

DESLOCAÇÃO E RETENÇÃO INTERNACIONAL ILÍCITA DE CRIANÇAS(*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(**)*

SUMÁRIO:

Introdução. **I.** Enquadramento da Convenção da Haia de 1980. **II.** O Regime da Convenção da HAIA DE 1980. **III.** Regime do Regulamento Bruxelas II Bis. **IV.** Breve referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Introdução

O tema da proteção internacional das crianças, apesar da sua enorme importância, tem despertado pouca atenção entre nós.

Não estranho, por isso, que seja a primeira vez que sou convidado para falar sobre a deslocação e retenção internacional ilícita de crianças, o que faço com muito agrado.

Devo acrescentar que o tema não é, no entanto, novo para mim: nas Lições de Direito Internacional Privado tive ocasião de

(*) Comunicação proferida na Conferência “Direito da Família e Direito dos Menores: que direitos no século XXI?”, que teve lugar na Universidade Lusíada, em outubro de 2014.

(**) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

tratar dos problemas de competência internacional, determinação do Direito aplicável e reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria de proteção de crianças, bem como de examinar sinteticamente o regime da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (que doravante designarei por Convenção da Haia de 1980).

É um tema complexo, com muitos aspetos processuais em que não entrarei nesta comunicação. Perante o limite do tempo ao meu dispor, pareceu-me mais útil centrar-me no enquadramento da Convenção da Haia de 1980; nas linhas gerais dos regimes aplicáveis ao regresso da criança contidos nesta Convenção e no 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 doravante designarei por Regulamento Bruxelas II bis); nas orientações que devem ser seguidas relativamente a algumas questões interpretativas centrais; e na sua interação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que doravante designarei por Convenção Europeia), que deu origem a uma vasta jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (que doravante designarei por Tribunal Europeu).

É de salientar que o tema extravasa do âmbito do Direito Internacional Privado, uma vez que a Convenção da Haia de 1980, enquanto instrumento de cooperação judiciária internacional, se projeta essencialmente no plano do Direito Processual Civil Internacional.

I. Enquadramento da Convenção da Haia de 1980

Já tivemos o prazer de escutar, neste painel, o Senhor Conselheiro Armando Leandro e a Senhora Dra. Dulce Rocha sobre a Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989.

Nos termos do art. 3.º/1 desta Convenção, *todas as decisões relativas a crianças terão primacialmente em conta o superior interesse da criança.*

Como um dos meios para a promoção dos interesses das crianças, o art. 11.º desta Convenção determina que os Estados Partes tomam as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro e que, para esse efeito, promovem a conclusão de acordos internacionais ou a adesão a acordos existentes.

O principal instrumento internacional preexistente é justamente a Convenção da Haia de 1980, que, de acordo com o seu Preâmbulo, está em sintonia com a Convenção dos Direitos da Criança, quando afirma que “os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua custódia”.

Pode, no entanto, ser questionado se a primazia do superior interesse da criança, consagrada pela Convenção dos Direitos da Criança, não poderá ter incidência na interpretação da Convenção da Haia de 1980, questão que será adiante retomada.

À luz do seu Preâmbulo e do seu art. 1.º, a *Convenção da Haia de 1980 é um instrumento de cooperação judiciária internacional que tem um duplo objetivo*.

Por um lado, assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente.

Por outro, fazer respeitar de modo efetivo nos outros Estados Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante⁽¹⁾. O “direito de custódia” reporta-se à respon-

(1) Em geral, sobre a Convenção, ver designadamente ELISA PÉREZ-VERA — “Rapport explicatif”, in *Actes et documents de la 14.ème session de la Conférence de La Haye*, t. III — *Enlèvement d’enfants*, 426-473, A Haia, 1982; PAUL BEAUMONT e PETER MCELEAVY — *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; JAN KROPHOLLER — *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 2006, 399 e segs.; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2014, 465 e segs.; ELSA DIAS OLIVEIRA — “Convenções internacionais e Direito Comunitário no domínio do Direito dos Menores”, *Revista do CEJ* (2004) 53-75, 58 e segs.; e NUNO ASCENSÃO SILVA — “A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças — alguns aspectos”, in *Est. Marques dos Santos*, vol. I, 443-556, Coimbra, 2005, 475 e segs.

No quadro da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado têm sido realizados trabalhos que visam promover a correta interpretação das normas convencionais e o bom funcionamento dos mecanismos por ela estabelecidos, designadamente um Guia de

sabilidade pelos cuidados devidos à criança, incluindo o direito de decidir sobre o lugar da sua residência (art. 5.º/a). Quanto ao “direito de visita”, releva para a Convenção fundamentalmente o direito de visita transfronteiriço, que inclui a faculdade de levar a criança para um país diferente do da sua residência habitual por um período limitado de tempo (art. 5.º/b).

A Convenção aplica-se a qualquer criança com residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita. São abrangidas as crianças com idade inferior a 16 anos (art. 4.º).

A expressão “*rapto internacional*” — utilizada para designar a Convenção —, não traduz bem a realidade social subjacente, que é normalmente o desenlace dramático de um casamento ou união transnacional. A criança é vítima deste drama, como o são os seus pais. Nos casos mais paradigmáticos, os pais separam-se e um deles, as mais das vezes a mãe, regressa ao seu país de origem levando consigo a criança sem autorização do pai. As razões da deslocação da mãe para outro país são variáveis: frequentemente razões compreensíveis de natureza económica e afetiva, mas por vezes também o desígnio de privar o pai da convivência com a criança.

Perante este drama, o regime da Convenção exprime a seguinte valoração: a criança deve regressar o mais rapidamente possível ao país onde tinha a residência habitual antes da deslocação ou retenção, uma vez que a autoridade competente deste país é a mais bem colocada para decidir sobre a custódia e a residência, e que a permanência da criança noutro país tende a dificultar a adoção das soluções mais adequadas⁽²⁾. Com razão se afirma que o procedimento com vista ao regresso da criança é uma “luta contra o tempo”⁽³⁾.

Boas Práticas, Conclusões e Recomendações das reuniões da Comissão Especial sobre a operação prática da Convenção e uma base de dados sobre o rapto internacional de crianças (INCADAT), contendo, designadamente, decisões das jurisdições nacionais sobre a aplicação da Convenção.

(²) Ver PAUL BEAUMONT — “The Art. 8 Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in Relation to Delays in Enforcing the Return of a Child”, *Liber Fausto Pocar*, vol. II, 75, Milão, 2009, 87.

(³) Cf. CHRISTOF BÖHMER — “Die 14. Haager Konferenz über internationales Privatrecht 1980”, *RabelsZ.* 46 (1982) 643-663, 648.

Pertence designadamente à autoridade do país em que a criança tinha residência habitual avaliar se a solução mais adequada é atribuir o direito de custódia exclusivamente à mãe e permitir-lhe que leve a criança para o seu país de origem.

A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando se verificarem dois pressupostos (art. 3.º/1.º §).

Primeiro, a violação de um direito de custódia atribuído pelo Direito do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção.

Segundo, o exercício efetivo desse direito no momento da transferência ou da retenção.

O *direito de custódia* em causa pode designadamente resultar quer de um efeito *ex lege*, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o Direito deste Estado (art. 3.º/2.º §). O preceito deve ser interpretado no sentido de abranger qualquer título de atribuição do direito de custódia vigente na ordem jurídica da residência habitual. Razão por que a referência ao Direito do Estado da residência habitual abrange necessariamente o Direito Internacional Privado deste Estado⁽⁴⁾.

(4) Cf. PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 65 e segs., que se refere às relações protegidas “pelo menos pela aparência de um título válido sobre o direito de custódia” no Estado da residência habitual da criança. O direito de um dos pais a visitar a criança, que envolve o direito de decidir conjuntamente sobre o país da residência da criança, é considerado, para este efeito, um direito de custódia — ver *US Supreme Court 17/5/2010, Abbott v. Abbott*, 6 e segs. in <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>>. Ver também PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 67 e 71.

O art. 14.º esclarece que para determinar a existência de uma deslocação ou retenção ilícitas as autoridades do Estado requerido “poderão tomar conhecimento direto do direito e das decisões judiciais ou administrativas formalmente reconhecidas ou não no Estado da residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para prova dessa legislação ou para reconhecimento de decisões estrangeiras” que seriam de outro modo aplicáveis.

II. O Regime da Convenção da Haia de 1980

Vejamos os traços gerais do regime da Convenção da Haia de 1980.

A Convenção prevê a instituição de um *sistema de autoridades centrais* encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas aos Estados Contratantes (art. 6.º). As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respetivos Estados, por forma a assegurar o regresso imediato das crianças e realizar os outros objetivos da Convenção (art. 7.º).

Segundo a informação contida no sítio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na internet, algo surpreendente, a autoridade central portuguesa é a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

Qualquer pessoa ou entidade que julgue que uma criança tenha sido deslocada ou retida em violação de um direito de custódia pode participar o facto à autoridade central da residência habitual da criança ou à autoridade central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência por forma a assegurar o regresso da criança (art. 8.º).

Perante uma deslocação ou retenção ilícita, *a autoridade do Estado Contratante onde a criança se encontre deve ordenar o regresso da criança* (art. 12.º/1.º §). Todavia, *a autoridade pode proferir uma decisão de retenção da criança em quatro tipos de situações*.

Primeiro, se tiver decorrido um período de mais de um 1 ano entre a data da deslocação ou retenção e a data do início do processo perante essa autoridade e for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente (art. 12.º/2.º §)(⁵).

Segundo, se a pessoa ou entidade que se opuser ao seu regresso provar (art. 13.º/1.º §)(⁶):

(⁵) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 107 e segs.; BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 203 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 537 e segs.

(⁶) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 28 e segs. e 113 e segs.; BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 114 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 516 e segs.

- que o direito de custódia não era exercido efetivamente pelo seu titular (*a/1.ª* parte);
- que o titular do direito de custódia havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção (*a/2.ª* parte);
- que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável (*b*).

Terceiro, que a criança se opõe ao regresso quando tenha atingido uma idade e um grau de maturidade que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto (art. 13.º/2.º §)(7).

Quarto, quando o regresso da criança não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20.º). Neste caso, trata-se de um fundamento de oposição ao regresso da criança mais restritivo que a reserva de ordem pública internacional, que só opera quando este regresso não seja de todo permitido pelas regras do Estado requerido em matéria de direitos fundamentais(8).

O principal fundamento de oposição à decisão de regresso é o *risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a danos de ordem física ou psicológica*(9), ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. Este preceito deve ser interpretado à luz da *primazia atribuída ao superior interesse da criança* nas decisões que lhe dizem respeito pelo art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança(10).

(7) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.º 30; BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 177 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 533 e segs.

(8) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 31 e segs. e 118; BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 172 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 508 e segs.

(9) A tradução portuguesa, seguindo a versão francesa, refere-se ao “risco grave” de “perigos de ordem física ou psíquica” [“*risque grave*” de “*danger physique ou psychique*”], mas a versão inglesa, igualmente autêntica, parece exprimir melhor o sentido normativo, ao reportar-se ao “risco grave” de “danos físicos ou psicológicos” [“*grave risk*” of “*physical or psychological harm*”].

(10) Ver ANDREAS BUCHER — “La dimension sociale du droit international privé”, *RCADI* 341 (2009) 9-526, 488 e segs., com mais desenvolvimento.

A esta luz, o regresso deve, em princípio, ser ordenado se o titular do direito de custódia violado for apto a acolher a criança e estiver seriamente interessado no exercício da custódia. Isto, mesmo que tal implique uma separação relativamente ao outro progenitor, que causará normalmente alguma perturbação à criança. Mas o regresso já deve ser recusado caso essa separação seja claramente mais prejudicial à criança que a permanência com o progenitor que a deslocou ou reteve ilicitamente⁽¹¹⁾.

É bom de ver que os tribunais do Estado requerido devem evitar a tentação de privilegiar os seus nacionais que deslocam ou retêm ilicitamente os filhos por meio de uma interpretação lata, e muito menos extensiva, dos fundamentos de oposição ao regresso da criança. Mas, contrariamente ao entendimento adotado pelo relatório explicativo e pelos tribunais de alguns Estados Contratantes ⁽¹²⁾, *nem todos os fundamentos de oposição ao regresso da criança devem ser interpretados restritivamente*.

Neste ponto, parece que se impõe uma *interpretação conforme à Convenção sobre os Direitos da Criança*, segundo a qual o critério decisivo deve ser sempre o superior interesse da criança em causa⁽¹³⁾.

Podemos encontrar alguns critérios para a determinação do superior interesse da criança nestes casos na jurisprudência do Tribunal Europeu relativa ao direito ao respeito da vida familiar consagrado pelo art. 8.º da Convenção Europeia, em parte relativa a decisões de regresso proferidas com base na Convenção da Haia de 1980.

Segundo esta jurisprudência, *a criança tem dois interesses principais*: manter os seus laços com a sua família, a menos que se prove que esses laços são indesejáveis, e ver assegurado o seu desenvolvimento num ambiente sadio⁽¹⁴⁾. Os interesses da criança,

⁽¹¹⁾ Ver BUCHER, *op. cit.*, 491. Em sentido diferente, KROPHOLLER, *op. cit.*, 402.

⁽¹²⁾ Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.º 34. Ver também BEAUMONT/McCLEAVY, *op. cit.*, 138; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, n.ºs 132 e 138; e a decisão TEDH 2/11/2010, proc. n.º 7239/08, no caso *Van den Berg and Sarri v. The Netherlands*.

⁽¹³⁾ Cp. BEAUMONT, *op. cit.*, 86-88, no sentido de ser dada primazia ao superior interesse das crianças coletivamente consideradas e não ao da criança concretamente considerada.

⁽¹⁴⁾ Ver, designadamente, TEDH 6/7/2010, no caso *Neulinger and Shuruk v. Suíça*, proc. n.º 41615/07, n.º 136, com referência a precedentes.

numa perspetiva de desenvolvimento pessoal, dependem de uma multiplicidade de circunstâncias individuais, em especial a sua idade e grau de maturidade, a presença ou ausência dos seus pais, o ambiente em que vive e as suas experiências pessoais.

O procedimento sumário estabelecido para o regresso da criança é reforçado por certos *limites colocados quer à competência internacional* das autoridades do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida (Estado requerido) para decidirem sobre o direito de custódia *quer aos efeitos de decisões* desta natureza já proferidas no Estado requerido ou num terceiro Estado.

Assim, depois de terem sido informadas da transferência ou da retenção ilícita de uma criança, as autoridades do Estado requerido não podem tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições para o regresso da criança ou sem que tenha decorrido um período razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento com vista ao regresso da criança (art. 16.º)⁽¹⁵⁾.

E o facto de ter sido tomada, no Estado requerido, uma decisão relativa à custódia, ou de uma decisão proferida noutro Estado na mesma matéria ser passível de reconhecimento no Estado requerido, não pode justificar a recusa de fazer regressar a criança nos termos da Convenção. Não obstante, os motivos desta decisão sobre o direito de custódia podem ser tidos em consideração na tomada de decisão sobre o regresso da criança (art. 17.º).

São partes na Convenção da Haia de 1980 numerosos Estados, entre os quais se incluem Estados da União Europeia e Estados terceiros para onde se dirigiu a emigração portuguesa. No entanto, no que toca aos Estados da União Europeia, deve ter-se presente que o *Regulamento Bruxelas II bis prevalece sobre a Con-*

⁽¹⁵⁾ Sobre os tribunais internacionalmente competentes em matéria de responsabilidade parental no caso de deslocação ou retenção internacional ilícita, ver LUIS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.ª ed., Coimbra, 2009, § 55 B, e *Direito Internacional Privado*, vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, § 85 C, com mais referências.

venção nas relações entre os Estados-Membros vinculados pelo Regulamento (art. 60.º/e).

Passemos então a examinar as alterações introduzidas pelo Regulamento Bruxelas II bis nas relações com outros Estados da União.

III. Regime do Regulamento Bruxelas II Bis

O Regulamento Bruxelas II bis não exclui a aplicação da Convenção da Haia de 1980 nas relações entre os Estados da União (art. 62.º/2), mas introduz alguns ajustamentos ao regime estabelecido por esta Convenção, principalmente destinados a facilitar e tornar mais expedito o regresso da criança e o exercício do direito de visita.

Assim, o art. 11.º do Regulamento contém regras sobre os pedidos de regresso da criança baseados na Convenção da Haia de 1980⁽¹⁶⁾.

Duas destas regras colocam restrições aos fundamentos de oposição ao regresso da criança.

Por um lado, o tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea *b*) do § 1.º do art. 13.º da Convenção (risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a danos de ordem física ou psicológica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável), se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua proteção após o regresso (n.º 4). Parece defensável que a Convenção da Haia seja interpretada no mesmo

(16) Ver MÁRIO TENREIRO — “L’espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement ‘Bruxelles II’”, in *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, 19-31, Bruxelas, 2004, 26 e segs.; BERTRAND ANCEL e HORATIA MUIR WATT — “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *R. crit.* 94 (2005) 569-605, 598-599; e ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ e ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ — *Derecho de Familia Internacional*, 3.ª ed., Madrid, 2005, 227-229. Na jurisprudência portuguesa, ver, designadamente, STJ 5/11/2009, no Proc. n.º 1735/06.OTMPRT.S1, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>.

sentido⁽¹⁷⁾, mas a consagração expressa deste entendimento tem a virtude de evitar dúvidas a este respeito.

Por outro, o tribunal também não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida (n.º 5).

O mais importante, porém, é que *o Regulamento dá a última palavra aos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção ilícita*⁽¹⁸⁾.

Na verdade, perante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do art. 13.º da Convenção, o tribunal desse Estado-Membro pode ordenar o regresso da criança (art. 11.º/ 8)⁽¹⁹⁾. Esta decisão tem força executória noutros Estados-Membros, incluindo o Estado-Membro onde se encontra a criança deslocada ou retida, sem necessidade de uma declaração de executoriedade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento. É o que resulta do disposto nos arts. 40.º e 42.º do Regulamento.

Para facilitar o exercício desta prerrogativa, o art. 11.º do Regulamento determina que se o tribunal do Estado requerido tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do art. 13.º da Convenção, deve imediatamente enviar, diretamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as atas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas (n.º 6)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Ver BEAUMONT/McELEAVY, *op. cit.*, 156 e segs.; ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 530 e segs.; e CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 475-476.

⁽¹⁸⁾ Cf. Considerando n.º 17; TCE 11/7/2008, no caso *Rinau*, in <<http://curia.europa.eu>>, n.ºs 73-74; TENREIRO, *op. cit.*, 26 e 28-29. Cp. a crítica de ANCEL/MUIR WATT, *op. cit.*, 602-603.

⁽¹⁹⁾ Sobre a interpretação deste preceito, bem como sobre os aspetos processuais envolvidos, ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, 249-250 e 457 e segs., com mais referências jurisprudenciais e doutrinárias, a que se deve somar TUE 9/10/2014, proc. n.º C-376/14, no caso *C. v. M.*

⁽²⁰⁾ O preceito acrescenta que o tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.

Para que as decisões sobre regresso da criança gozem de força executiva automática é necessário que o tribunal do Estado de origem as homologue através da emissão de uma *certidão* (arts. 41.º/2 e 42.º/2)⁽²¹⁾.

O tribunal de origem só deve emitir esta certidão caso se verifiquem determinados pressupostos.

Primeiro, *que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida*, exceto se for considerada inadequada uma audição, em função da sua idade ou grau de maturidade (arts. 41.º/2/c e 42.º/2/a).

Segundo, *que as partes tenham tido a oportunidade de ser ouvidas* (art. 41.º/2/b, sublinhando que se trata de “todas as partes”, e art. 42.º/2/b).

Por último, *que o tribunal, ao pronunciar-se, tenha tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão de retenção da criança* pronunciada ao abrigo do art. 13.º da Convenção da Haia de 1980 (art. 42.º/2/c)⁽²²⁾.

IV. Breve referência à Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Apesar de o tempo que me resta ser escasso, não quero terminar sem fazer uma breve referência à jurisprudência do Tribunal Europeu nesta matéria.

O Tribunal Europeu decidiu numerosos casos relativos à aplicação da Convenção da Haia de 1980 à luz do art. 8.º da Convenção Europeia (direito ao respeito pela vida familiar) e pelo menos dois casos relativos ao regime do Regulamento Bruxelas II bis relativo ao regresso da criança.

Uma parte destas decisões diz respeito à *necessidade de os tribunais do Estado requerido tomarem as medidas necessárias*

⁽²¹⁾ Utilizando o formulário constante do anexo IV (no caso do regresso da criança).

⁽²²⁾ O titular da responsabilidade parental pode requerer o reconhecimento e a declaração de executoriedade de decisões que não beneficiem de certificação (art. 40.º/2).

ao regresso da criança em tempo útil⁽²³⁾. O Tribunal Europeu assinalou que a delonga na tomada de decisão de regresso e na sua execução pode ter consequências irremediáveis para as relações entre a criança e o progenitor que foi privado da convivência com ela⁽²⁴⁾.

Em diversos casos, o tribunal verificou que as autoridades do Estado requerido, incluindo Portugal⁽²⁵⁾, não tomaram todas as medidas necessárias para a execução coerciva da decisão de regresso, designadamente a localização da criança e tomada de medidas em relação ao progenitor que a esconde. Isto permite que através de manobras dilatórias o progenitor que deslocou ou reteve a criança altere a situação de facto por forma a justificar uma nova decisão que recuse o regresso da criança.

A este respeito é de assinalar que o art. 11.º da Convenção da Haia de 1980, quando determina que as autoridades dos Estados Contratantes devem adotar procedimentos de urgência com vista ao regresso da criança, deve ser interpretado no sentido de que se aplica não só à tomada da decisão de regresso mas também à sua execução forçada⁽²⁶⁾.

Outra parte destas decisões, diferentemente, apreciou a *compatibilidade da decisão de regresso proferida com base na Convenção da Haia de 1980 com o art. 8.º da Convenção Europeia*.

Em linhas muito gerais, pode dizer-se que o Tribunal se considerou competente para examinar se os tribunais internos, ao decretarem o regresso da criança, respeitaram o disposto no art. 8.º da Convenção Europeia. Em seu entender, o art. 8.º exige uma ponderação justa dos interesses em jogo — os da criança, os

(23) Ver PAUL BEAUMONT — “The Art. 8 Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in Relation to Delays in Enforcing the Return of a Child”, in *Liber Fausto Pocar*, vol. II, 75-94, Milão, 2009, 78 e segs.

(24) 25/1/2000, proc. n.º 31679/96, no caso *Ignaccolo-Zenide v. Roménia*, n.º 102; 26/6/2003, proc. n.º 48206/99, no caso *Maire v. Portugal*, n.º 74.

(25) Ver, designadamente, 6/6/2003, proc. n.º 48206/99, no caso *Maire v. Portugal*, n.º 76; 1/2/2011, proc. n.º 23205/08, no caso *Karoussiotis v. Portugal*, n.ºs 89-91; 1/2/2011, proc. n.º 775/08, no caso *Dore v. Portugal*, n.ºs 48 e segs.

(26) Neste sentido, BEAUMONT, *op. cit.*, 92.

dos pais e o da ordem pública —, com primazia para o interesse da criança⁽²⁷⁾.

Isto levou o Tribunal a ter em conta, designadamente, dois aspetos:

- a integração da criança no Estado para onde foi deslocada ou ficou retida devido a uma longa permanência neste Estado;
- se o tribunal ao decretar o regresso fez um exame cuidadoso da situação da família e todos os fatores relevantes, tais como os relatórios médicos sobre as consequências psicológicas do regresso.

Esta jurisprudência vai ao encontro do entendimento, anteriormente defendido, de que a decisão sobre o regresso da criança deve sempre ser tomada à luz do superior interesse da criança em causa.

Por último, quanto às *duas decisões do Tribunal Europeu sobre o regime de regresso da criança estabelecido pelo Regulamento Bruxelas II bis* que chegaram ao meu conhecimento, devo sublinhar o seguinte.

No que toca ao proferimento pelo tribunal do Estado da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção de uma

(27) A este respeito é referido, como *leading case*, TEDH 6/7/2010, no caso *Neu-linger and Shuruk v. Suíça*, proc. n.º 41615/07, n.º 133-135. O tribunal entendeu que a decisão de retorno viola o art. 8.º da Convenção Europeia quando a criança reside há 5 anos no país para onde foi deslocada, está aí integrada e o seu retorno poderia ter sérias consequências negativas, indicadas em relatórios médicos (n.ºs 147 e 151). TEDH 13/12/2011, no caso *X. v. Lituânia*, proc. n.º 27853/09, considerou que ocorre uma violação do art. 8.º da Convenção Europeia quando o tribunal que ordena o regresso da criança não realizou um exame aprofundado da situação global da família e de um conjunto de fatores, designadamente de um relatório psicológico sobre as consequências traumáticas para a criança do seu regresso (n.ºs 78-79). Ver também TEDH 2/11/2010, proc. n.º 7239/08, no caso *Van den Berg and Sarri v. Holanda*; 18/1/2011, proc. n.º 26755/10, no caso *Lipkowski and McCormack v. Alemanha*; TEDH 10/7/2012, proc. n.º 4320/11, no caso *B. v. Bélgica*, em que o tribunal considerou que a residência da criança há 4 anos no país para onde foi deslocada era elemento crucial a ter em consideração (n.ºs 61, 75 e 76-77). Cp. TEDH 15/5/2012, proc. n.º 13420/12, no caso *M.R. e L.R. v. Estónia* (n.º 49). Ver ainda PATRICK KINSCH — “Private International Law Topics before the European Court of Human Rights. Selected Judgments and Decisions (2010-2011)”, *Yb. PIL* 13 (2011) 37-49, 46 e segs.

decisão de regresso ao abrigo do art. 11.º/8 do Regulamento, o TEDH exige, pelo menos, que esse tribunal tenha em conta os riscos identificados pelo tribunal que tomou a decisão de retenção⁽²⁸⁾. Refira-se que esta exigência também decorre do art. 42.º/2/c do Regulamento.

Quanto à atribuição de força executiva automática, noutros Estados-Membros, às decisões sobre regresso da criança proferidas pelo tribunal do Estado-Membro da residência habitual antes da deslocação ou retenção, o Tribunal Europeu afirmou inequivocamente a sua compatibilidade com o art. 8.º da Convenção Europeia, com base na presunção de proteção equivalente dos direitos fundamentais assegurada pela União Europeia⁽²⁹⁾.

Muito mais haveria a dizer, mas o tempo não o permite. Espero que esta Conferência constitua um primeiro passo no sentido de uma maior atenção e de um debate mais alargado sobre a proteção internacional de crianças na nossa comunidade jurídica.

⁽²⁸⁾ TEDH 11/7/2011, proc. n.º 14737/09, no caso *Sneersone e Campanella v. Itália*. O tribunal considerou que a decisão de regresso da criança ao abrigo do art. 11.º/8 do Regulamento violou o art. 8.º da Convenção, ao representar uma interferência com o direito ao respeito da vida familiar que não é necessária numa sociedade democrática, por entender que, mesmo que se aceitasse que o tribunal ordenando o regresso deve apenas avaliar se foram tomadas medidas adequadas para garantir a proteção da criança após o seu regresso nos termos do art. 11.º/4 do Regulamento perante os riscos referidos no art. 13.º/b da Convenção da Haia de 1980, o tribunal não teve em conta os riscos identificados pelo tribunal que proferiu a decisão de retenção (n.ºs 85, 93-98). Ver, sobre esta decisão, KINSCH, *op. cit.*, 48-49.

⁽²⁹⁾ TEDH 18/6/2013, proc. n.º 3890/11, no caso *Povse v. Áustria*, n.ºs 77 e 80.