

Deslocação ou retenção ilícitas de crianças

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Professora Auxiliar da Escola de
Direito da Universidade do Minho

Casos

TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App. No. 31679/96.

TEDH, *Bianchi v. Switzerland*, App. No. 7548/04.

TEDH, *Susanne Paradis and Others v. Germany*, App. No. 4065/04.

TJUE, *Inga Rinau v. M. Rinau*, processo C-195/08 PPU.

Deslocação ou retenção ilícitas de crianças

- A convenção de Haia de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças (Convenção de Haia);
- O regulamento Bruxelas II *bis* (Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental).

Convenção de Haia

A ideia fundamental da Convenção de Haia está prevista no seu art. 1º. **É estabelecido no art. 1º que o objeto da Convenção é promover o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida e fazer respeitar efetivamente os direitos de custódia e de visita existentes no Estados Contratantes.**

Convenção de Haia

A deslocação ilícita abrange aquelas situações em que há uma deslocação ilícita de criança para outros Estados, em violação de um direito de guarda ou custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação, desde que esse direito estivesse a ser exercido efetivamente no momento da deslocação, individualmente ou em conjunto, ou o devesse estar a ser exercido se a deslocação não tivesse ocorrido [art. 3º, al. a) e al. b)].

Convenção de Haia

O direito de custódia é definido no art. 5º, n.º 1, como aqueles direitos relativos aos cuidados da criança, nomeadamente o direito de decidir sobre o seu lugar de residência. Este direito resulta de atribuição de pleno direito ou acordo vigente segundo o direito do Estado da residência habitual da criança antes da sua deslocação (art. 3º *in fine*).

Convenção de Haia

A Convenção visa também o respeito efectivo dos direitos de visita existentes num Estado Contratante nos outros Estados Contratantes [art. 1º, al. b)], abarcando este o direito de levar uma criança para um lugar diferente da sua residência habitual durante um breve período [art. 5º, al. b)], incluindo para outros países.

Convenção de Haia

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

Aplica-se em Portugal (desde 1 de Dezembro de 1983).

Convenção de Haia

Cada Estado Contratante designará uma autoridade central (art. 6) que terá uma dupla função com o objetivo final de assegurar o regresso imediato da criança:

- a de cooperar com as entidades centrais dos outros países;
- mas também a de coordenar as autoridades dos próprios Estados (art. 7º)

Convenção de Haia

Competirá à autoridade central (art. 7º):

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

Convenção de Haia

De acordo com o art. 8º, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode pedir assistência em caso de deslocação ou retenção ilícitas à autoridade central do Estado da residência habitual da criança ou de outro Estado Contratante com vista ao regresso da criança, pedido que deve ser instruindo com os elementos elencados naquela disposição legal, referentes:

- a dados sobre a criança,
- o requerente,
- a pessoa com a qual se presume que a criança esteja,
- os fundamentos legais e factuais para exigir o regresso da criança,
- informações relativamente à localização da criança,
- entre outros documentos que possam ser considerados úteis.

Convenção de Haia

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

Convenção de Haia

Estabelece o art. 11º da Convenção de Haia, reiterando o determinado pelo art. 2º, que as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados **devem adoptar procedimentos de urgência para garantir o regresso da criança.**

Convenção de Haia

O 2º § do art. 11º fixa ainda um prazo indicativo de seis semanas a contar da data da participação, findo o qual o requerente ou a autoridade central do Estado requerido pode solicitar uma declaração sobre as razões da demora na promoção do regresso da criança, seja por sua iniciativa ou a pedido da autoridade central do Estado requerente.

Convenção de Haia

Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de criança e **se tiver decorrido menos de um ano** entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra, **aquela autoridade deve ordenar o regresso imediato da criança** (art. 12º, 1º §).

Convenção de Haia

Caso já tenha decorrido este prazo de um ano, a referida autoridade judicial ou administrativa deve ordenar o regresso da criança. Todavia, neste último caso, a Convenção permite a emissão de uma decisão de retenção da criança se for provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente.

Convenção de Haia

Dúvidas se podem colocar relativamente ao art. 12º:

- limites temporais que balizam este prazo de um ano;
- a forma como deve ser provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente;
- a que país a criança deve regressar.

Convenção de Haia

A regra deve ser a decisão de regresso da Criança (art. 12º), mas há exceções.

Convenção de Haia

De acordo com o art. 13º, al. a), da Convenção de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção a prova por parte de quem se opõe ao regresso da criança de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exercia efetivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido posteriormente com a deslocação.

Convenção de Haia

Outro fundamento para a decisão de retenção encontra-se no art. 13º, al. b), da Convenção de Haia, onde se determina que pode fundamentar aquela decisão a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável.

Convenção de Haia

A oposição da criança ao seu regresso pode também fundamentar uma decisão de retenção, nos termos do art. 13º, 2º §, desde que a criança já tenha uma idade e um grau de maturidade que permitam tomar em consideração a sua opinião.

Convenção de Haia

Um último fundamento que pode justificar a decisão de retenção resulta do art. 20º da Convenção de Haia, onde se determina que outro fundamento desta decisão será o facto de o regresso pôr em causa os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Reglamento Bruselas II *bis*

Regulamento Bruxelas II *bis*

O Regulamento Bruxelas II *bis* estabelece:

- um sistema uniforme de regras de competência internacional e;
- de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Responsabilidade parental deve esta ser entendida nos termos do art. 2º, n.º 7, como «o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança», o que inclui o direito de guarda e o direito de visita.

O Regulamento Bruxelas I *bis* aplica-se às questões cíveis que envolvem a responsabilidade parental, incluindo a sua atribuição, o seu exercício e a sua cessação.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O âmbito de aplicação espacial do Regulamento Bruxelas II *bis* é definido no art. 21º, n.º 1, sendo aplicável às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-membros da UE cuja competência seja determinada de acordo com as regras previstas nos artigos 3º e seguintes do Regulamento.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Por fim, encontramos o âmbito de aplicação temporal do regulamento Bruxelas II bis no art. 72º e no art. 64º, n.º 1, sendo este aplicável às acções judiciais, actos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de Março de 2005.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Quanto às relações do Regulamento Bruxelas II bis com a Convenção de Haia, de acordo com o art. 60º, al. e), o Regulamento tem primazia nas relações entre os Estados-membros relativamente à aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças.

Regulamento Bruxelas II *bis*

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

Regulamento Bruxelas II *bis*

No plano da competência internacional, o superior interesse da criança concretiza-se através do princípio de proximidade: têm competência internacional para julgar as questões de responsabilidade parental os tribunais do Estado-Membro onde resida da criança à data em que o processo é instaurado no tribunal (art. 8º).

Regulamento Bruxelas II *bis*

Questões importantes para a aplicação do art. 8º:

- qual o conceito de residência habitual da criança para efeitos do regulamento Bruxelas II *bis*?
- a determinação do conceito de criança.

Regulamento Bruxelas II *bis*

A regra geral do artigo 8.º do regulamento Bruxelas II *bis* cede perante as regras especiais previstas nas situações de extensão de competência (art. 12º).

Regra de competência residual – art. 14º.

Situação excepcional do art. 15º - foro conveniente.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Conceitos prévios:

- deslocação ou retenção ilícita de criança (art.2.º, n.º 11);
- direito de guarda (art. 2.º, n.º 9);
- aquisição do direito de guarda (art. 2.º, n.º 11): é o direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência antes da deslocação ilícita que determina em que condições se verifica a aquisição do direito de guarda da criança por parte do pai ou pais.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Uma das ideias principais que consta do regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças é a de que **os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ilícita continuam a ser competentes após essa deslocação ilícita**, até que a criança disponha de outra residência habitual num país da UE, o que apenas sucede se estiverem reunidas as circunstâncias previstas nas alíneas do artigo 10º.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Quanto ao procedimento a adotar face a uma deslocação ilícita da criança para outro Estado-Membro, o artigo 11.º do regulamento Bruxelas II *bis* completa o previsto na Convenção de Haia de 1980.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O n.º 3 do art. 11º do regulamento Bruxelas II *bis* determina que o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo **pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas** a contar da apresentação do pedido.

Deste pedido pode resultar uma decisão de regresso da criança ao país da residência habitual de origem ou uma decisão de retenção.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O regresso da criança pode, porém, ser recusado através de uma decisão de retenção que tenha como base um dos fundamentos previstos no artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Regulamento Bruxelas II *bis*

- O regulamento Bruxelas II bis fixa um limite à invocação do artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, como fundamento de uma decisão de recusa de regresso, no seu artigo 11.º, n.º 4:
- o argumento de que regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável (artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980) não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a proteção da criança após esse regresso.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O artigo 11.º, n.º 5, do regulamento Bruxelas II bis salvaguarda a posição da pessoa que fez o pedido de regresso, uma vez que estabelece que o regresso da criança não pode ser recusado se a pessoa que fez o pedido não tiver tido oportunidade de ser ouvida.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Se o tribunal do Estado onde a criança está deslocada decide reter a criança ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980 deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as atas da audiência, que devem ser recebidos **no prazo de um mês a contar da decisão**, de acordo com o artigo 11.º, n.º 6.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Em seguida, o tribunal da residência habitual de origem da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes **no prazo de três meses** após a notificação (artigo 11.º, n.º 7).

Regulamento Bruxelas II *bis*

O sistema de reconhecimento previsto no regulamento Bruxelas II *bis* baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo.

Segundo o artigo 21.º, n.º 1, «[a]s decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades», visando-se desta forma concretizar o princípio da confiança entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros:

- Desta forma, de acordo com o artigo 21.º, n.º 3 do regulamento, qualquer parte interessada pode pedir uma declaração reconhecimento ou o não reconhecimento da decisão.
- O regulamento Bruxelas II *bis* prevê, ainda, a necessidade de obtenção de uma declaração prévia de exequibilidade a pedido de qualquer parte interessada para aquelas decisões relativas ao exercício da responsabilidade parental e que tenham força executória no Estado-Membro de origem das mesmas, para que possam ser executadas noutro Estado-Membro (artigo 28.º, n.º 1).

Regulamento Bruxelas II *bis*

Para este efeito, tanto em matéria de direito de visita, como em relação às decisões de regresso da criança, basta que estas decisões satisfaçam as condições presentes no artigo 41.º e no artigo 42.º para que adquiriram força executiva, não sendo necessário qualquer processo prévio que a declare.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O tribunal da residência habitual de origem da criança que pronuncia a decisão de regresso emite a certidão relativa ao regresso da criança no idioma do processo, cujo formulário consta do anexo IV do regulamento, desde que estejam reunidos os pressupostos do artigo 42.º, n.º 2:

- 1) a criança ter tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a maturidade e idade da criança o desaconselhar;
- 2) tenha sido dada oportunidade às partes para se pronunciarem;
- 3) na decisão tenham sido ponderadas as provas e a justificação da decisão de retenção pronunciada segundo o artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Se existir uma alteração das circunstâncias que implique que a execução da decisão homologada possa prejudicar o superior interesse da criança, esta será uma questão de fundo, que deve ser levada ao conhecimento do tribunal de origem, a quem se pode pedir uma suspensão da execução da decisão e uma alteração da decisão de regresso.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O único fundamento para a não execução de uma decisão de retorno, proferida de acordo com o artigo 42.º, n.º 1, é se esta for incompatível com uma decisão com força executória proferida posteriormente (artigo 47.º, n.º 2, 2.ª parte).

Regulamento Bruxelas II *bis*

A decisão em causa é automaticamente executória em todo o território da União, não estando os seus efeitos circunscritos ao Estado-Membro que pronunciou a decisão de retenção, de acordo com a Comissão Europeia, e segundo uma interpretação que nos parece compatível com a letra do artigo 42º.

Regulamento Bruxelas II *bis*

A pessoa que requer a execução da decisão deve apresentar uma cópia da decisão que satisfaça os requisitos de autenticidade e a certidão referida no artigo 42.º, n.º 1, acompanhada de uma tradução do ponto referente às medidas tomadas para assegurar o regresso da criança (artigo 45.º).

Regulamento Bruxelas II *bis*

Alterações propostas ao Regulamento Bruxelas II *bis*:

- Concentração da competência territorial.
- Prazo de apreciação do pedido de regresso: a autoridade central passa a ter o prazo de seis semanas para instruir o pedido e cada instância passa a ter o período de 6 semanas para decidir.
- No espaço de 6 semanas em que o tribunal deve decidir, este deve ainda analisar se as partes estão dispostas a encetar um processo de mediação.
- O tribunal da residência habitual da criança, após receber os documentos sobre a decisão de retenção da criança do tribunal onde a criança está retida ilicitamente e as observações das partes, e se já se encontrar pendente um processo relativo à guarda da criança nesse Estado-Membro, deve apreciar a questão da guarda da criança conjuntamente com os motivos e provas subjacentes à decisão de retenção.