



UNIO
EU LAW JOURNAL

O caso *Rinau* e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

*RESUMO: O caso *Rinau* é uma decisão incontornável do Tribunal de Justiça da União Europeia no que se refere à deslocação ou retenção ilícitas de crianças, cujo regime se encontra previsto no regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II bis). Partindo deste caso, este artigo explica o procedimento célere previsto no regulamento *Bruxelas II bis* para as situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças e as regras especiais de reconhecimento da decisão de regresso do menor ilicitamente retido noutro Estado-Membro. Antes, porém, e com o objetivo de permitir uma compreensão mais abrangente do procedimento relativo à deslocação ou retenção ilícitas de crianças previsto no regulamento, é feito um breve enquadramento do regulamento e são explicadas as regras de competência internacional em matéria de responsabilidade parental.*

*PALAVRAS-CHAVE: deslocação ou retenção ilícitas de crianças – rapto internacional de crianças – regulamento n.º 2201/2003 – regulamento *Bruxelas II bis* – caso *Inga Rinau*.*

1. O caso *Rinau*

Foi-nos pedido para desenvolver um tema relacionado com o labor do Conselheiro Cunha Rodrigues enquanto juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia e com o tema da cooperação judiciária em matéria civil. Ora, consultando a jurisprudência do TJUE, deparamo-nos com o acórdão *Rinau*, que data de 11 de junho de 2008, em que o Conselheiro Cunha Rodrigues interveio como juiz-relator, que é atualmente uma decisão incontornável em matéria de deslocação ou retenção ilícitas de crianças e que

teve como fundamento o regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, conhecido por Bruxelas II *bis*. Partindo deste caso de referência, pretendemos explicar o procedimento relativo à deslocação ou retenção ilícitas de crianças previsto no regulamento n.º 2201/2003 e, desta forma, prestar a nossa homenagem ao Conselheiro Cunha Rodrigues.

O caso *Inga Rinau contra M. Rinau*¹ versa sobre a deslocação ou a retenção ilícita de crianças, problema também denominado de rapto internacional de crianças, e interessa-nos genericamente explicar a situação de facto presente no caso.

Em julho de 2003, Inga Rinau, de nacionalidade lituana, casou-se com M. Rinau de nacionalidade alemã, estabelecendo a sua residência na Alemanha. Em janeiro de 2005 nasceu a filha do casal, Luísa, e em março do mesmo ano o casal passou a viver separado. Em consequência, ainda nesse ano, foi intentada uma ação de divórcio na Alemanha. A criança ficou a viver com a mãe. Em julho de 2006, Inga, depois de ter obtido uma autorização de M. Rinau para sair da Alemanha com a filha de ambos com destino à Lituânia – para umas férias de duas semanas –, resolveu ficar a residir nesse país. Em agosto de 2006, o tribunal alemão atribuiu provisoriamente a guarda de Luísa ao pai. A mãe recorreu e o tribunal alemão de recurso confirmou a atribuição de guarda provisória ao pai, em outubro do mesmo ano.

Entretanto, em decorrência das decisões dos tribunais alemães, ainda em outubro de 2006 M. Rinau pediu ao tribunal da Lituânia o regresso da criança – que, por sua vez, indefere o pedido em dezembro de 2006. Esta decisão foi comunicada à autoridade central alemã e ao tribunal alemão. Todavia, dentro do sistema judiciário lituano tal decisão foi sujeita a uma primeira revogação que ordenou o regresso da criança à Alemanha em março de 2007. Posteriormente, em abril de 2007, houve um despacho que suspendeu a execução desta última decisão, sendo este despacho posteriormente anulado em 4 de junho de 2007. Nessa mesma data, Inga Rinau e o procurador-geral da República da Lituânia, com base no artigo 13.º, primeiro parágrafo, da Convenção de Haia, de 25 de outubro, sobre Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980), invocaram circunstâncias novas e o interesse da criança e pediram a reabertura da instância. Este pedido foi indeferido pelo tribunal lituano por

¹ Cfr. acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU.

considerar que a competência para decidir a questão pertenceria aos tribunais alemães. Entretanto, dentro do sistema judicial lituano seguiram-se uma série de recursos, anulação das decisões já tomadas, suspensão de decisões...

Posteriormente, em julho de 2007, o tribunal alemão confiou a guarda definitiva da criança ao pai e ordenou o regresso imediato da criança à Alemanha, tendo apreciado a decisão de retenção do tribunal lituano e as observações que a mãe apresentou. O tribunal alemão juntou à sua decisão uma certidão emitida nos termos do artigo 42.º do regulamento Bruxelas II *bis*. Na Lituânia, Inga Rinau apresentou um pedido de não reconhecimento da decisão alemã, tendo o tribunal lituano indeferido o mesmo, com o argumento de que a decisão que ordenava o regresso do menor deveria ser imediatamente executada, sem necessidade de *exequatur* e sem que fosse admissível um pedido de não reconhecimento. Inga Rinau recorreu desta decisão e, em consequência, o tribunal de recurso suspendeu a instância e dirigiu-se ao TJUE perguntando se o pedido de não reconhecimento e o recurso de Inga Rinau, nestas circunstâncias, seria possível.

2. Enquadramento da questão - a cooperação judiciária em matéria civil no direito da família

O caso apresentado configura uma situação de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, cujo regime legal está previsto no regulamento Bruxelas II *bis*. Este regulamento unifica as regras de competência internacional, de reconhecimento e de execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental² e integra-se na política de cooperação judiciária em matéria civil. A cooperação judiciária em matéria civil é uma política da União Europeia que pretende concretizar o espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. O espaço europeu de liberdade, segurança e justiça é mais uma etapa da integração europeia – como pode ler-se no artigo 67.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), onde se estabelece que «[a] União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros».

A política de cooperação judiciária em matéria civil é uma forma de concretização do espaço de liberdade, segurança e justiça e está prevista no artigo 81.º do TFUE. A

² Sobre o regulamento, cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, “Âmbito de aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 e reconhecimento de decisões em matéria matrimonial – Acórdão do TPR de 15.1.2013, Proc. 2186/06”, *Cadernos de Direito Privado*, 44 (2013), 51-57.

cooperação judiciária em matéria civil abrange a regulamentação de relações jurídicas de natureza civil e comercial cujos elementos estão em contacto com mais do que um Estado-Membro. Esta política tenta aproximar e estabelecer meios de colaboração entre as autoridades judiciárias dos diferentes Estados-Membros e tem como escopo garantir que as divergências entre os sistemas judiciários e as ordens jurídicas dos diferentes Estados-Membros não limitem o acesso à justiça e o exercício dos direitos.³ Para tal, a política de cooperação judiciária em matéria civil visa, entre outros objetivos, promover a coordenação e a compatibilização entre as várias ordens jurídicas (sempre respeitando a especificidade das mesmas), favorecer a previsibilidade e a segurança jurídica e facilitar a resolução dos litígios transnacionais na União Europeia.⁴

No nosso entendimento, a política de cooperação judiciária em matéria civil tem-se desenvolvido em quatro áreas fundamentais: através da criação da rede judiciária europeia em matérias civil e comercial; em matérias civis e comerciais; em direito da família e sucessões; e em pequenos aspetos processuais.⁵

A questão da deslocação ou retenção ilícitas de crianças de natureza transnacional enquadra-se nas matérias referentes ao direito da família, cuja intervenção por parte do legislador da União no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil estende-se atualmente a variadíssimas matérias, como matérias matrimoniais, de obrigações alimentares, de divórcio e separação judicial.

3. A responsabilidade parental no regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)

O regulamento Bruxelas II *bis* uniformiza a competência internacional e cria um sistema único de reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental. Responsabilidade parental é entendida pelo regulamento como «o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança», incluindo-se nesta definição o direito de guarda e o direito de visita (artigo 2.º, n.º 7). Em relação à responsabilidade parental, de

³ Com mais pormenor sobre o surgimento da política de cooperação judiciária em matéria civil, seus objetivos e desenvolvimentos, cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma* (Coimbra: Almedina, 2013), 106-127, 212-226.

⁴ *Idem, ibidem.*

⁵ *Idem, ibidem.*

acordo com a al. b), do n.º 1, do artigo 1.º, o regulamento aplica-se ainda às questões cíveis que envolvem a responsabilidade parental, incluindo a sua atribuição, o seu exercício, a sua cessação.

O n.º 2 da mesma norma concretiza as matérias abrangidas, estando em causa, nomeadamente, as decisões referentes ao direito de guarda e ao direito de visita; à tutela, à curatela e institutos análogos, à nomeação e às funções de pessoa ou organismo incumbido da pessoa ou bens da criança, da sua representação ou assistência; à colocação da criança numa família de acolhimento ou numa instituição; às medidas de proteção da criança relativas à administração, conservação e disposição do seu património (de acordo também com o estabelecido no considerando 9).⁶ Por indicação do considerando 5, as disposições do regulamento abrangem também as medidas de proteção da criança no âmbito da responsabilidade parental. Estão excluídas do âmbito de aplicação do regulamento as matérias que constam do n.º 3 do artigo 1.º, designadamente aquelas relativas ao estabelecimento ou impugnação da filiação; à adoção; aos nomes e apelidos da criança; à emancipação; aos alimentos; aos fideicomissos e sucessões; às infrações penais cometidas por crianças.

De acordo com o artigo 21.º, n.º 1, o regulamento Bruxelas II *bis* é aplicável às decisões proferidas pelos tribunais⁷ dos Estados-Membros⁸ cuja competência é determinada de acordo com as regras previstas nos artigos 3.º e seguintes.

Quanto ao âmbito temporal, o regulamento é aplicável às ações judiciais, atos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de março de 2005 (artigo 72.º e artigo 64.º, n.º 1).⁹

A relação entre o regulamento Bruxelas II *bis* e as convenções já existentes entre dois ou mais Estados-Membros à data da sua entrada em vigor e que versem sobre as matérias abarcadas pelo regulamento está estabelecida no artigo 59.º, n.º 1, que

⁶ Esta enumeração é meramente indicativa, como foi decidido pelo TJUE no acórdão *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, de 27 de novembro de 2007, proc. C-435/06, considerando 5.

⁷ Para efeitos de aplicação do regulamento, a expressão «tribunal» adota o sentido de aquela autoridade que no Estado-Membro tem competência nas questões que constam do âmbito de aplicação material do regulamento (artigo 2.º, n.º 1).

⁸ Com exclusão da Dinamarca, de acordo com o artigo 2.º, n.º 3.

⁹ Note-se, todavia, que o artigo 64.º, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, prevê algumas situações em que o regulamento se aplica a processos instaurados em momento anterior.

determina a primazia do regulamento. No que diz respeito às convenções multilaterais, o regulamento Bruxelas II tem prioridade sobre as convenções enumeradas no artigo 60.º nas relações entre os Estados-Membros. Nesta medida, é de salientar a prioridade do regulamento nas relações entre os Estados-Membros relativamente à aplicação da Convenção de Haia, de 25 de outubro de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980) – que se continua a aplicar, mas que vê o seu regime completado pelo disposto no regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças.¹⁰

4. A competência internacional em matérias de responsabilidade parental

As regras de competência internacional presentes no regulamento Bruxelas II *bis* em matéria de responsabilidade parental foram concebidas para salvaguardar o superior interesse da criança (considerando 12), preocupação que também resulta do artigo 24.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 7 de dezembro de 2000. No plano da competência internacional, o superior interesse da criança concretiza-se através do princípio de proximidade, atribuindo-se competência ao tribunal mais próximo da criança, pois este será a autoridade que estará em melhores condições para conhecer a real situação da criança, as suas necessidades, o seu estado de desenvolvimento e, por essa razão, será a autoridade que terá uma maior facilidade em obter a informação necessária para tomar as decisões mais adequadas e de forma atempada. Além disso, há também uma razão de eficácia jurídica das decisões que digam respeito à criança que justifica a atribuição de competência ao tribunal mais próximo da criança, pois, desta forma, estas decisões podem ser prontamente cumpridas no local onde a vida da criança decorre.¹¹

Os tribunais considerados os mais próximos da criança – e, conseqüentemente, aqueles que têm competência internacional para julgar as questões de responsabilidade parental – são os tribunais do Estado-Membro onde resida da criança à data em que o processo é instaurado no tribunal,¹² segundo a regra geral de competência do artigo 8.º. Foi ao

¹⁰ Cfr. Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II [Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000]*, <http://ec.europa.eu>, consultado em 1 de maio de 2013.

¹¹ Neste sentido cfr. Y. Lequette, “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales”, *RCADI*, 246 (1994-II), Vol. 246, 6, n.º 52.

abrigo desta regra geral de competência que no caso *Rinau* os tribunais alemães consideraram-se competentes para julgar a questão, enquanto tribunais da residência habitual da criança.

No momento em que é instaurado o processo, o tribunal da residência habitual adquire competência para julgar as questões de responsabilidade parental relativas àquela criança e intervém até à alteração da residência habitual da criança para outro Estado-Membro. Inclusivamente pode existir prolongamento desta competência nos termos do artigo 9.º, n.º1: quando a criança se deslocar lícitamente para outro Estado-Membro, passando a ter a sua residência habitual nesse país, os tribunais da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência durante o prazo de três meses após a deslocação, para alterar decisões proferidas por si sobre o direito de visita antes da deslocação, desde que o titular do direito de visita continue a residir habitualmente nesse Estado-Membro. Só não será assim se o titular do direito de visita aceitar a competência dos tribunais da nova residência habitual, bastando para isso participar no processo sem invocar a incompetência do tribunal (artigo 9.º, n.º 2).

Para aplicar o artigo 8.º interessa, porém, determinar qual o conceito de residência habitual da criança para efeitos do regulamento Bruxelas II *bis*. De acordo com a jurisprudência do TJUE,¹³ este conceito deve ter uma interpretação autónoma, tendo em conta os fins e o contexto das normas em causa e o superior interesse da criança – objetivo do regulamento no âmbito da responsabilidade parental que, como referimos, é concretizado através do princípio de proximidade. Residência habitual para efeitos do artigo 8.º deve ser entendida como o lugar que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar, devendo apresentar uma certa estabilidade ou

¹² De acordo com o disposto no artigo 16.º, o processo considera-se instaurado na data de apresentação ao tribunal do ato introdutório da instância ou ato equivalente (desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ou notificação ao requerido), ou se o ato tiver de ser citado ou notificado antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação ou notificação (desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o ato seja apresentado em tribunal). No momento de instauração do processo, o tribunal adquire competência e intervém sempre. Todavia, existem situações especiais que podem alterar esta regra. A competência cessa, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2, quando há uma sentença transitada em julgado ou o quadro especial que fez nascer uma competência diferente desaparece.

¹³ Cfr. acórdão *Korkein hallinto-oikeus*, de 2 de abril de 2009, proc. C-523/07; acórdão *Barbara Mercredi*, de 22 de outubro de 2010, proc. 497/10PPU; acórdão *J.McB.*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/PPU.

regularidade, características apuradas através certos indícios que traduzam essa integração social e familiar no caso concreto.¹⁴

Segundo a jurisprudência do TJUE, estes indícios podem ser apurados tendo em conta, por exemplo, a duração, as condições e as razões da permanência da criança e da família no território de um Estado-Membro, a nacionalidade da criança, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, os laços familiares e sociais da criança naquele Estado, a intenção do responsável parental de se fixar com a criança noutro Estado-Membro expressa por certas medidas exteriores, como a aquisição ou a locação de uma habitação no Estado-Membro de acolhimento – que pode ser um indício da transferência da residência habitual –, ou o pedido de atribuição de uma habitação social dirigido aos serviços sociais de um Estado-Membro, a vontade do interessado de aí fixar, com intenção de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses.¹⁵

Outra questão importante para a aplicação da norma do artigo 8.º é a determinação do conceito de criança. Como este conceito não é definido pelo regulamento, acompanhamos parte da doutrina no sentido de considerar que só é possível resolver esta questão recorrendo ao direito conflitual do Estado do foro de forma a apurar os sujeitos sobre os quais a responsabilidade parental incide.¹⁶ Note-se que também a Comissão Europeia reconhece que esta questão, face ao silêncio do regulamento, será resolvida nos termos do direito nacional.¹⁷

¹⁴ Cfr. acórdão *Barbara Mercredi*, de 22 de outubro de 2010, proc. 497/10PPU, considerando 44 e considerando 47; acórdão *Korkein hallinto-oikeus*, de 2 de abril de 2009, proc. C-523/07, considerando 44.

¹⁵ Entre outros indícios que podem resultar do caso concreto cfr. acórdão *Barbara Mercredi*, de 22 de outubro de 2010, proc. 497/10PPU, considerando 53 a 56; acórdão *Korkein hallinto-oikeus*, de 2 de abril de 2009, proc. C-523/07, considerando 44.

¹⁶ Cfr. P. Mayer/V. Heuzé, *Droit international privé* (Paris: Montchrestien, 2007, 9.ª Ed.), 403; A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado* Vol. II (Granada: Editorial Comares, 2013, 14ª Ed.), 394-395; W. Pintens, “Artigo 1” in U. Magnus/P. Mankowski, *Brussels IIbis Regulation*, (Munich: Sellier European Law Publishers, 2012), 75; P. Stone, *EU Private International Law, Harmonization of Laws*, (Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2008), 405.

¹⁷ Cfr. *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 9. Note-se, todavia, que nos termos do artigo 4.º da Convenção de Haia de 1980, esta aplica-se apenas até à criança atingir a idade de 16 anos. Cfr. R. Espinosa Calabuig, «La responsabilidad parental y el *nuovo* regolamento de “Brusselas II bis”: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal», *RDIPP* (2003, n.º 3-4), 754-755, que apresenta com argumentos diferentes a idade dos 16 anos e dos 18 anos, acabando por concluir que o mais conveniente seria encontrar um critério o mais uniforme possível que modo a que o menor possa gozar de um mínimo de proteção comum.

A regra geral do artigo 8.º do regulamento Bruxelas II *bis* cede perante as regras especiais previstas nas situações de extensão de competência: quer a favor dos tribunais competentes para decidir o pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento segundo o artigo 3.º, desde que a responsabilidade parental tenha uma conexão com aquele pedido, nas condições descritas no artigo 12.º (sendo que uma delas é o acordo dos titulares da responsabilidade parental); quer a favor dos tribunais de um Estado-Membro com o qual a criança tenha uma especial ligação, seja por esse Estado corresponder à residência habitual de um dos titulares da responsabilidade parental ou por a criança ter a nacionalidade desse Estado, mas apenas se a competência for aceite por todas as partes no processo (à data em que o processo é instaurado) e for exercida no superior interesse da criança (artigo 12.º, n.º 3).¹⁸ Não sendo possível apurar a residência habitual da criança, ou recorrer à extensão de jurisdição prevista no artigo 12.º, serão competentes os tribunais do Estado-Membro onde se localiza a criança (artigo 13.º). Por fim, e como competência residual, caso não possa ser determinada a jurisdição dos tribunais dos Estados-Membros através das normas referidas, a competência será regulada pela lei de cada Estado-Membro (artigo 14.º).

O artigo 15.º excecionalmente permite, em nome do superior interesse da criança, e segundo requisitos estabelecidos na norma, face às circunstâncias do caso concreto, que o tribunal de um Estado-Membro que tenha competência para apreciar a questão suspenda a instância e convide as partes a instaurar, em certo prazo, o processo nos tribunais do Estado-Membro que, pela sua proximidade com o processo ou com algum aspeto do processo, esteja mais bem posicionado para conhecer a questão, ou peça a esse tribunal que se declare competente nos termos do n.º 5 da referida disposição legal (foro conveniente).¹⁹

5. A deslocação ou retenção ilícitas de crianças

O regulamento Bruxelas II *bis* prevê regras relativas à deslocação ou retenção ilícitas de crianças – como já era feito anteriormente também pela Convenção de Haia de 1980. As disposições do regulamento não colidem com as normas da Convenção de Haia de 1980, visando antes completá-la (considerando 17 e artigo 11.º, n.º 1) e ultrapassar as

¹⁸ Cfr., para este efeito, a presunção estabelecida no artigo 12.º, n.º 4.

¹⁹ Esta transferência de competência a favor de um foro mais conveniente tem de ser desencadeada a pedido de uma das partes, por iniciativa do tribunal ou a pedido de um tribunal de outro Estado com o qual a criança tenha uma ligação especial [artigo 15.º, n.º 2, al. a), b) e c)].

deficiências que a aplicação da Convenção de Haia revelou, nomeadamente no plano da efetividade das decisões de regresso. Consequentemente, o artigo 60.º do regulamento estabelece que este, nas matérias que disciplina, prevalece sobre a Convenção de Haia de 1980. Eventuais questões relativas à hierarquia de fontes e o respeito de compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados-Membros são resolvidos pelo artigo 36.º da Convenção de Haia de 1980 – que prevê a possibilidade dos Estados contratantes da convenção celebrarem entre si acordos para diminuir as restrições ao regresso da criança existentes na convenção.

Quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças, o regulamento Bruxelas II *bis* estabelece um procedimento célere que, em nome do superior interesse da criança, tem como escopo o regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual (considerando 17). O mecanismo previsto baseia-se na cooperação judiciária entre os tribunais e as autoridades centrais dos Estados-Membros²⁰ e pretende desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar, em primeiro lugar, os interesses e vínculos afetivos das crianças. Nestas situações visa-se obter um regresso rápido da criança, não premiando o pai que reteve ou deslocou ilicitamente a criança com um processo longo e moroso.

Antes de explicarmos o mecanismo previsto no regulamento, é necessário esclarecer alguns conceitos prévios. Em primeiro lugar, é importante aferir o que se deve entender por deslocação ou retenção ilícita de criança para efeitos de aplicação do regulamento. O conceito previsto no artigo 2.º, n.º 11, do regulamento acompanha a noção presente no artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980, sendo considerada ilícita aquela deslocação ou retenção de uma criança que «a) [v]iole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e b) [n]o momento da deslocação ou

²⁰ Estão previstas no regulamento autoridades centrais que têm como objetivo geral o reforço da cooperação entre os Estados-Membros e melhorar a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis* (artigo 54.º e 55.º). Fazem parte das suas funções (artigo 54.º e 55.º), entre outras: favorecer o intercâmbio de informações sobre a legislação e procedimentos nacionais respetivos (artigo 54.º); recolher e proceder ao intercâmbio de informações sobre a situação da criança, sobre qualquer procedimento em curso e sobre qualquer decisão proferida em relação à criança [artigo 55.º, al. a)]; facilitar as comunicações entre os tribunais dos vários Estados-Membros [artigo 55.º, al. c)]. Em Portugal, a autoridade central é a Direção-Geral de Reinserção Social.

retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta,²¹ quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção».

Assim sendo, estaremos perante uma deslocação ou retenção ilícitas de crianças quando, através da deslocação ou retenção, é violado um direito de guarda. A noção de direito de guarda está prevista no artigo 2.º, n.º 9, do regulamento [coincidindo também com a noção prevista no artigo 5.º, al. a) da Convenção de Haia], compreendendo os direitos referentes à assistência e cuidados da pessoa da criança, sendo que um deles é o direito de determinar a residência habitual da criança. Por fim, quanto à aquisição do direito de guarda, de acordo com o artigo 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.²²

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 10.º. Esta estabilidade da competência do tribunal da residência habitual de origem da criança permitirá a obtenção de uma decisão mais célere de regresso, caso se justifique, evitando disputas dilatórias em torno da jurisdição competente. Também se afasta, simultaneamente, o favorecimento do progenitor que ilicitamente deslocou a criança para outro Estado-Membro, pela atribuição de competência a um tribunal que naquele momento lhe é mais próximo. Foi à luz desta norma que, no caso *Rinau*, o tribunal alemão manteve a sua competência quando a criança já estava retida (ilicitamente) na Lituânia.

Ainda assim, numa situação de deslocação ilícita da criança, é possível que se verifique a transferência da residência habitual para outro Estado-Membro. Todavia, para que tal suceda, é necessário que exista o consentimento quanto à deslocação ou retenção da

²¹ Sobre o conceito de guarda conjunta estabelece-se que «[c]onsidera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental» (artigo 2.º, n.º 11, al. b, *in fine*).

²² Que pode depender inclusivamente de uma decisão de um tribunal que atribua o direito de guarda cfr. acórdão *J.McB.*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/PPU, considerando 43.

pessoa que tenha o direito de guarda da criança [artigo 10.º, al. a)]. Em alternativa, e de acordo com a al. b) da mesma disposição legal, verificar-se-á a transferência da residência habitual se a criança tiver estado a residir noutra Estado da União durante um ano após o titular do direito de guarda ter tomado conhecimento do seu paradeiro (ou devesse ter tomado) e se encontrar integrada no seu novo meio, desde que: nesse período o titular do direito de guarda não tenha pedido o regresso da criança às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida (i); ou tenha desistido do pedido de regresso e não tenha apresentado pedido análogo no mesmo período (ii); ou o processo que visa prover ao regresso da criança tenha sido arquivado nas condições do artigo 11.º, n.º 7 (iii); ou os tribunais da residência habitual de origem da criança profiram uma decisão sobre a guarda da mesma, sem que esta implique o regresso da criança (iv). O prazo de um ano estabelecido nesta alínea b) está dependente do conhecimento do titular do direito de guarda quanto ao paradeiro da criança.

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. Nesta situação, de acordo com o artigo 8.º da Convenção de Haia de 1980, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode reportar esse facto junto às autoridades competentes do Estado da residência habitual da criança (autoridade central) ou de outro Estado contratante da Convenção de Haia, pedindo assistência para garantir o regresso da criança – pedido este que deve ser acompanhado dos elementos previstos na segunda parte da norma. A autoridade central que foi informada daquele facto deve transmiti-lo à autoridade central do Estado contratante onde a criança se encontra (artigo 9.º da Convenção de Haia de 1980), que deve tentar promover as medidas necessárias para o regresso voluntário da criança (artigo 10.º da Convenção de Haia de 1980). Neste âmbito, o artigo 11.º da Convenção de Haia de 1980 impõe ainda às autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes a obrigação de adotar procedimentos de urgência para o regresso da criança.

Implícita ao artigo 11.º do regulamento Bruxelas II *bis* (aplicável quando o titular do direito de guarda pede às autoridades competentes de outro Estado-Membro uma decisão de regresso de uma criança ilicitamente retida ou deslocada nesse Estado com base na Convenção de Haia de 1980) está a preocupação de instituir um procedimento urgente. Assim, o n.º 3 desta disposição legal 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,²³ devendo pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido.²⁴ Este é um prazo relativamente curto, que tem em conta que o tempo de maturidade e desenvolvimento das crianças é diferente em relação aos adultos. Por exemplo, uma criança de um ano de idade, no espaço de tempo de um ano, desenvolve as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas.

Deste pedido pode resultar uma decisão de regresso da criança ao país da residência habitual de origem ou uma decisão de retenção. Pode-se questionar o valor da decisão a proferir no espaço das seis semanas, uma vez que o regulamento não o estabelece expressamente. Quanto a este aspeto, entende a Comissão Europeia que a decisão emitida neste prazo de seis semanas e que fixa a ordem de regresso da criança é executória²⁵ e que cada Estado-Membro deve garantir que a decisão tenha esta natureza.²⁶ O mesmo deve ser entendido em relação à decisão que recuse o regresso da criança.²⁷ A posição da Comissão Europeia resulta da necessidade de se assegurar o regresso imediato da criança.²⁸ Esta questão também foi apreciada na decisão *Rinau*, tendo o TJUE decidido que os incidentes processuais que ocorram no Estado-Membro de execução posteriormente à decisão de retenção e a sua comunicação ao tribunal de origem são irrelevantes para a aplicação do regulamento e a emissão da certidão

²³ Note-se que para este efeito e também com um objetivo de celeridade, o artigo 14.º da Convenção de Haia de 1980 estabelece que para aferir a deslocação ilícita da criança, as autoridades competentes dos Estados contratantes podem tomar conhecimento direto do direito da residência habitual da criança, sem ter de recorrer a procedimentos específicos para provar o seu conteúdo. Da mesma forma, podem tomar conhecimento direto das decisões judiciais ou administrativas, reconhecidas ou não, do Estado da residência habitual da criança, sem recorrer a procedimentos específicos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras.

²⁴ Exceto em circunstâncias extraordinárias que impeçam o cumprimento deste prazo, que poderão consistir, por exemplo, na dificuldade de encontrar a criança. O regulamento não tem uma sanção para o não cumprimento do prazo em causa, todavia, poderemos ponderar nestes casos a responsabilidade civil do Estado não cumpridor. Com esta opinião, E. Pataut, “Artigo 11” in *Brussels II bis Regulation*, ed. U. Magnus/P. Mankowski, (Munich: Sellier European Law Publishers, 2012), 135.

²⁵ Cfr. *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 37-38.

²⁶ Cfr. *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 38, no qual a Comissão Europeia sugere algumas soluções para que os direitos nacionais garantam este efeito: ou impedir o recurso de uma decisão de regresso; ou permitir o recurso da decisão de regresso, mantendo esta todavia o seu carácter executório na pendência do recurso; ou os Estados-Membros devem criar procedimentos de recurso céleres para assegurar o cumprimento do prazo das seis semanas.

²⁷ Cfr. *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 38.

²⁸ *Idem, ibidem*.

prevista no artigo 42.º.²⁹ De acordo com o TJUE outra decisão poderia privar o regulamento de efeito útil, pois «(...) o objetivo do regresso imediato do menor ficaria subordinado à condição do esgotamento dos meios processuais admitidos pela legislação nacional do Estado-Membro em que o menor está ilicitamente retido».³⁰ Ora, este resultado não pode ser admitido, sobretudo estando em causa crianças mais novas, cuja evolução física e psicológica é maior,³¹ podendo facilmente esmorecer os vínculos afetivos com o pai que ficou para trás.

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. Estabelece o artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, que pode constituir fundamento de uma decisão de retenção o facto de o regresso representar um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou colocar a criança numa situação intolerável. Para fazer este juízo, as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta a situação social da criança, a partir de informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança (artigo 13.º, último parágrafo da Convenção de Haia de 1980). De acordo com o relatório explicativo da referida Convenção de Haia, o artigo 13.º, al b), deve ter uma interpretação restritiva, porque as decisões de retenção são consideradas uma exceção ao regime de regresso da criança que a Convenção tenta implementar e que resultam de um compromisso *frágil*³² entre os Estados contratantes.

O regulamento Bruxelas II *bis* fixa, no entanto, 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.³³ Desta

²⁹ Cfr. acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 80 a 89.

³⁰ *Idem, ibidem*, considerando 81.

³¹ *Idem, ibidem*.

³² Como se pode ler no relatório explicativo da convenção: E. Pérez-Vera, *Explanatory Report*, 49, <http://www.hcch.net>, consultado em 1 de maio de 2013.

forma, o regulamento restringe o alcance do artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, limitando as situações de decisões de não retorno com base naquele fundamento. Consequentemente, podemos concluir que existe no regulamento Bruxelas II *bis* um princípio de emissão tendencial de decisões de regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida nas circunstâncias descritas.

A decisão de recusa pode ainda ter por base outros fundamentos. Um deles é a oposição da criança a este regresso, desde que esta já tenha uma idade e um grau de maturidade que permita dar aquela relevância à sua recusa de regresso (artigo 13.º, terceiro parágrafo da Convenção de Haia de 1980)³⁴ e desde que a criança possa exprimir livremente a sua opinião e sem imposição de vontade alheia.³⁵

Outro fundamento que pode sustentar a decisão de retenção é a prova de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exerça efetivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido nessa deslocação, segundo a al. a) do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980. Todavia, existindo consentimento posterior à deslocação pelo titular do direito de guarda, o tribunal da residência habitual de origem da criança só pode concluir, nos termos do artigo 10.º, al a) do regulamento Bruxelas II *bis*, que a criança adquiriu uma nova residência habitual e, nos termos do artigo 17.º do mesmo regulamento, deve declarar-se oficiosamente incompetente.³⁶ Quanto à situação de a pessoa que tem a seu cuidado a criança não exercer efetivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, este facto pode levantar dúvidas sobre a existência de uma deslocação ou retenção ilícita da criança. Em relação ao conceito de exercício efetivo do direito de guarda, esclarece o relatório explicativo da Convenção de Haia de 1980 que o direito de guarda é exercido efetivamente quando «(...) *the custodian is concerned with the care of the child's person, even if, for perfect valid reasons (illness, education, etc.) in a*

³³ Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adotadas medidas adequadas de proteção no Estado-Membro de origem, sublinha a Comissão Europeia, no *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 37, o papel determinante de assistência que podem desempenhar as autoridades centrais do Estado de origem.

³⁴ Era este o motivo que fundamentava a decisão de recusa no acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU.

³⁵ Neste sentido cfr. A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, 461.

³⁶ Cfr. P. Stone, *EU Private International Law*, 424.

particular case, the child and its guardian do not live together» – o que deve ser inferido das circunstâncias do caso concreto.³⁷

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. Para este efeito, e tendo em conta os prazos curtos estabelecidos pelo regulamento, tal audiência deve ser realizada de forma rápida e eficaz, podendo o tribunal recorrer aos meios previstos no regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, como é sugerido no Guia prático sobre a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis*,³⁸ nomeadamente «[o] recurso à videoconferência e à teleconferência, previsto no n.º 4, do artigo 10.º do citado regulamento».³⁹

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. Mais uma vez, esta disposição legal reflete a prioridade da competência do tribunal da residência habitual da criança, pois devem-lhe ser enviados os documentos importantes que fundamentaram aquela decisão, além da própria decisão. Apesar de o regulamento não dispor sobre a necessidade de tradução dos documentos, de acordo com a Comissão Europeia, os juízes devem optar pelas soluções mais rápidas e pragmáticas face às circunstâncias concretas, com auxílio, por exemplo, das autoridades centrais.⁴⁰ Este é mais um exemplo da cooperação que o regulamento estabelece entre as autoridades judiciais dos vários países, pois o artigo 11.º, n.º 6 prevê

³⁷ Cfr. E. Pérez-Vera, *Explanatory Report*, 49. Esclarece ainda este relatório explicativo que a al. a) do artigo 13.º da Convenção de Haia não pode fundamentar uma decisão de retenção se o exercício do direito de guarda não tiver sido possível devido à deslocação da criança: *idem, ibidem*.

³⁸ Cfr. Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 37.

³⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁰ Cfr. *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 41.

a comunicação entre os tribunais dos vários Estados-Membros, que pode ser feita diretamente ou através das autoridades centrais.

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). Após a apreciação destes elementos, o tribunal da residência habitual de origem da criança pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança. De acordo com o artigo 11.º, n.º 8, do regulamento Bruxelas II *bis* esta última decisão de regresso é automaticamente reconhecida e executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração posterior que lhe reconheça essa força no país onde se pretende que seja executada (supressão de *exequatur*) e sem que possa ser contestada. Para tal, como determina o artigo 41.º, n.º 2, do regulamento Bruxelas II *bis* é necessário que o juiz do Estado-Membro de origem emitida a certidão prevista no anexo IV do regulamento, cujas condições de emissão estão descritas no artigo 42.º, n.º 2.

No procedimento descrito deve-se proceder ainda à audição da criança, salvo no caso de se considerar desajustado tendo em conta a idade ou maturidade da mesma (artigo 11.º, n.º 2). A necessidade de audição da criança naqueles processos em que está envolvida, em função da sua maturidade e idade, resulta do facto de se pressupor que o interesse da criança, enquanto sujeito de direitos, é um dos interesses centrais do processo em causa. O direito de audição da criança nos processos que lhe digam respeito é um direito fundamental da própria criança, como resulta de vários tratados internacionais: por exemplo, do artigo 3.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança,⁴¹ do artigo 12.º da Convenção dos Direitos das Crianças,⁴² do artigo 13.º da própria Convenção de Haia de 1980. Está também presente no artigo 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O regulamento não determina em que termos deve ser feito a audição da criança (em audiência de tribunal, pelo juiz, por técnico especializado), por isso entende-se que esta deve ser feita de acordo com o direito e procedimento dos Estados-Membros, desde que

⁴¹ De 25 de janeiro de 1996, do Conselho da Europa.

⁴² Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

exista a garantia de que a criança pode livremente exprimir a sua opinião.⁴³ Esclareceu o TJUE, no acórdão *Aguirre Zarraga*, que não é necessário promover uma audição perante o juiz do Estado-Membro de origem, mas, em função das circunstâncias do caso concreto, devem ser adotados todos os procedimentos e proporcionadas à criança todas as condições legais para que esta tenha uma oportunidade real e efetiva de exprimir livremente a sua opinião e que esta seja ponderada pelo juiz.⁴⁴ Assim deve ser porque, como admitiu o TJUE, os litígios que envolvem a atribuição do direito de guarda «(...) constituem situações nas quais a audição da criança, designadamente se envolver a sua presença física perante o juiz, pode revelar-se inadequada, ou mesmo prejudicial, para a sua saúde psíquica, frequentemente submetida às referidas tensões e que sofre dos seus efeitos prejudiciais».⁴⁵ Para o efeito de audição da criança, o julgador pode recorrer a todos os meios que lhe são proporcionados pelo seu direito nacional, assim como pelos instrumentos de cooperação judiciária transfronteiriça,⁴⁶ devendo a forma de audição da criança ser adaptada à idade e à maturidade da mesma.

O direito da criança a ser ouvida, enquanto direito fundamental da criança, desempenha um papel de destaque no regulamento, resultando esta importância: em primeiro lugar, do artigo 42.º, pois a audição da criança é um dos requisitos para a supressão do *exequatur* da decisão que ordena o regresso da criança; em segundo lugar, a ausência de audição da criança é um dos fundamentos de contestação do reconhecimento e execução de uma decisão relativa à responsabilidade parental [artigo 23.º, al. b)]. É necessário referir, todavia, que o TJUE já clarificou que o direito de audição da criança não é uma obrigação absoluta e que deve ser ponderado em função do caso concreto, tendo em conta o superior interesse da criança, baseando-se para tal no artigo 24.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na letra do artigo 42.º, n.º 2, al. a).⁴⁷

Em caso de deslocação ou retenção ilícitas de criança, o procedimento previsto no artigo 11.º do regulamento *Bruxelas II bis* visa assegurar o regresso imediato da criança, sendo

⁴³ Cfr. Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II.*, 47.

⁴⁴ Cfr. acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU.

⁴⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁶ Será o caso por exemplo do regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.

⁴⁷ Cfr. acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU, considerando 64.

a última decisão proferida pelo tribunal da residência habitual de origem da criança, decisão esta que prevalece sobre qualquer outra anterior, procedente do tribunal do Estado para onde foi deslocada a criança. Neste caso, ao tribunal requerido resta-lhe constatar a executividade da decisão certificada e providenciar pelo regresso imediato do menor. Tendo em conta o procedimento descrito, só podemos concluir pela primazia das decisões do tribunal da residência habitual de origem da criança, cuja apreciação da causa prevalece sobre o juízo do tribunal do lugar para onde ela foi deslocada ou está retida ilícitamente. Adicionalmente, temos de concordar que este é, sobretudo, um procedimento de cooperação entre autoridades judiciárias de Estados-Membros diferentes⁴⁸ que, porém, podem ter uma visão diferente sobre a decisão que melhor salvaguarda os interesses da criança, prevalecendo, neste caso, a posição do tribunal da residência habitual de origem da criança.

Os prazos curtos e o procedimento previsto no artigo 11.º do regulamento refletem o caráter urgente daquelas diligências e tendem a assegurar o regresso célere da criança ao Estado-Membro em que esta tinha a sua residência habitual antes da retenção ou da deslocação ilícita. Note-se, no entanto, que o procedimento previsto no artigo 11.º, n.º 6 e n.º 7 e a emissão da certidão prevista no n.º 8 da mesma norma apenas se aplicam quando está em causa uma decisão de retenção emitida com base no artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980 – e não abrange os fundamentos de não retorno previstos no artigo 12.º e 20.º da mesma convenção.⁴⁹

O artigo 20.º da Convenção de Haia estabelece que pode ser recusado o regresso da criança quando este «(...) não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais». É possível que, hipoteticamente, em certos casos, este fundamento previsto no artigo 20.º da Convenção de Haia seja usado para contornar o procedimento célere previsto no artigo 11.º, n.º 6 a n.º 8 do regulamento e a força executória imediata da decisão que é acompanhada pela certidão emitida nos termos do artigo 42.º. No entanto, parece-nos que este fundamento envolve situações excecionais de violação dos

⁴⁸ Como consideram B. Ancel/H. Muir Watt, “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *RCDIP*, 94 (4), 599.

⁴⁹ Neste sentido cfr. E Pataut, “Artigo 11”, 140-141; L. Walker/P. Beaumont, “Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *JPIL* (Vol. 7, 2011), 242.

princípios fundamentais do Estado requerido e, por isso, será de aplicação menos frequente.

6. A execução das decisões de regresso do menor ilicitamente deslocado ou retido noutro Estado-Membro

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 de 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).⁵⁰

Todavia, o regulamento Bruxelas II *bis* contém regras especiais para o reconhecimento de efeitos executivos a decisões em matéria de direito de visita (artigo 41.º) e a decisões que exigem o regresso da criança (artigo 42.º). Estas regras especiais de reconhecimento têm como escopo a execução célere daquelas decisões. 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. Mais uma vez, estamos perante uma solução que traduz o princípio da confiança entre as autoridades judiciárias dos vários Estados-Membros e o princípio do reconhecimento mútuo (princípios que são os alicerces da política de cooperação judiciária em matéria civil, como resulta do artigo 81.º do TFUE). Esta é também uma solução que, perante uma situação de deslocação ilícita da criança, pretende a resolução rápida do litígio, através do regresso imediato da criança, sem qualquer entrave ou possibilidade de recurso a expedientes dilatatórios.

⁵⁰ Sobre este sistema de reconhecimento de decisões previsto no regulamento Bruxelas II *bis*, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, “A Deslocação ou Retenção Ilícitas de Crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II *bis*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Vol. 6, n.º 1, 2014), 156-158.

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. De acordo com o artigo 42.º, n.º 2, terceiro parágrafo, esta certidão é emitida oficiosamente, utilizando o formulário presente no anexo IV do regulamento e é redigida na língua da decisão. O segundo parágrafo da mesma norma prevê que devem ser descritas na certidão, caso tenham sido objeto de decisão, as medidas tomadas pelo tribunal ou outra autoridade para garantir a proteção da criança após o seu regresso.

As decisões homologadas, segundo as condições descritas no Estado-Membro de origem, têm força executória em qualquer Estado-Membro, sem necessidade de outra formalidade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento. São executadas noutro Estado-Membro como se tivessem sido aí emitidas (artigo 42.º, n.º 1, 1.ª parte), concretizando-se, deste modo, o princípio da confiança que deve existir nos Estados-Membros nas decisões tomadas pelos tribunais dos outros Estados-Membros. Todavia, no caso *Rinau*, o TJUE afirmou que, perante uma deslocação ilícita de crianças, a certidão que consta do artigo 42.º «(...) não pode ser emitida se não tiver previamente sido proferida uma decisão de retenção (...)»,⁵¹ devendo este procedimento ser aplicado apenas nas situações em que há uma decisão de regresso subsequente a uma decisão de retenção da criança».⁵²

A certidão emitida nunca pode ser objeto de recurso mesmo no Estado-Membro de origem⁵³ (artigo 43.º, n.º 2), nem de um pedido de não reconhecimento como foi decidido no caso *Rinau*.⁵⁴ Pode, todavia, ser objeto de retificação em caso de erro

⁵¹ Cfr. acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 59.

⁵² Cfr. acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 69.

⁵³ Como afirmado pelo TJUE no acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU, considerando 50.

⁵⁴ Cfr. acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 109 e, posteriormente, acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU, considerando 50.

material «quando a decisão não reflita corretamente o conteúdo da decisão», como esclarece o considerando 24 do regulamento. 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.⁵⁵ Nestes termos, o tribunal do Estado-Membro de execução apenas pode concluir pela força executória da decisão que vem acompanhada da referida certidão, nunca podendo controlar as condições de emissão da certidão (previstas no artigo 42.º), nem se podendo opor ao reconhecimento ou força executória daquela decisão, restando-lhe apenas executá-la.

Esta foi a posição do TJUE no caso *Aguirre Zarraga*, tendo o tribunal considerado que esta interpretação resulta do facto de os motivos de não reconhecimento ou não declaração da força executória previstos no regulamento não se aplicarem a este tipo de decisões e que uma posição contrária poria em causa o efeito útil do sistema adotado no regulamento, que visa o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual de origem.⁵⁶ Também resulta do caso *Rinau* que o regresso do menor não pode ficar sujeito ao esgotamento dos meios de recurso do Estado-Membro onde se pretende a execução da decisão, sob pena de se poder contornar abusivamente desta forma o procedimento de regresso rápido previsto no regulamento.⁵⁷ Assim sendo, decidiu o TJUE que «(...) as questões relativas à legalidade da decisão que ordena esse regresso enquanto tal, nomeadamente a questão de saber se estavam reunidas as condições exigíveis para

⁵⁵ Cfr. acórdão *Doris Povse*, de 1 de julho de 2010, proc. C-211/10 PPU, considerando 81 e 83.

⁵⁶ Cfr. acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU, considerando 54 a 57. Esta decisão foi recebida por alguma doutrina de forma muito crítica, pois o tribunal do Estado-Membro de execução considerava que deveria existir uma exceção ao sistema de execução célere do artigo 42.º quando está em causa a violação de um direito fundamental, no caso o direito de audição da criança, devendo este tribunal dispor de um poder de controlo daquela decisão, o que foi negado pelo TJUE. Sobre esta questão cfr. C. Honorati, “Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali”, *RDIPP* (1, 2013), 33-38, acentuando a tensão que existe o princípio do reconhecimento mútuo que está na base do regulamento e a garantia do respeito dos direitos fundamentais no Estado do foro; M. Marchegiani, “Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della corte europea dei diritti dell’uomo”, *RDIPP* (4, 2011), 1009-1010; L. Walker/P. Beaumont, “Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention”, 245-246.

⁵⁷ Cfr. acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 81 e 89.

permitir ao tribunal competente essa decisão, devem ser suscitadas no Estado-Membro de origem, em conformidade com as regras da sua ordem jurídica».⁵⁸

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). O TJUE esclareceu que só pode existir um conflito entre uma decisão homologada e uma decisão executória posterior «(...) em relação às eventuais decisões proferidas posteriormente pelos tribunais competentes do Estado-Membro de origem (...)»,⁵⁹ não apenas nas situações em que a decisão é anulada ou reformada em resultado de ação judicial promovida no Estado-Membro de origem, mas também quando «(...) o tribunal competente revoga a sua própria decisão quando o interesse da criança assim o exige, e profere uma nova decisão executória, sem revogar expressamente a primeira, a qual, por conseguinte, caduca».⁶⁰

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 42.º.⁶¹ O alcance desta interpretação parece-nos importante por uma questão de celeridade e economia processual, uma vez que em caso de deslocação da criança para outro Estado-Membro não é necessário novo processo para pedir o regresso da criança, mas apenas a execução da decisão de retorno do tribunal de origem.⁶²

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). Esta tradução deve ser autenticada por pessoa

⁵⁸ Cfr. acórdão *Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU, considerando 51; acórdão *Rinau*, de 11 de julho de 2008, proc. C-195/08 PPU, considerando 79.

⁵⁹ Cfr. acórdão *Doris Povse*, de 1 de julho de 2010, proc. C-211/10 PPU, considerando 76.

⁶⁰ Cfr. acórdão *Doris Povse*, de 1 de julho de 2010, proc. C-211/10 PPU, considerando 77.

⁶¹ Cfr. *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, 44.

⁶² Neste sentido, *idem, ibidem*.

habilitada e feita para uma das línguas oficiais do Estado de execução ou para uma das línguas que ele tenha declarado aceitar (artigo 45.º, n.º 2, último parágrafo).⁶³

Além do procedimento descrito, o titular da responsabilidade parental pode requerer o reconhecimento nos termos gerais previsto no artigo 28.º e seguintes. Todas as outras decisões não proferidas ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, ainda que decretem o regresso da criança, também seguem o sistema de reconhecimento previsto no artigo 28.º e seguintes.

⁶³ Portugal aceita o português e o inglês.