se devem incluir a cópia da decisão de retenção, bem como os documentos conexos,⁵²⁰ mormente as atas das audiências

⁵¹⁶ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob cit.*.

⁵¹⁷ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob cit.*, p. 139.

⁵¹⁸ Regulamento (CE) 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, publicado no Jornal Oficial n.º L 174, de 27-06-2001.

⁵¹⁹ O recurso às tecnologias de comunicação vem previsto no n.º 4 do artigo 10.º do referido Regulamento, daqui decorrendo o dever de o tribunal requerido aceitar o pedido, a menos que o procedimento seja incompatível com a sua lei, ou caso não seja possível realizado por graves dificuldades práticas.

⁵²⁰ Apesar de se entender que o conceito de “documentos conexos” dever ser preenchido pelo juiz, este deverá remeter as referidas atas, relatórios sociais e outros documentos nos quais tenha baseado a sua decisão. Neste sentido, MARINHO, Carlos Gonçalves, “Violação do direito de visita, retenção e

realizadas, preferencialmente traduzidos.⁵²¹ A transmissão deverá ser célere, devendo o tribunal do Estado de origem receber os documentos no prazo de um mês, contado a partir da data da decisão. Esta celeridade visa não só assegurar o regresso imediato da criança ao Estado da residência habitual, como também permitir ao tribunal desse Estado avaliar os fundamentos em que se fundou a decisão de retenção.⁵²² Por esta forma, permite-se um duplo exame do processo.⁵²³ De notar ainda que aqui se encontra mais uma manifestação da prevalência da competência do tribunal do Estado da residência habitual.⁵²⁴

Nos termos do disposto no n.º 7, exceto se uma das partes tiver instaurado um processo junto dos tribunais do Estado da residência habitual,⁵²⁵ o tribunal que receba os documentos a que alude o n.º 6, convidará as partes a apresentar as suas observações,⁵²⁶ dispondo estas de um prazo de três meses, após a notificação, para o fazer. Neste contexto, caberá aos tribunais de origem determinar, de acordo com o direito interno, qual o tribunal competente para apreciar a decisão de retenção.⁵²⁷ Trata-se, portanto, de norma que se destina a estabelecer as formas de notificação das informações respeitantes à decisão de retenção.⁵²⁸

deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º 2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980” *ob cit.*, p. 173.

⁵²¹ Pôr-se-ia a questão de saber se estes documentos deveriam ser traduzidos. A este respeito, foi entendimento da Comissão que os juízes devem adotar a solução mais prática, avaliando as circunstâncias do caso concreto. Podendo, por exemplo, traduzir os documentos que considerem mais importantes. Neste sentido, Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, *ob cit.*.

⁵²² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Inga Rinau, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008.

⁵²³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Doris Povse vs. Mauro Alpago, processo n.º C-211/10, de 1 julho 2010.

⁵²⁴ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 155.

⁵²⁵ No entanto, foi entendimento do TJUE que, caso tenha sido instaurado nos tribunais do Estado da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas processo relativo à responsabilidade parental, e atribuindo o direito interno desse Estado competência exclusiva a um tribunal especializado para apreciar a decisão de retenção, nada obsta a essa circunstância desde que não seja posto em causa o efeito útil do Regulamento. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, David Bradbrooke vs. Anna Aleksandrowicz, processo n.º C-498/14, de 9 de janeiro de 2015.

⁵²⁶ Exceto se uma das partes tiver instaurado um processo junto dos tribunais do Estado da residência habitual.

⁵²⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, David Bradbrooke vs. Anna Aleksandrowicz, processo n.º C-498/14, de 9 de janeiro de 2015.

⁵²⁸ Terá sido entendimento do TJUE que este n.º 7 do artigo 11.º não visa determinar o tribunal competente para apreciar a questão do regresso, cabendo ao Estado-Membro do Estado onde a criança tinha a sua residência habitual essa determinação. Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, David Bradbrooke vs. Anna Aleksandrowicz, processo n.º C-498/14, de 9 de janeiro de 2015.

De acordo com a Proposta de alteração de 2016,⁵²⁹ a decisão que recuse o regresso da criança terá de ser devidamente fundamentada, indicando quais as disposições resultantes da Convenção em que se baseia.

1.3.2 Primazia da decisão de regresso proferida pelo tribunal do estado da residência habitual

A prevalência da decisão proferida pelo tribunal do Estado da residência habitual, na senda do propósito basilar de assegurar o regresso imediato da criança, vem espelhada no artigo 11.º, n.º 8 do Regulamento, revelando-se como mais um dos reflexos da preocupação pela salvaguarda do superior interesse da criança. Neste preceito se dispõe que o tribunal de origem poderá proferir uma decisão de regresso, que prevalecerá sobre a decisão de retenção precedente, proferida pelo tribunal do Estado onde a criança se encontra, sendo automaticamente reconhecida e executada. A questão do reconhecimento e execução será analisada no capítulo seguinte, mais detalhadamente. De resto, esta prevalência retrata e reforça o disposto nos artigos 12.º e 13.º da Convenção,⁵³⁰ sendo apontada como a solução mais inovadora introduzida pelo Regulamento em matéria de rapto internacional.⁵³¹ O objetivo em vista prende-se com a necessidade de limitar ao máximo as exceções à regra geral do regresso da criança ao Estado da residência habitual imediatamente anterior à deslocação ou retenção ilícitas.

Veja-se que se pressupõe uma ordem cronológica, ou seja, que seja proferida uma ordem de retenção a que se seguirá a eventual ordem de regresso,⁵³² proferida pelo tribunal do Estado da anterior residência habitual da criança. Daqui resulta que o n.º 8 do artigo 11.º configura um procedimento autónomo para resolução de decisões conflituantes.⁵³³ E, note-se que não obstante a eventualidade dos tribunais em questão proferirem decisões divergentes, no fundo está em causa um “processo de cooperação entre as autoridades” dos Estados em causa.

⁵²⁹ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob cit.*.

⁵³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Inga Rinau, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008.

⁵³¹ CARPANETO, Laura, “In-depth consideration on family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU”, *ob cit.*, p. 940.

⁵³² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Inga Rinau, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008.

⁵³³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, P. vs. Q., processo n.º C-455/15, de 19 de novembro de 2015.

O procedimento dos n.º 6.º, 7.º e 8.º do artigo 11.º apenas são aplicáveis quando está em causa uma decisão de retenção, baseada no artigo 13.º da Convenção, não abrangendo os fundamentos de não retorno previstos nos artigos 12.º e 20.º O artigo 20.º da Convenção prevê a possibilidade de o regresso da criança ser recusado se colidir com os princípios fundamentais do Estado requerido, consagrando assim a ordem pública como fundamento. Eventualmente, este fundamento poderá ser usado para ludibriar o procedimento de regresso.⁵³⁴

Na Proposta de alteração de 2016,⁵³⁵ a matéria de regresso integra as seis matérias no âmbito de responsabilidade parental cuja intervenção é mais notória. Neste contexto, pretender-se-á melhorar a eficácia do mecanismo de regresso que resulta do Regulamento. Em primeiro lugar, esclarece que o prazo para emissão da ordem de regresso executória passa a ser de 18 semanas para a totalidade de fases admissíveis. Seis semanas para primeira instância, mais seis semanas para tribunal recurso, mais seis semanas para autoridade central trabalharem na questão (aqui se incluiria a receção e tramitação do pedido, localização do requerido e da criança, entre outros). Aí se alega que se trata de um prazo curto, porém realista, sendo que o atual prazo ronda as vinte e três semanas, em média. No mesmo preceito, introduz-se a possibilidade de as partes recorrerem à mediação, em razão do interesse da criança, desde que tal não atrase o processo. Para além disso, é ainda introduzido um artigo que determina a concentração da competência para apreciação de pedidos de regresso num número limitado de tribunais, no intuito de submeter a apreciação destes pedidos a juízes com conhecimento específico na matéria.⁵³⁶ Determina-se ainda que a decisão que ordena o regresso da criança poderá ter força executória provisória, não obstante a possibilidade de recurso. Porém, só poderá ser objeto de recurso uma única vez. Ainda assim, entendemos que não é enfraquecida a posição processual do requerido.

⁵³⁴ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 156.

⁵³⁵ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob cit.*.

⁵³⁶ Aí determina-se ainda que cada Estado-Membro comunicará à Comissão os respetivos tribunais.

1.3.3 A audição da criança no contexto do rapto internacional

A audição da criança assume especial relevo nas disposições do Regulamento.⁵³⁷ A génese da audição repousa na conceção da criança enquanto sujeito de direitos,⁵³⁸ sendo este um direito fundamental que lhe assiste⁵³⁹ e que se justifica pela salvaguarda do seu interesse primordial, aqui materializado na sua participação nas decisões que lhe respeitem. Assim, veja-se que este direito resulta de outros instrumentos, desde logo do artigo 13.º da Convenção, do artigo 12.º da CDC e do artigo 24.º da Carta.

O Regulamento viria reforçar o direito de audição da criança,⁵⁴⁰ dispondo no seu artigo 11.º, n.º 2 que deve ser dada à criança a oportunidade de ser ouvida, salvo se a audição se revelar inoportuna em função da sua idade o grau de maturidade. No mesmo sentido, dispõe o artigo 13.º da Convenção, estipulando que o regresso da criança poderá ser recusado caso não lhe seja dada a oportunidade de ser ouvida.

Veja-se que, como adiante se analisará, acordo com o artigo 23.º, n.º 1, b), a preterição da audição assume-se como fundamento de contestação do reconhecimento e da execução de uma decisão. Ademais, constitui um dos fundamentos elencados artigo 42.º que permite a dispensa do procedimento de *exequatur* no que respeita à decisão de regresso da criança ao Estado da sua residência habitual. Tratar-se-á de uma cláusula de ordem pública, embora de “formulação mais restrita”⁵⁴¹ que resulta da relutância em dar relevância ao direito do Estado requerido, tendo em conta que a ligação da criança com esse Estado foi artificialmente criada.⁵⁴²

O Regulamento não esclarece de que forma deve o juiz proceder à audição.⁵⁴³ Tem sido entendimento de que pode proceder-se à audição de acordo com o procedimento de cada Estado-Membro, desde que sejam proporcionadas à criança

⁵³⁷ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob cit.*, p. 141.

⁵³⁸ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob cit.*, p. 380.

⁵³⁹ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 155.

⁵⁴⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução” *ob cit.*, p. 156.

⁵⁴¹ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob cit.*, p. 181.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 174.

⁵⁴³ Resulta, desde logo do considerando n.º 19 que o Regulamento não visa a alteração nos procedimentos nacionais neste âmbito.

condições adequadas, de acordo com a sua idade e maturidade.⁵⁴⁴ Conforme resulta da orientação do TJUE, a audição não se mostra, sem mais, obrigatória, não se tratando de uma obrigação absoluta”, devendo antes a sua pertinência ser ponderada à luz daquele que é o superior interesse da criança no caso concreto.⁵⁴⁵ A vontade da criança em expressar a sua opinião poderá não se revelar suficiente para que seja tida em conta. Essa vontade terá de se assumir como consciente.⁵⁴⁶ Desta forma, caberá ao juiz ponderar a pertinência dessa audição. De forma a proceder a essa ponderação, o juiz poderá socorrer-se de um relatório elaborado por um profissional especializado, por exemplo, um psicólogo, por forma a aferir da capacidade da criança para formular a sua opinião sobre a questão.⁵⁴⁷ Entende-se que, neste contexto, ao qual se associa um ambiente tenso, nem sempre a audição se mostra adequada à salvaguarda do bem-estar da criança, “designadamente se envolver a sua presença física perante o juiz”.⁵⁴⁸ A este respeito, sublinha o Tribunal que a audição também não significa necessariamente que seja ouvida perante o juiz, desde que seja concedida à criança “uma oportunidade real e efetiva de se exprimir.”⁵⁴⁹ Assim, de acordo com o TJUE, resulta do artigo 24.º da Carta (e do 42.º, n.º 2, a)) o direito que assiste à criança, sendo que está em causa a possibilidade de esta ser ouvida, se isso corresponder ao seu melhor interesse, não se referindo à audição simplesmente.⁵⁵⁰

Já no Relatório da Comissão de 2014,⁵⁵¹ teria sido sugerida a adoção de regras comuns relativamente à audição da criança, com vista ao reforço da efetividade das

⁵⁴⁴ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob cit.*, p. 156.

⁵⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Joseba Andoni Arguirre Zarraga vs. Simone Pelz, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

⁵⁴⁶ CASANOVA, Salazar José Fernando, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança” *in* Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, n.º 306 – abril/junho, 2006, p. 230.

⁵⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de novembro de 2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7, relatado por Graça Amaral.

⁵⁴⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Joseba Andoni Arguirre Zarraga vs. Simone Pelz, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

⁵⁴⁹ *Idem.*

⁵⁵⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Joseba Andoni Arguirre Zarraga vs. Simone Pelz, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

⁵⁵¹ Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, *ob cit.*.

decisões de regresso.⁵⁵² Isto, uma vez que, os Estados-Membros preveem normas diferentes no que respeita à audição, nomeadamente, no que respeita à idade a partir da qual a audição é obrigatória. Neste sentido, tendo a criança idade inferior à determinada caberá ao juiz decidir acerca da pertinência da audição. Em consequência destas diferenças de regulamentação, poderão surgir casos em que no Estado A seja ouvida uma criança de determinada idade, sendo que no Estado B uma criança com a mesma idade poderá não ter oportunidade de ser ouvida em virtude de nesse Estado a sua audição apenas ser obrigatória a partir de uma idade mais elevada.⁵⁵³ Certamente que esta questão poderá sempre ser ultrapassada caso o juiz considere oportuna a audição em função da maturidade.

Na Proposta de alteração de 2016⁵⁵⁴ é introduzido um artigo sobre a direito da criança a expressar a sua opinião. Aqui se estabelece uma distinção entre a questão de saber em que circunstâncias é que a criança deve ser ouvida, devendo-o ser quando se revele capaz de exprimir e formular as suas opiniões; e a questão da importância a atribuir a essa opinião, que será graduada de acordo com a idade e com o grau de maturidade da criança.⁵⁵⁵ As autoridades deverão documentar as considerações expressas pela criança na decisão que tomarem. Ora, daqui resultará que o reconhecimento de uma decisão não poderá ser recusado por um Estado pelo mero facto de a audição ter sido realizada de forma diversa da prevista pela sua lei nacional. Da Proposta sai reforçada a tutela deste direito fundamental da criança, ao qual é conferido mais destaque, garantindo, à final, uma proteção mais acérrima do seu superior interesse.

⁵⁵² Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, *ob cit.*

⁵⁵³ QUENTAL, Ana Margarida et al, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob cit.*, p. 193.

⁵⁵⁴ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob cit.*

⁵⁵⁵ Do ponto n.º 11 e n.º 12 da Certidão constante do anexo II da Proposta resulta a referida distinção.

CAPÍTULO V - RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS DECISÕES EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL

Um dos principais objetivos a alcançar através do sistema de reconhecimento e execução consagrado pelo Regulamento passaria por assegurar que uma decisão proferida por um Estado pudesse ser reconhecida ou executada num outro Estado-Membro, aí produzindo todos os plenos efeitos. Assim seria em nome do princípio do reconhecimento mútuo e da confiança mútua entre os Estados-Membros.⁵⁵⁶ A necessidade de reconhecimento ou execução de uma decisão, nestes moldes, poderá surgir, por exemplo, de uma eventual alteração das circunstâncias subjacentes à relação jurídica em causa, como seja a alteração da residência habitual da criança.⁵⁵⁷ Em termos mais gerais, tal como já referido ao longo do presente, o sistema de reconhecimento e a execução tal como o consagrado visa dar concretização à livre circulação de pessoas e decisões, à segurança jurídica e bem assim, à estabilidade das relações transfronteiriças.⁵⁵⁸

O Regulamento institui um sistema de reconhecimento e execução de decisões tendencialmente automático, tendo sido o primeiro instrumento a abolir o *exequatur* em matéria civil, no que concerne às matérias relativas ao direito de visita e ao regresso da criança. Como já referido ao longo da presente dissertação, operou-se o alargamento do âmbito de aplicação do Regulamento a todas as decisões relativas às responsabilidades parentais, o que culminou na extensão do princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais também a essas decisões.⁵⁵⁹

1. RECONHECIMENTO DE DECISÕES

O artigo 21.º do Regulamento prevê que as decisões proferidas num Estado-Membro serão reconhecidas nos restantes, sem necessidade de qualquer formalidade. A solução preconiza o sistema tendencialmente automático de reconhecimento de decisões

⁵⁵⁶ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob. cit.*, p. 156.

⁵⁵⁷ SETRIGHT QC, Henry, *et al.*, *Internacional Issues in Family Law*, *ob. cit.*, p. 120.

⁵⁵⁸ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 353.

⁵⁵⁹ Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, *ob. cit.*.

adotado pelo Regulamento. Ainda assim, qualquer parte poderá requerer o pedido de reconhecimento ou não reconhecimento de uma decisão, nos termos dos procedimentos previstos para os pedidos de declaração de executoriedade. O reconhecimento de uma decisão implica o reconhecimento dos efeitos que dele provêm, assim como a atribuição de força executiva.⁵⁶⁰

O artigo 23.º elenca os fundamentos de não reconhecimento das decisões em matéria de responsabilidade parental. Os fundamentos aqui enumerados são de conhecimento oficioso⁵⁶¹ e, por representar um desvio ao reconhecimento tendencialmente automático preconizado pelo Regulamento, este elenco é limitado,⁵⁶² exigindo uma interpretação restritiva.⁵⁶³ Logo na alínea a) dispõe-se que o reconhecimento poderá ser recusado caso seja manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, tendo em conta o superior interesse da criança. Ora, estará aqui em causa a ordem pública internacional do Estado requerido. Acerca da reserva de ordem pública cumpre notar que não cabe ao TJUE definir o seu conteúdo. Cabe-lhe somente controlar os limites, de forma a que se faça uso deste fundamento indevidamente.⁵⁶⁴ Neste contexto, a eventual violação da reserva de ordem pública terá de ser ponderada tendo em conta o superior interesse da criança. Terá ainda de se tratar de uma violação grave, tendo em conta a proibição de revisão do mérito da decisão proferida por um outro Estado, preconizada pelo artigo 26.º.⁵⁶⁵ Num caso submetido à apreciação do TJUE procurou-se aferir se uma alegada violação do artigo 15.º do Regulamento, pelo tribunal que proferiu a decisão em questão, obstava ao reconhecimento da decisão pelo tribunal requerido com base nesta alínea. Salientou-se

⁵⁶⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 349.

⁵⁶¹ PINHEIRO, Luís de Lima, “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental” (em linha), [consultado a 02-03-2017], in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. II, 2006, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=50879&ida=50922

⁵⁶² BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 337.

⁵⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, P. vs. Q., processo n.º C-455/15, de 19 de novembro de 2015.

⁵⁶⁴ No caso submetido à apreciação do TJUE estaria em causa uma alegada violação do artigo 15.º do Regulamento, pelo tribunal que proferiu a decisão em questão. Salientou-se que não compete ao juiz do Estado requerido recusar o reconhecimento da decisão com fundamento na errada aplicação do direito da união. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, P. vs. Q., processo n.º C-455/15, de 19 de novembro de 2015.

⁵⁶⁵ *Idem*.

que não compete ao juiz do Estado requerido recusar o reconhecimento da decisão com fundamento na errada aplicação do direito da União.⁵⁶⁶ O recurso à reserva de ordem pública como fundamento de não reconhecimento de uma decisão em matéria de responsabilidade parental tem-se revelado pouco frequente.⁵⁶⁷

Segue-se o fundamento previsto na alínea b), que prevê que a decisão possa não ser reconhecida caso, exceto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normas processuais fundamentais do Estado-Membro requerido. Este fundamento respeita ao direito de audição da criança, que, tal como já analisado, assume tal importância nas disposições do Regulamento que vem aqui previsto e autonomizado como fundamento de não reconhecimento. Trata-se de um fundamento regularmente invocado para o não reconhecimento de uma decisão.⁵⁶⁸

Já a alínea c) prevê a possibilidade de recusa caso a parte revel não tenha sido citada ou notificada do ato introdutório da instância, ou ato equivalente, em tempo útil e de forma assegurar a sua defesa, exceto as situações em que essa pessoa tenha aceite a decisão de forma inequívoca. Neste contexto, visa-se a salvaguarda do princípio do contraditório.⁵⁶⁹

Poderá ainda ocorrer a recusa com base no fundamento previsto na alínea d), caso se alegue que a decisão obsta ao exercício da sua responsabilidade parental, se tiver sido proferida sem que essa pessoa tenha tido a oportunidade de ser ouvida.

Por sua vez, as alíneas e) e f) baseiam a recusa do reconhecimento na existência de decisões conflituantes. A alínea e) prevê os casos de conflito da decisão com uma decisão posterior, em matéria de responsabilidade parental no Estado-Membro requerido. Já a alínea f) prevê as situações de conflito da decisão com uma decisão posterior, em matéria de responsabilidade parental noutro Estado-Membro ou no Estado

⁵⁶⁶ *Idem.*

⁵⁶⁷ Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, ob. cit.*

⁵⁶⁸ *Idem.*

⁵⁶⁹ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 337.

terceiro em que a criança tenha a sua residência habitual, desde que essa decisão posterior reúna as condições necessárias para o seu reconhecimento no Estado-Membro requerido. No que se refere a estes fundamentos, veja-se que prevalecerá a decisão anteriormente proferida, o que se poderá justificar pela “natureza precária e modificável”⁵⁷⁰ inerente às decisões em matéria de responsabilidade parental.

Por fim, a alínea g) prevê a recusa do reconhecimento caso não tenha sido respeitado o procedimento relativo à cooperação entre as autoridades previsto no artigo 56.º do Regulamento.

Cumprido notar que ao sistema de reconhecimento tal como previsto, subjaz a proibição do controlo da competência e a proibição da revisão quanto ao mérito,⁵⁷¹ de acordo com os artigos 24.º e 26.º, respetivamente.

2. EXECUÇÃO DE DECISÕES

As mesmas considerações relativas ao espírito das normas de reconhecimento deverão reiterar-se aqui. O artigo 28.º do Regulamento dispõe que uma decisão proferida num Estado-Membro que aí tenha força executória poderá ser executada num outro Estado depois de aí ter sido declarada executória a pedido de qualquer parte interessada. Para tal, deverão observar-se os seguintes “pressupostos de declaração de executoriedade:⁵⁷² que esteja em causa uma decisão nos termos do artigo 2.º, n.º 4; que o objeto dessa decisão esteja abrangido pelo Regulamento, nos termos do artigo 1.º;⁵⁷³ que essa decisão tenha força executória no Estado-Membro de origem e ainda que tenha sido notificada aos interessados.⁵⁷⁴

O pedido de declaração de executoriedade será regulado pela lei nacional do Estado-Membro de execução, nos termos do artigo 30.º. O requerimento para obter a

⁵⁷⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental”, *ob. cit.*

⁵⁷¹ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p. 337.

⁵⁷² PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 460.

⁵⁷³ *Idem.*

⁵⁷⁴ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p.344.

declaração de executoriedade deverá ser apresentado no tribunal indicado na lista comunicada por cada Estado-Membro à Comissão, de acordo com o artigo 29.º e 68.º.⁵⁷⁵

A celeridade inerente ao processo de execução dita que decisão do tribunal deverá ser proferida no mais curto espaço de tempo, de acordo com o artigo 31.º, não sendo suscetível de revisão de mérito, nem sendo permitido à pessoa contra quem a execução é requerida nem à criança apresentar observações nesta fase, pelo que se tratará de um processo sumário⁵⁷⁶ e unilateral.⁵⁷⁷ A decisão é, contudo, suscetível de recurso, sendo que nesta fase já poderá ser exercido o contraditório, nos termos do estipulado no artigo 33.º.⁵⁷⁸

Relativamente aos fundamentos que poderão obstar à execução da decisão, dispõe o n.º 2 do artigo 31.º que só são admissíveis os previstos nos artigos 22.º, 23.º e 24.º. Desta forma, relativamente às decisões em matéria de responsabilidade parental, admitir-se-ão para a recusa da execução da decisão os mesmos fundamentos previstos para a recusa do reconhecimento.

Cumprir notar que tem sido entendimento que a exigência de *exequatur* leva a que os procedimentos se tornem morosos e onerosos. Pode ainda significar o surgimento de situações contraditórias, em que um Estado reconheça uma decisão relativa ao direito de visita, mas já não reconheça o direito de guarda tal como concedido nessa mesma decisão, tendo em conta a possibilidade de recusa de reconhecimento com recurso aos fundamentos previstos 23.º⁵⁷⁹ No Relatório da Comissão de 2014,⁵⁸⁰ apontara-se que o sistema de execução, nomeadamente a exigência de *exequatur* para certas decisões conduziu a dificuldades práticas,

⁵⁷⁵ No caso de Portugal, o tribunal competente é o Tribunal de Comarca ou o Tribunal de Família e Menores.

⁵⁷⁶ PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, *ob. cit.*, p. 456.

⁵⁷⁷ BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *ob. cit.*, p.344.

⁵⁷⁸ De acordo com o artigo 33.º, n.º 2, o recurso deverá ser dirigido ao tribunal identificado na lista comunicada pelos Estados-Membros, nos termos do artigo 68.º. Em Portugal, será competente o Tribunal da Relação.

⁵⁷⁹ Tal como se aponta no Relatório da Comissão de 2014. *Cfr.* Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, *ob. cit.*.

⁵⁸⁰ *Idem.*

nomeadamente pelo facto de não ser uniforme a interpretação do termo “execução”. O facto de a execução ser regulada pela lei nacional de cada Estado, poderá conduzir ao surgimento de dificuldades práticas. No Relatório apontara-se que em alguns Estados não estão previstos sistemas de execução específicos para decisões em matéria de direito da família, sendo necessário recorrer aos sistemas previstos para a execução de decisões civis que não preveem as especificidades necessárias, por exemplo, relativamente à maior necessidade de celeridade nesta área, especialmente no que concerne às matérias de responsabilidade parental, tendo em conta que o decurso do tempo se mostra irreversível para a criança. Por exemplo, uma decisão que nomeie um tutor à criança proferida pelo tribunal do Estado-Membro A, solicitando esse tutor a emissão de um passaporte⁵⁸¹ para a criança no Estado B. Em determinados Estados bastará o reconhecimento da decisão que atribuiu a tutela, enquanto que noutros, sendo que a emissão de um passaporte constitui um ato de execução, irão exigir a declaração de exequátur da decisão relativa à tutela, para que só depois seja autorizada a emissão do passaporte.⁵⁸² A supressão do exequátur em todas as decisões em matéria de responsabilidade parental vinha, há muito, a ser reclamada.

2.1 REGIME DA EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA DE DIREITO DE VISITA E DECISÕES QUE EXIGEM O REGRESSO DA CRIANÇA

Na seção 4 do Regulamento, prevê-se um regime especial de execução em matéria de responsabilidade parental, aplicável às decisões respeitantes ao direito de visita e às decisões que ordenem o regresso da criança. Neste contexto, não se exigirá qualquer procedimento prévio para obter a execução das decisões mencionadas, bastando que se verifiquem as condições elencadas nos artigos 41.º e 42.º do Regulamento. O aqui consagrado é reflexo do princípio do reconhecimento mútuo de

⁵⁸¹ Neste contexto, veja-se que teria já sido submetida ao TJUE a questão de saber se a ação pela qual se requer a supressão de consentimento de um progenitor e para emissão de um passaporte para a criança seria abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento. O tribunal considerou que a questão teria de ser abrangida pelo Regulamento, já que estava em causa uma ação referente ao exercício da responsabilidade parental relativamente aquela criança, nos termos do disposto no artigo 1.º, n.º 1, b). Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Vasilka Ivanova Gogova vs. Ilija Dimitrov Iliev*, processo C-215/15, de 21 de outubro de 2015.

⁵⁸² Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, ob. cit..*

decisões, assente na confiança estabelecida entre os Estados-Membros.⁵⁸³ O principal objetivo das soluções passa por assegurar celeridade na execução destas decisões.⁵⁸⁴

Não obstante o mérito que lhe tem vindo a ser reconhecido, há quem entenda que esta atribuição de força executiva, de forma automática, às decisões proferidas por um Estado-Membro, conduz à redução da autonomia dos Estados-Membros.⁵⁸⁵

2.1.1 Decisões em matéria de direito de visita

Assente na premissa de que o direito de visita no âmbito de relações jurídicas plurilocalizadas merece uma proteção positiva,⁵⁸⁶ o artigo 41.º prevê que a decisão relativa ao direito de visita, que goze de força executória no Estado que a proferiu, é reconhecida e goza de força executória noutro Estado, sem necessidade de qualquer declaração que lhe confira essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, caso a decisão em questão tenha sido homologada no Estado-Membro de origem. Ainda que legislação nacional não preveja força executória de pleno direito da decisão relativa ao direito de visita, o tribunal poderá declarar essa decisão executória, não obstante qualquer recurso. A solução reflete o intento de salvaguarda do superior interesse da criança, já que ao reforçar a proteção do direito de visita, permite uma tutela mais eficaz do direito da criança em manter relações com ambos os progenitores, neste contexto, a preservação dos vínculos afetivos com o progenitor não convivente.

Ao Estado-Membro de origem caberá a emissão de uma certidão que comprove força executória da decisão nesse Estado. A emissão da certidão⁵⁸⁷ está sujeita a determinadas condições, as quais vêm enumeradas no n.º 2. Primeiramente, o juiz só emitirá a certidão se: de acordo com a alínea a), caso a parte revel não tenha sido citada ou notificada do ato introdutório da instância ou ato equivalente, em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa, ou, se tiver sido citada ou notificada sem

⁵⁸³ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob. cit.*, p. 143.

⁵⁸⁴ *Idem.*

⁵⁸⁵ PINHEIRO, Luís de Lima, “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental”, *ob. cit.*.

⁵⁸⁶ RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução” *ob. cit.*, p. 157.

⁵⁸⁷ A certidão será emitida com recurso ao formulário constante do Anexo III do Regulamento— “Certidão referida no n.º 1 do artigo 41.º relativa a decisões em matéria de direito de visita”.

observância dessas condições, se estiver estabelecido que essa pessoa aceitou a decisão de forma inequívoca; nos termos da alínea b) se a todas as partes for dada a oportunidade de ser ouvidas; e, por fim, a condição prevista na alínea c) que respeita à obrigatoriedade de audição da criança, exceto se se considerar inadequada em função da sua idade ou maturidade.

Caso se esteja perante uma situação de caráter transfronteiriço desde o momento em que a decisão tenha sido proferida, a certidão será emitida oficiosamente. Caso o caráter transfronteiriço seja posterior, qualquer uma das partes poderá requerer a emissão da certidão, artigo 41.º, n.º 3.

Ainda a respeito do exercício do direito de visita, dispõe o artigo 48.º que o tribunal de execução poderá adotar disposições práticas que assegurem o exercício deste direito, nas situações em que estas não tenham sido previstas na decisão ora proferida pelo tribunal competente para conhecer do mérito, desde que os elementos essenciais desta decisão sejam respeitados. Não obstante, as disposições adotadas pelo tribunal de execução em conformidade com o n.º 1 deixarão de ser aplicáveis caso o tribunal competente para conhecer do mérito profira uma decisão posterior.

2.1.2 Decisões que ordenem o regresso imediato da criança

O regresso imediato da criança, ordenado com base nas disposições do Regulamento, é garantido por um “sistema de reconhecimento automático dos efeitos executivos da decisão”.⁵⁸⁸ Assim, a decisão executória que ordena o regresso da criança proferida num Estado-Membro é reconhecida e tem força executória noutra Estado, sem que seja necessária qualquer declaração que lhe confira essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, bastando para tal que seja homologada no Estado de origem, nos termos do n.º 1 do artigo 42.º do Regulamento. E ainda que a legislação nacional não preveja força executória de pleno direito da decisão de regresso, o tribunal poderá, ainda assim, declarar essa decisão executória, não obstante qualquer recurso. A solução aqui prevista justifica-se em ordem da proteção do superior interesse da criança que, neste contexto, será salvaguardado pela efetivação do seu regresso imediato ao Estado da residência habitual.

⁵⁸⁸ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 379.

Nos termos do n.º 2, a emissão da certidão,⁵⁸⁹ que sucede por iniciativa do juiz, está dependente da verificação de determinadas condições. Desde logo, está dependente da verificação da audição da criança, exceto se a idade ou grau de maturidade desta não o justifique. Para além da criança, exige-se ainda a audição das partes.⁵⁹⁰ Por fim, exige-se que o tribunal, ao pronunciar-se, tenha tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão proferida ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980. De notar ainda que os efeitos advindos da execução da decisão verificam-se em todos os Estados-Membros, não se limitando ao território do Estado que a proferiu.⁵⁹¹ Isto justificar-se-á pela necessidade de celeridade e economia processual,⁵⁹² inerentes ao procedimento de regresso. Além disso, pela confiança estabelecida entre os Estados-Membros.

Não é possível invocar um fundamento nos tribunais de execução contra a execução da decisão que exija o regresso da criança já homologada. Se no Estado A é proferida uma decisão que determine o regresso da criança com base nos artigos 11.º do Regulamento e 13.º da Convenção da Haia, nenhum fundamento poderá ser invocado contra a execução dessa decisão no Estado B. A propósito da recusa da execução da decisão que ordena o regresso da criança, fora submetida ao TJUE a questão de saber se, no caso de o Tribunal do Estado de execução considerar que essa decisão, proferida pelo tribunal do Estado de origem, viola os direitos fundamentais da criança, poderá a execução ser recusada. No caso analisado, o tribunal de execução alegava que o juiz do tribunal de origem teria emitido a certidão a que se refere o artigo 40.º, n.º 1 sem que a criança tivesse sido ouvida, em conformidade com a exigência da alínea a) do n.º 2 do referido preceito. O TJUE pronunciou-se no sentido de que é na ordem jurídica do Estado de origem que a parte interessada poderá contestar a legalidade, e serão os tribunais desse Estado os competentes para apreciar a eventual violação, não podendo o

⁵⁸⁹ A certidão será emitida utilizando o formulário constante no anexo IV do Regulamento.

⁵⁹⁰ A obrigatoriedade da audição, quer da criança, quer das partes representam pressupostos comuns aos previstos para emissão da certidão relativa ao direito de visita, constantes do 41.º, n.º 2, alíneas b) e c). Neste sentido, PINHEIRO, Luís de Lima, “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental” *ob. cit.*.

⁵⁹¹ GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *ob. cit.*, p. 146.

⁵⁹² *Idem.*

juiz do Estado-Membro de execução opor-se ao reconhecimento ou à execução desta decisão, que fora acompanhada da certidão ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento.⁵⁹³

Ainda a este propósito, procurou-se saber se uma alteração das circunstâncias que torne a execução incompatível com o superior interesse da criança é suscetível de constituir fundamento que obste a essa execução. Tal como na questão anterior, entende-se que esta avaliação incumbe ao Estado de origem, que poderá, eventualmente, suspender a execução da decisão que proferiu anteriormente. O Estado de origem é, de resto, o tribunal competente para avaliar a salvaguarda do interesse primordial da criança.⁵⁹⁴

Teria ainda sido questionada a compatibilidade da força executiva automática da decisão que ordena o regresso da criança com o artigo 8.º da CEDH que consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar. Neste sentido, o TEDH pronunciou-se pela inexistência da referida incompatibilidade, sustentando que existe uma presunção de proteção equivalente em matéria de direitos fundamentais pela União Europeia.⁵⁹⁵ De realçar ainda que do Guia Prático para a interpretação do artigo 8.º resulta que o preceito deverá ser interpretado à luz da Convenção, e os interesses em causa deverão ser avaliados de forma a que permaneça o superior interesse da criança enquanto consideração primordial.⁵⁹⁶

Importa, neste contexto, atentar ao acórdão do TJUE relativo ao caso Inga Rinau. No âmbito de uma retenção ilícita de uma criança na Lituânia, operada pela sua mãe, foi proferida, pelos tribunais da Lituânia uma decisão que ordenava o regresso da criança ao país da anterior residência habitual, a Alemanha. Nesse seguimento, essa decisão foi suspensa, depois anulada; foi pedida a reabertura da instância, o que foi indeferido, cabendo ainda recurso desta decisão. Posteriormente, o tribunal alemão

⁵⁹³A este respeito, salientou-se ainda que a decisão era suscetível de recurso na ordem jurídica do Estado de origem, sendo possível nesse âmbito suscitar a eventual violação de direitos fundamentais da criança, mormente o seu direito a ser ouvida. A decisão respeita a uma retenção ilícita da criança, operada pela mãe, para a Alemanha, sendo a residência habitual antes da retenção a Espanha. *Vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Joseba Andoni Arguirre Zarraga vs. Simone Pelz, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

⁵⁹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Doris Povse vs. Mauro Alpage, processo n.º C-211/10, de 1 julho 2010.

⁵⁹⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, POVSE vs. Áustria, processo n.º 3890/11, de 18 de junho de 2013.

⁵⁹⁶ European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights - Right to respect for private and family life, ob. cit.*

ordenou o regresso imediato, nos termos do 11.º, n.º 8 do Regulamento. Esta decisão foi acompanhada da emissão da certidão a que alude o artigo 42.º do Regulamento. Daqui decorre que a decisão que ordenara o regresso teria força executória automática, sem necessidade de qualquer procedimento, nos termos das disposições do capítulo III, seção 4 do Regulamento. Não obstante, foi interposto recurso pela progenitora da criança com vista à obtenção do não reconhecimento dessa decisão, nos tribunais lituanos. Este pedido foi julgado inadmissível, considerando-se a referida decisão diretamente executória. Porém, foi novamente interposto recurso, com o mesmo fim, tendo sido submetido um pedido prejudicial ao TJUE. O tribunal, das várias questões submetidas, concluiu que não é possível, à luz das disposições do Regulamento, opor-se ao reconhecimento da decisão que ordena o regresso da criança. Veja-se que neste caso, quer o objetivo de assegurar o regresso imediato da criança ao Estado da residência habitual, quer a eficácia que resulta do regime especial de execução destas decisões, saíram completamente frustrados. A criança em questão teria um ano de idade aquando da retenção, que ocorrera em 2006. Veja-se que o acórdão data de 2008, altura em que a criança já teria três anos. Neste “entretanto” de dois anos, sucederam-se vários pedidos, decisões, suspensões, anulações e recursos dessas decisões. Neste mesmo “entretanto” de dois anos, a criança permaneceu no Estado no qual foi ilicitamente retida, daqui advindo danos irrecuperáveis na ligação afetiva com o outro progenitor. De notar que, como já referido, o decurso do tempo em crianças é diferente de nos adultos, especialmente quando estão em causa crianças de tenra idade, como sucedera no caso.

Desta forma, o único fundamento que se poderá invocar para obstar à execução da decisão de regresso será a incompatibilidade desta com uma decisão com força executória, proferida posteriormente. Ainda assim, terão de estar em causa decisões proferidas pelos tribunais do Estado-Membro de origem.⁵⁹⁷

De notar ainda que a execução da decisão de regresso proferida ao abrigo do n.º 8.º do artigo 11.º do Regulamento, não está dependente da existência de uma decisão prévia relativa à guarda da criança. Isto porque a decisão de regresso “goza de

⁵⁹⁷ *Idem.*

autonomia processual”, assente na necessidade de garantir o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual.⁵⁹⁸

Na prática a execução da decisão de regresso tem enfrentado diversos obstáculos. O Relatório da Comissão de 2014⁵⁹⁹ assinala estes entraves, anunciando a revisão das regras de execução neste domínio. Nomeadamente, aponta-se o facto de os procedimentos de execução serem regulado pelo direito interno de cada Estado. Para além disso, de acordo com o relatório, a questão da duração do procedimento de execução mostrou-se inadequada aos processos respeitantes à criança, especialmente tendo em conta que neste contexto poderá importar danos irreparáveis nas relações entre a criança e o progenitor não-convivente.

3. AS SOLUÇÕES APRESENTADAS NA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DE 2016

Neste contexto, assume especial relevância a análise da Proposta de Regulamento do Conselho,⁶⁰⁰ uma vez que aí são propostas várias alterações ao sistema de execução e reconhecimento em matéria de responsabilidade parental, atendendo assim às reivindicações no sentido de tornar mais célere e efetivo o reconhecimento e a execução de decisões.

Em primeiro lugar, há que atentar na proposta de supressão do *exequátur*, que se pretende extensível a todas as decisões em matéria de responsabilidade parental. Desde logo, alega-se que a cooperação judiciária e o grau de confiança estabelecido entre os Estados-Membros fundam a implementação de um sistema de execução mais simplificado e expedito, favorecendo a circulação de decisões. Alega-se ainda que a supressão do *exequatur* importaria a redução duração global do processo, realizando assim o propósito de celeridade no âmbito da execução de decisões. Para tal, é proposta a fixação de um prazo para a execução da decisão. O não cumprimento desse prazo importaria a comunicação obrigatória desse facto, ainda com a consequência de ser

⁵⁹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Doris Povse vs. Mauro Alpagó, processo n.º C-211/10, de 1 julho 2010.

⁵⁹⁹ Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, ob. cit.*

⁶⁰⁰ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, ob. cit.*

prevista a possibilidade de o tribunal do Estado-Membro de origem declarar a decisão executória ainda que a título provisório. Tudo se justificando em razão da eficácia do processo e salvaguarda do superior interesse da criança. De acordo com a Proposta, da implementação da solução resultaria ainda a possibilidade de economizar custos associados ao procedimento de execução.⁶⁰¹ Deste sistema, que prevê normas uniformes, resultaria a consagração de um procedimento único de execução para todas as decisões em matéria de responsabilidade parental, já que se permitiria a execução direta da decisão proferida pelo Estado A no Estado B, qualquer que fosse a decisão no âmbito de responsabilidade parental.

O Capítulo IV da proposta, seção 2, sob a epígrafe “execução”, mais concretamente no artigo 30.º, dispõe-se que a decisão proferida num Estado que aí tenha força executória, será executória nos demais Estados-Membros sem necessidade de declaração de executoriedade. Acrescenta ainda que a decisão deve ser executada no Estado de execução nas mesmas condições que uma decisão proferida por este seria aí executada. De notar a supressão da obrigatoriedade de o requerente eleger domicílio na área de jurisdição do tribunal competente ou de um mandatário *ad litem*, que resulta do artigo 30.º do Regulamento. Tal como já referido, é estabelecido um prazo de seis semanas para a execução, contado desde o início do processo de execução, que resulta do artigo 32.º da Proposta. Ainda neste artigo, nesta fase não podem ser apreciados motivos de recusa de reconhecimento ou execução, a não ser que seja apresentado um pedido de recusa de reconhecimento ou da execução.

Relativamente aos fundamentos de recusa de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental, veja-se que resulta da Proposta a exclusão do fundamento agora previsto na alínea g) do artigo 23.º do Regulamento, que se prende com o respeito pelo procedimento relativo à colocação da criança noutro Estado-Membro, nos termos do artigo 56.º O artigo 40.º, n.º 2 da Proposta enumera os fundamentos suscetíveis de fundar a recusa de execução da decisão. Aqui caberão, para além daqueles previstos em matéria de reconhecimento, as situações em que, a execução se revele contrária à reserva da ordem pública do Estado requerido por dois motivos: o primeiro prende-se com a objeção da criança, que acabe por resultar na

⁶⁰¹ De acordo com a Proposta de Regulamento do Conselho, a supressão do *exequatur* permitirá ao cidadão envolvido no processo economizar os custos a ele atinentes, já que se estima que a tramitação processual implique gastos de, em média, 2.200,00 euros.

incompatibilidade da execução com o seu superior interesse; o segundo prende-se com uma alteração de circunstâncias que torne incompatível a execução da decisão com o superior interesse. Daqui se retira que a ponderação da violação da reserva de ordem pública só procederá se tiver por fundamento a preterição da audição da criança com idade e maturidade suficientes, ou a alteração de circunstâncias, ambos os fundamentos ponderados à luz do superior interesse da criança.

CONCLUSÃO

A proteção da infância e os direitos das crianças nem sempre mereceram notoriedade, quer no plano jurídico, quer no plano social. A mudança de paradigma dá-se em meados do século XX, em muito graças ao impulso gerado pelos ideais da precedente Revolução Francesa. Porém, é com a adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, que se lhe reconhecem verdadeiramente “direitos humanos específicos”.⁶⁰² À Convenção reserva-se-lhe o mérito da consagração do princípio do superior interesse da criança como princípio jurídico. O superior interesse da criança firma-se indubitavelmente como o princípio basilar nas decisões respeitantes à criança,⁶⁰³ transposto não só no que respeita aos seus direitos pessoais e sociais, como também na previsão de garantias processuais no âmbito da regulamentação das questões a ela respeitantes. Da análise levada a cabo no decurso da presente dissertação resulta que o princípio do superior interesse da criança, instituído com fim último no que respeita às disposições relativas à responsabilidade parental adotadas pelo Regulamento, acaba por influenciar a interpretação destas disposições.⁶⁰⁴ Importa, portanto, aferir quais as soluções adotadas que dão concretização ao princípio do superior interesse da criança, elencando os mecanismos previstos no intuito da salvaguarda desse interesse.

Primeiramente, no que respeita às regras de determinação de competência em matéria de responsabilidade parental, levou-se a cabo uma análise da regra geral na matéria, bem como das respetivas exceções. Importa precisar quais os mecanismos que, neste contexto, concretizam o superior interesse da criança. Desde logo, a consagração da residência habitual da criança como regra geral em matéria de determinação de competência funda-se na salvaguarda do seu superior interesse. Tal como decorre do considerando n.º 12, as regras de competência devem ser interpretadas à luz do superior interesse da criança, orientado pelo critério da proximidade. Por conseguinte, em virtude da proximidade que representa, o tribunal do Estado da residência habitual da criança será, à partida, o melhor colocado para conhecer das questões a ela atinentes, estando

⁶⁰² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, *ob. cit.*, p. 52.

⁶⁰³ SCHERPE, Jens M., *European Family Law, Volume IV - The Presente and Future of European Family Law*, *ob. cit.*, p. 82.

⁶⁰⁴ PEGNA, Olívia Lopes, “L’interesse superior del minore nel Regolamento n.º 2201/2003”, *ob. cit.*, p. 382.

em melhor posição para aferir da sua situação concreta, para conhecer o seu meio, o seu estado de desenvolvimento e as suas necessidades.

Ainda no que concerne à competência, constata-se que as exceções à regra geral enunciada se justificam, de igual forma, em ordem do superior interesse da criança, na premissa de que nem em todas as situações concretas o tribunal do Estado da sua residência habitual estará em melhores condições de analisar a questão. Desta forma se justifica o prolongamento da competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança quanto ao direito de visita na sequência de uma deslocação lícita, tal como previsto no artigo 9.º. Esta solução, ao reforçar a proteção do direito de visita, assegura a salvaguarda do direito da criança em manter relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, no seu superior interesse. Ademais, a extensão de competência a favor do tribunal competente para decidir da questão matrimonial, prevista no n.º 1 do artigo 12.º, permite diminuir o impacto que os processos judiciais possam causar à criança.⁶⁰⁵ Além disso, a prorrogação de competência ao tribunal com o qual a criança apresente uma ligação particular, prevista no n.º 3 do artigo 12.º permite que se assegure o respeito pela sua identidade cultural.⁶⁰⁶ De igual forma, o *fórum necessitatis* decorrente do n.º 4 do artigo 12.º é outra das soluções resultantes das regras de competência prevista em nome do superior interesse da criança. Por fim, justifica-se à luz do seu superior interesse a solução constante no artigo 15.º, que possibilita a transferência de competência para um tribunal melhor colocado para apreciar a ação, em virtude de apresentar uma ligação particular com criança. Constata-se que o superior interesse da criança demanda a flexibilidade introduzida pela previsão destas exceções à regra geral, em ordem a encontrar a solução que melhor satisfaça esse interesse.

Em segundo lugar, a possibilidade de decretamento de medidas provisórias ou cautelares, ao abrigo do artigo 20.º, representa outro mecanismo previsto em nome da salvaguarda do superior interesse da criança. A solução permite que em casos de urgência que signifiquem perigo para a criança ou para os seus bens seja decretada uma medida de proteção pelo tribunal do Estado onde esta ou estes se encontrem. A

⁶⁰⁵ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 377.

⁶⁰⁶ *Idem.*

preterição da competência do tribunal competente para conhecer do mérito justifica-se pela urgência na proteção desses interesses primordiais.

Em terceiro lugar, o mecanismo de regresso imediato da criança ao Estado da residência habitual, previsto no artigo 11.º do Regulamento, representa outro dos mecanismos moldado à luz do superior interesse da criança. Numa situação de deslocação ou retenção ilícitas importará assegurar o regresso imediato da criança por forma a proteger o seu direito em manter regularmente relações pessoais e contactos com ambos os progenitores, bem como diminuir o impacto da deslocação ou retenção no seu desenvolvimento. Perante as insuficiências resultantes do sistema previsto pela Convenção da Haia de 1980, o legislador comunitário logrou por instituir um sistema europeu específico em matéria de rapto, na senda do reforço da proteção dos interesses da criança. Da análise levada a cabo, conclui-se que o sistema instituído pelo Regulamento revela-se mais célere e mais favorável ao regresso imediato da criança tendo em conta as alterações que introduz relativamente à Convenção.⁶⁰⁷ Desde logo, o Regulamento primou por instituir, no artigo 11.º, n.º 4, um importante limite ao fundamento de recusa de regresso da criança, previsto no artigo 13.º, alínea b) da Convenção, impedindo a alegação infundada deste fundamento, que era de resto uma das falhas apontadas ao sistema da Convenção.⁶⁰⁸ O intuito seria limitar ao máximo os fundamentos suscetíveis de fundar a recusa do regresso. Ademais, reforça-se ainda o mecanismo de regresso conquanto se confere prioridade à decisão de regresso proferida pelo tribunal do Estado da residência habitual, prevalecendo sobre a decisão de retenção, de acordo com o artigo 11.º, n.º 8. O Regulamento logra ainda por estabelecer prazos mais curtos, sendo de seis semanas o prazo para que o tribunal decida do pedido de regresso, de acordo com o artigo 11.º, n.º 3. Para além deste, o artigo 11.º, n.º 6 estabelece um prazo para remessa dos documentos, após a decisão de retenção, ao tribunal do Estado da residência habitual.

Em quarto lugar, também os fundamentos de não reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental previstos nas alíneas a) e b) do artigo 23.º refletem o intuito de salvaguarda do superior interesse da criança. Desde logo, o

⁶⁰⁷ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *ob. cit.*, p. 185.

⁶⁰⁸ CARPANETO, Laura, “In-depth consideration on family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU”, *ob. cit.*, p. 941.

fundamento assente na violação da reserva de ordem pública do Estado requerido será avaliado à luz do interesse da criança, aqui introduzido como elemento de ponderação.⁶⁰⁹ É igualmente em respeito do superior interesse da criança que o Regulamento prevê que preterição da audição da criança é suscetível, *per si*, de fundamentar a recusa do reconhecimento e execução de uma decisão, de acordo com a alínea b).

Em quinto lugar, a atribuição de força executiva às decisões relativas ao direito de visita e às decisões que ordenam o regresso imediato da criança na sequência de uma deslocação ou retenção ilícitas, afigura-se como outra das soluções adotadas em nome do superior interesse da criança. De acordo com os artigos 41.º e 42.º do Regulamento, estas decisões revestem força executiva, dispensando-se o procedimento de *exequatur*, bastando para tal que se observem as condições aí elencadas. O propósito passa por reforçar a celeridade⁶¹⁰ na execução destas decisões, não protelando no tempo a duração dos processos. Por esta forma se garante que se salvguarde o superior interesse da criança, aqui materializado na efetivação do seu regresso imediato ao Estado da sua residência habitual e ainda na salvaguarda do seu direito em manter relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores.

Em sexto lugar, a tomada em consideração da opinião da criança nas decisões que lhe respeitam repousa na conceção da criança enquanto sujeito de direitos, permitindo que seja efetivado o seu superior interesse. A audição da criança, enquanto direito fundamental resulta do artigo 12.º da CDC e do artigo 24.º da Carta, assumindo especial destaque no Regulamento. Tal como supra referido, a preterição da audição da criança constitui fundamento de recusa do reconhecimento da decisão. Além do mais, do artigo 11.º, n.º 2 resulta a tutela conferida ao direito de audição na criança, no âmbito do procedimento de regresso imediato em contexto de rapto internacional. Por fim, a atribuição de força executiva à decisão relativa ao direito de visita e à decisão que ordena o regresso imediato da criança, nos termos dos artigos 41.º e 42.º, está dependente da audição da criança. Desta forma, ao tutelar o direito de audição da

⁶⁰⁹ PEGNA, Olivia Lopes, “L’interesse superior del minore nel Regolamento n.º 2201/2003”, *ob. cit.*, p. 376.

⁶¹⁰ GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, *ob. cit.*, p. 379.

criança, permitindo a sua participação ativa na formação do seu próprio projeto de vida,⁶¹¹ estas disposições são reflexo da salvaguarda do superior interesse da criança.

Como já analisado ao longo da presente dissertação, o legislador comunitário encara a criança como sujeito de direitos, tomando em consideração a sua especificidade relativamente ao adulto, consagrando uma proteção individual que resulta, desde logo, do artigo 24.º da Carta. Acresce que, garante também a proteção dos direitos da criança em contexto de processos relativos à responsabilidade parental nos quais está envolvida. Para tal, logrou por instituir mecanismos processuais que, em contexto litigioso, permitem que não se olvide o interesse primordial em causa: o da criança. O Regulamento é um reflexo claro da preocupação da União na salvaguarda do superior interesse da criança. Neste âmbito, são instituídos mecanismos processuais em matéria de determinação de competência internacional, de reconhecimento e execução de decisões e de rapto internacional moldados em função do interesse primordial da criança.

⁶¹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, ob. cit., p. 27.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

AAVV, *Brussels II bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, Sellier, 2012.

ALBUQUERQUE, Catarina, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *in* Documentação e Direito Comparado, n.º 83/84, 2000, pp. 22-54.

BAERE, Geert De; GUTMAN, Kathleen, “The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law” *in* *European Family Law, The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Volume I, Edited by SCHERPE, Jens M., Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 5-48.

BELEZA, Maria dos Prazeres. “Jurisprudência sobre o rapto internacional de crianças”, *in* Revista Julgar, n.º 24, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 67-87.

BOELE-WOELKI, Katharina, “Os princípios do Direito da Família Europeu: os seus objetivos e as suas perspetivas”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 3, n.º 5, pp. 5-17.

BOELE-WOELKI, Katharina “The impact of the Commission on European Family Law (CEFL) ON European family law” *in* *European Family Law, Volume I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Edited by SCHERPE, Jens M., Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 209-260.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de direito(s)*, 2.ª Edição Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BORRÁS, Alegria, *Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial*, publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º 98/C 221/04, de 16-07-1998.

BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Em defesa do superior interior da criança – On behalf of the child’s best interest”, *in* Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 313-336.

BRITO, Maria Helena, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, *in* Estudos em Memória do Professora Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 305-356.

BRÍZIDO, Anabela Paula, O superior interesse da criança na Convenção sobre os Direitos das Crianças – Algumas reflexões, *in* JusJornal, (em linha), n.º 1501, 10 de julho de 2012, [consultado a 13-04-2017], disponível em disponível em <http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content/DocumentView.aspx?>

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2016.

CARAVACA, Alfonso-Luís Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 12.ª Edição, Granada, 2011.

CARPANETO, Laura, “In-depth consideration on family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU” *in* Rivista di diritto internazionale privato e processuale, ano L – n.º 4, outubro/dezembro, CEDAM, Padua, 2014, pp. 931-958.

CARPANETO, Laura, “Reciproca Fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio guidiziario europeo” *in* Rivista di diritto internazionale privato e processuale, ano XLVII – n.º 2, abril/junho, CEDAM, Padua, 2011, pp. 361-376.

CASANOVA, Salazar José Fernando, “Cooperação Judiciária Europeia no Domínio da Obtenção de Prova” *in* Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LII, n.º 300 – setembro/dezembro, 2004, pp. 559-575.

CASANOVA, Salazar José Fernando, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança” *in* Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, n.º 306 – abril/junho, 2006, pp. 205-239.

Centro de Estudos Judiciários, *O Direito Internacional da Família – Tomo I*, (em linha), 2014, [consultado a 11-04-2017], disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Direito_Internacional_Familia_Tomo_I.pdf.

Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, (em linha), COM/2016/411, [consultado a 10-12-2016], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1505151598326&uri=CELEX:52016PC0411>.

Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre as atividades da rede judiciária em matéria civil e comercial*, (em linha), COM/2016/129, [consultado a 29-04-2017], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1505150963800&uri=CELEX:52016DC012>.

Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, (em linha), COM/2014/0225, [consultado a 10-12-2016], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1505150435801&uri=CELEX:52014DC0225>.

Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, (em linha), [consultado a 10-12-2016], 2014, disponível em http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_pt.pdf.

Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, (em linha), 2013, [consultado a 10-04-2017] disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en.

Committee on the Rights of the Children, *General Comment n.º 12 - The right of the child to be heard*, (em linha), 2009, [consultado a 10-04-2017] disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en.

CORDEIRO, António Menezes, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume – Aspetos Gerais, Coimbra, Almedina, 2004.

CORTADO, Rosa Riquelme, “Entrada em vigor de los Protocolos Facultativos del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI/2, 2014, pp. 11-47.

European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights - Right to respect for private and family life*, (em linha), [consultado a 24-05-2017], 2017, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf

FALCÃO, Marta; SERRA, Miguel Dinis Pestana; TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *Direito da Família – Da teoria à prática*, 2.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2016.

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais Internacionais – Em especial na União Europeia*, Lisboa, Quid Iuris, 2013.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “O mecanismo de colocação da criança noutra Estado-Membro no Regulamento Bruxelas II *Bis*”, in *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, Direção PORTELA, Irene Maria, Instituto Politécnico do Cávado e Ave, 2017, pp. 389-398.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Competência internacional e litispendência em matéria de responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II *bis*” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 55, julho/setembro, 2016, pp. 33- 46.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, in *Direito da União Europeia-Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 339-391.

GONÇALVES, Anabela Susana, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*”, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coord. MOTA, Helena, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 367- 381.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, “Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis”, *in* Cadernos de Direito Actual, n.º 3, 2015, pp. 173-186.

GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *in* Cadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 147-160.

GONÇAVES, Anabela Susana de Sousa, “O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *in* Unio – EU Law Journal, Vol. O, Junho, 2014, pp. 124 a 147.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013.

HODSON, David, *A Practical Guide to International Family Law*, Bristol, Family Law, 2008.

HONORATI, Constanza, “Sottrazione internazionale del minori e diritti fondamentali”, *in* Rivista di diritto internazionale privato e processuale, ano XLIX – n.º 1, janeiro/março, CEDAM, Padua, 2013, pp. 5-42.

MARINHO, Carlos Gonçalves, “Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º 2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980” *in* Direito Internacional da Família - Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, pp. 166-177.

MARTINY, Dieter, “The impact of the EU private international law instruments on European family law” *in* European Family Law, Edited by SCHERPE, Jens M, Volume I - *The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016, 261-293.

MARTINS, Rosa Cândido, “Direitos das Crianças”, *in* Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Cord. SILVEIRA, Alessandra *et al.*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 298-311.

MELLONE, Marco, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie” in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, ano XLVI – n.º 3, julho/setembro, CEDAM, Padua, 2010, pp. 685-716.

MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, Coimbra, Almedina, 2010.

MOTA, Helena, “O presente e o futuro das relações familiares sucessórias internacionais no direito da União Europeia. Um ponto da situação”, (em linha), [consultado a 13-03-2016], in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1, fevereiro de 2015, disponível em <http://www.cije.up.pt/content/o-presente-e-o-futuro-das-rela%C3%A7%C3%B5es-familiares-e-sucess%C3%B3rias-internacionais-no-direito-da-uni>

OLIVEIRA, Elsa Dias, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 1, 2004, pp. 53-75.

PAIS, Marta Santos, “Child Participation”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 81/82, 2000, pp. 93-101.

PEGNA, Olivia Lopes, “L’interesse superior del minore nel Regolamento n.º 2201/2003”, in ” in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, ano XLIX – n.º 2, abril/junho, CEDAM, Padua, 2013, pp. 357-384.

PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, (em linha), [consultado a 19-03-2017], HCCH Publications, 1982, disponível em <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

PINHEIRO, Jorge Duarte *Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais” in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 338 – maio/agosto, 2015, pp. 249-266.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito da Família sem fronteiras”, in *Direito Internacional da Família - Tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, pp. 50-58.

PINHEIRO, Luís de Lima *Direito Internacional Privado*, Volume I -Introdução e Direito de Conflito, Reimpressão da 3.ª Edição Refundida de 2014, Coimbra, Almedina, 2015.

PINHEIRO, Luís de Lima, “Deslocação e retenção internacional ilícita de crianças” (em linha), [consultado a 02-03-2017], in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, Vol. III/IV, 2014, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B40b76efc-8042-4aa6-92d6-5aa473019980%7D.pdf>.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Volume III -Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 2.ª Edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2012.

PINHEIRO, Luís de Lima, “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental” (em linha), [consultado a 02-03-2017], in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, 2006, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=50879&ida=50922

QUENTAL, Ana Margarida et all, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, n.º II, 2013, pp. 181-200.

RAMOS, Rui Manuel Moura, “O rapto de crianças no plano internacional” in Direito n(um)a hora, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fevereiro, 2017, pp. 3-29.

RAMOS, Rui Manuel Moura, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

RAMOS, Rui Manuel Moura, “A proteção das crianças no plano internacional”, in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 101-126.

REIS, Cardoso Assunção, “A cooperação judiciária em matéria civil no projeto europeu”, in Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LVIII, n.º 319 – julho/setembro, 2009, pp. 577-604.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução” in *Direito Internacional da Família - Tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, p. 142-158.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, “A Europeização do Direito Internacional Privado e direito Processual Internacional: Algumas notas sobre o problema da interpretação do âmbito objetivo dos regulamentos comunitários” in *Revista Julgar*, n.º 23, maio-agosto, Coimbra Editora, 2014, pp. 265-292.

SAVE THE CHILDREN, *The Woman Who Saved the Children*, (em linha), [consultado a 10-04-2017], disponível em http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6354847/k.2DD5/The_Woman_Who_Saved_the_Children.htm.

SCHERPE, Jens M., *European Family Law*, Volume IV - *The Presente and Future of European Family Law*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2016.

SETRIGHT QC, Henry, *et al.*, *Internacional Issues in Family Law*, - *The 1996 Hague Convention on the protection of children and Brussels Iia*, Bristol, Family Law, 2015.

SILVA, Nuno Ascensão, “Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, ano 2, n.º 4, 2006, pp. 37- 91.

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão, “A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspetos”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 443-566.

SILVEIRA, Alessandra, *et al.*, “Reflexão sobre o Tratado de Lisboa”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVII, n.º 313 – janeiro/março, 2008, pp. 117-129.

STANDLEY, Kate, *Family Law*, 7th Edition, London, Palgrave Macmillan, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.^a Edição revista, atualizada e aumentada, Coimbra, Almedina, 2016.

TONOLO, Sara, “La sottrazione del minori nel diritto processuale civile europeo: Il Regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell’ája del 1980 a confronto” in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, ano XLVII – n.º 1, janeiro/março, CEDAM, Padua, 2011, pp. 83-100.

VICENTE, Dário Moura, *Direito Internacional Privado – Ensaio*, II Volume, Coimbra, Almedina, 2005.

UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child*, (em linha), [consultado a 20-04-2017], disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10rev.1en.pdf>.

UNICEF, *The State of the World’s Children - Special Edition - Celebrating 20 Years of the Convention on the Rights of the Child*, (em linha), [consultado a 30-03-2017], disponível em https://www.unicef.org/rightsite/sowc/pdfs/SOWC_Spec%20Ed_CRC_Main%20Report_EN_090409.pdf.

LISTA JURISPRUDENCIAL

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, X. vs. Letónia, processo n.º 27853/09, de 26 de novembro de 2013.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, POVSE vs. Áustria, processo n.º 3890/11, de 18 de junho de 2013.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Lipkowsky vs. Alemanha, processo n.º 26755/10, de 18 de janeiro de 2011.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Nielsen vs Denmark, de 28 de novembro de 1988.

Todos disponíveis em: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, OL vs PQ, processo C-111/17 PPU, de 8 de junho de 2017.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, W. vs. X., processo n.º C-499/15, de 15 de fevereiro de 2017.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Child and Family Agency vs J. D., processo n.º C-428/15, de 27 de outubro de 2016.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, P. vs. Q., processo n.º C-455/15, de 19 de novembro de 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Vasilka Ivanova Gogova vs. Ilia Dimitrov Iliev, processo C-215/15, de 21 de outubro de 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Christophe Bohez vs. Ingrid Wiertz, processo n.º C-4/14, de 9 de setembro de 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A. vs. B., processo C-184/14, de 16 de julho de 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, David Bradbrooke vs. Anna Aleksandrowicz, processo n.º C-498/14, de 9 de janeiro de 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, L. vs. M., processo n.º C-656/13, de 12 de novembro de 2014.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C. vs. M., processo n.º C-376/14, de 9 de outubro de 2014.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, E. vs. B., processo n.º C-436/13, de 1 de outubro de 2014.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Health Service Executive vs. C. S. e A. C., processo n.º C-92/12, de 26 de abril de 2012.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, J. McB vs. L.E., processo n.º C-400/10, de 5 de outubro de 2010.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Joseba Andoni Arguirre Zarraga vs. Simone Pelz, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe, processo n.º C-497/10, de 22 de dezembro de 2010.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Bianca Purucker vs. Guillermo G. Vllés Pérez, processo n.º C-256/09, de 15 de julho de 2010.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Doris Povse vs. Mauro Alpago, processo n.º C-211/10, de 1 de julho 2010.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Jasna Deticek vs. Maurizio Sgueglia, processo n.º C-403/09, de 23 de dezembro de 2009.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Laszlo Hadadi vs. Csilla Marta Mesko, processo n.º C-168/08, de 16 de julho de 2009.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, A., processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Inga Rinau, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C., processo n.º C-435/06, 27 de novembro de 2007.

Todos disponíveis em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/

Jurisprudência Portuguesa

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de outubro de 2017, processo n.º 6484/16.8T8VIS.C, relatado por António Domingues Pires Robalo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17 de novembro de 2016, processo n.º 338/07.6TBPRG.G1, relatado por Carvalho Guerra.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de março de 2017, processo n.º 9359/16.7T8LRS-A.L1-6, relatado por António Santos.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de novembro de 2016, processo n.º 22246/15.7T8SNT.L1-7, relatado por Maria da Conceição Saavedra.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de junho de 2016, processo n.º 1883-06.6TBMFR-C.L1-8, relatado por Ilídio Sacarrão Martins.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de março de 2017, processo n.º 9359/16.7T8LRS-A.L1-6, relatado por António Santos.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de novembro de 2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7, relatado por Graça Amaral.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de outubro de 2015, processo n.º 2593/11.8TMPRT-C.P1, relatado por Freitas Vieira.

Todos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>