

JURISPRUDÊNCIA SOBRE RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

MARIA DOS PRAZERES BELEZA

Resumo: A análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação revela uma interpretação relativamente constante das regras substantivas e processuais aplicáveis aos processos relativos a deslocações ou retenções ilícitas de crianças, para um Estado diferente daquele onde se encontra a sua residência habitual. Salientam-se as implicações da sua inclusão na jurisdição voluntária e, utilizando como referência o processo previsto no artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, em articulação com a Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia em 25 de Outubro de 1980, procuram identificar-se soluções que visem executar o objectivo de combater o recurso ou *rapto* como forma de criar uma situação de facto contrária ao regime do exercício das responsabilidades parentais vigente, em defesa do superior interesse da criança.

Palavras-chave: Rapto internacional de crianças; deslocação ou retenção ilícita de crianças; processos tutelares cíveis; jurisdição voluntária; interesse superior da criança; exercício das responsabilidades parentais; direito de guarda; competência internacional; residência habitual da criança; dever de audição da criança; decisão de regresso criança deslocada ou retida; causa de recusa.

1. O breve estudo que se segue é o resultado da análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação sobre questões recorrentes que surgem em processos, instaurados nos tribunais portugueses, nos quais se invocam deslocações ou retenções ilícitas de crianças entre Estados diferentes, em violação do regime de guarda aplicável — neste sentido, vítimas de *rapto internacional*.

O *rapto* é por vezes a questão central tratada, por estarem em causa pedidos de regresso a outros Estados, formulados por quem invoca a titularidade do poder/dever de guarda da criança, que lhe advém de decisão judicial, de acordo eficaz ou da lei aplicável, consoante os casos.

Outras vezes, o *rapto* é alegado como justificativo de um pedido de regulação ou de alteração do regime vigente para o exercício das responsabilidades parentais, formulado em reacção a uma deslocação ou retenção para outro Estado; ou surge invocado por via de oposição àquele pedido de regulação, quando este foi formulado pelo progenitor que se deslocou com a criança.

Nestas situações, determinar se houve ou não *rapto* pode desde logo condicionar a *competência internacional* dos tribunais portugueses para apreciar o pedido de regulação ou alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais, competência essa que se encontra disciplinada em instrumentos internacionais, convencionais ou não, aprovados com o objectivo de permitir o regresso expedito de crianças ilicitamente deslocadas ou retidas para Estado diferente e, indirectamente, de dissuadir o recurso ao *rapto* para criar uma situação de facto contrária ao regime de guarda da criança e favorável ao seu autor.

Em qualquer dos casos, a apreciação dos correspondentes processos nos tribunais portugueses realiza-se segundo regras específicas, em parte resultantes desses instrumentos internacionais, mas sempre de acordo com os princípios específicos da *jurisdição voluntária*, como é próprio de processos organicamente jurisdicionais mas nos quais se pretende que o tribunal prossiga activamente o interesse da criança a que dizem respeito.

É justamente por este aspecto que se começará a análise da jurisprudência sobre questões processuais e substantivas relativas ao rapto internacional de crianças.

2. Os processos que foram sendo referidos — destinados a exigir o regresso da criança, com fundamento em deslocação ou retenção ilícita, ou a regular o exercício das responsabilidades parentais — são expressamente incluídos pela lei portuguesa no âmbito da jurisdição voluntária (artigo 150.º da Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro), o que provoca a aplicação de regras e princípios específicos, significativamente distintos das regras e princípios da jurisdição contenciosa, constantes dos actuais artigos 986.º e segs. do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho¹, como repetida e uniformemente tem sido observado pela jurisprudência relativa aos processos tutelares cíveis em geral².

Como se recordou, por exemplo, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2008, proc. 08B1203 (www.dgsi.pt), ao escolher os

¹ Correspondentes aos artigos 1409.º e segs. do Código de Processo Civil anterior.

² O mesmo se diga quanto aos processos judiciais previstos da Lei de Promoção e Protecção das Crianças e Jovens em perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro. Assim, e sem prejuízo de se ter especialmente em conta a jurisprudência que especificamente versa sobre situações de *rapto*, citam-se decisões proferidas em ações de regulação das responsabilidades parentais ou em processos de promoção e proteção quanto às implicações gerais da qualificação como processos de jurisdição voluntária. Cfr, a título de exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 2008 (www.dgsi.pt, proc. n.º 07B4681), de 27 de Maio de 2008 (www.dgsi.pt, proc. n.º 08B1203), de 24 de Junho de 2010 (www.dgsi.pt, proc. 622/07.9TMBRG.G1.S1 (pedido de regresso de menor a outro Estado, com fundamento em *rapto*), do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 450/11.7TBTNV-A.C1 ou do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2011 (www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-B.P1).

processos que incluiu na jurisdição voluntária³, o legislador seleccionou interesses em si mesmos de natureza privada, mas relativamente aos quais é de interesse público que sejam prosseguidos por entidades dotadas das características e das garantias que oferecem os tribunais. Por esta via, incumbiu-os da respectiva defesa, seja definindo directamente as medidas adequadas, seja integrando actos dos particulares, mediante autorizações, homologações ou suprimentos de consentimento, seja verificando a regularidade de actos privados.

Significa isto que na jurisdição voluntária não se espera do tribunal que resolva imparcialmente e segundo o direito pré-existente conflitos de interesses, colocados em pé de igualdade; pretende-se, diferentemente, que controle o modo concreto de prossecução do interesse colocado a seu cargo — neste sentido, *parcialmente* —, subordinando os demais interesses envolvidos à defesa daquele que lhe cabe tutelar. No caso dos processos relativos ao exercício das responsabilidades parentais, como se sabe, é o superior interesse da criança que norteia e fundamenta a intervenção do tribunal, como entre nós expressamente se afirma nos artigos 180.º e 147.º-A da OTM, enquanto remete para os princípios constantes do artigo 4.º da Lei de Promoção e Protecção das Crianças e Jovens em Perigo. Esta prevalência não implica de forma alguma a desconsideração dos interesses dos progenitores; mas significa a respectiva subordinação ao interesse da criança e a indisponibilidade dos direitos e deveres de que são titulares, que o tribunal deve ter em conta quando regula directamente ou homologa regimes de exercício das responsabilidades parentais, ou quando decide questões relacionadas com esse exercício — como é o caso das que ao *rapto* se referem.

É esse objectivo que explica o afastamento de regras e princípios gerais do Processo Civil, em geral desenhados para a discussão de direitos disponíveis entre partes portadoras de interesses igualmente relevantes para o tribunal.

3. Assim, no domínio da jurisdição voluntária, e como resulta do confronto entre os artigos 986.º do Código de Processo Civil e as regras gerais, encontramos as seguintes especialidades:

Em primeiro lugar, o tribunal não está dependente dos factos directa ou indirectamente alegados pelas partes, seja qual for a função que os mesmos desempenhem no processo; tem ampla iniciativa probatória e só admite as provas que entender necessárias (n.º 2 do artigo 986.º do Código de Processo Civil).

³ Recorde-se que, por razões de certeza e segurança na delimitação do âmbito em que são aplicáveis os princípios próprios da jurisdição voluntária, a lei portuguesa optou por uma delimitação formal dos correspondentes processos, incluídos nos processos especiais e portanto sujeitos à regra do n.º 2 artigo 546.º do Código de Processo Civil.

Trate-se de factos integrantes da causa de pedir ou das excepções, de factos complementares ou concretizadores desses factos essenciais, ou de factos instrumentais ou indiciários, para seguir a distinção hoje constante do artigo 5.º do Código de Processo Civil para a generalidade dos processos, na jurisdição voluntária os poderes de cognição do tribunal não dependem do cumprimento de nenhum ónus de alegação, como sucede na jurisdição contenciosa, pelo menos, quanto aos primeiros⁴. O tribunal pode conhecê-los oficiosamente, investigando-os por sua iniciativa, ou em consequência de alegação pelos interessados.

Cumpre todavia saber se existe algum limite temporal para a alegação ou para a investigação oficiosa, como é que ambas se articulam com esse eventual limite e com o princípio da actualidade afirmado no artigo 4.º da Lei de Promoção e Protecção e aplicável nos processos tutelares cíveis (artigo 147.º-A da OTM), e se, ou como se aplicam à jurisdição voluntária as regras em geral vigentes para os recursos, quanto à possibilidade de consideração de factos não conhecidos em 1.ª instância, supervenientes ou não, ou quanto aos poderes dos tribunais de recurso relativamente à decisão sobre a matéria de facto.

A jurisprudência tem afirmado uniformemente a liberdade de investigação de factos por parte do tribunal, por referência ao n.º 2 do artigo 1409.º do Código de Processo Civil anterior ao Código de Processo Civil de 2013 (correspondente ao actual artigo 986.º, n.º 2), quer para a jurisdição voluntária em geral, quer especificamente em matéria de responsabilidades parentais e de *raptos*.

Significa este poder do tribunal que não têm aplicação, em 1.ª Instância, as limitações decorrentes da preclusão da alegação de factos, ou da necessidade de demonstração de superveniência (cfr. artigo 611.º do Código de Processo Civil); mas não legitima desvios não previstos quanto às regras vigentes no âmbito dos recursos, em particular quanto à alegação de factos não conhecidos em 1.ª instância⁵, ou quanto às condições de alteração da

⁴ Não vem ao caso desenvolver a relevância que tem a distinção destes diversos factos na jurisdição contenciosa, nomeadamente para o efeito de saber se estão ou não dependentes de alegação das partes para que o tribunal os possa considerar. Além do mais, suponho que uma exposição completa sobre a questão implicaria um desenvolvimento desadequado ao objecto do presente estudo, nomeadamente por implicar uma articulação nem sempre evidente com as regras definidas para a preclusão e para a superveniência, para o convite para completar ou corrigir os articulados, para o conhecimento de factos que surgem por via da instrução da causa ou para os poderes dos tribunais de recurso em matéria de facto, em articulação com o caso julgado e a oposição à execução, para apenas referir os pontos mais evidentes.

⁵ Quando se discute a admissibilidade de junção de meios de prova no tribunal de recurso, coloca-se previamente a questão de saber se, simultaneamente, estão ou não a ser alegados nessa instância factos não alegados anteriormente. Como se sabe, as regras são diversas, quanto à admissibilidade de alegação de factos e quanto à junção de meios de prova. Suponho, aliás, que, ao permitir que possam ser produzidas provas novas no recurso de apelação (cfr. artigo 662.º, n.º e, b), do Código de Processo Civil), o legislador talvez pudesse ter aberto a porta à alegação de factos supervenientes ao encerramento da discussão em primeira instância, o que hoje me não parece possível, em virtude da conjugação entre os artigos 611.º, n.º 1 e 729.º, g) do Código de Processo Civil.

decisão da matéria de facto, como se observa no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 1735/06. OTMPRT.S1. Do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2011 (www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-B.P1), todavia, resulta o entendimento (não aplicado, no caso) de que o poder de cognição do tribunal de recurso não se restringe à “*delimitação dada pelo respectivo objecto da apelação*”, uma vez que “*nas questões a decidir tem o tribunal um amplo poder de conhecimento oficioso em razão da natureza do processo (jurisdição voluntária)*” (ponto II do acórdão; tratava-se de um *incidente de incumprimento do regime das responsabilidades parentais*).

O princípio da actualidade e a adequação à evolução da situação de facto cumprem-se por outra forma: em 1.º instância, pela inexistência de preclusão na alegação de factos e pela possibilidade de proferir decisões cautelares ou provisórias, ou ainda de alterar medidas já decretadas (artigo 157.º da OTM); após essa decisão, pelo pedido da respectiva alteração, nos moldes previstos no n.º 2 do artigo 988.º, n.º 1, do Código de Processo Civil e dos artigos 157.º, 182.º e 183.º da OTM (alterações do regime das responsabilidades parentais). Cfr., nomeadamente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2009, acabado de citar.

No que respeita à definição dos meios de prova admissíveis, também na jurisdição contenciosa se concedem ao tribunal poderes de iniciativa e de controlo dos meios de prova (cfr. em especial o artigo 411.º e, quanto à impugnação das decisões correspondentes, o disposto no n.º 2 do artigo 630.º do Código de Processo Civil, que, todavia, consagra um regime diferente da regra constante do artigo 147.º-A da OTM, próxima do n.º 1 do mesmo preceito).

Ainda assim, há uma significativa diferença de grau de intervenção, que explica, por exemplo, que no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 6 de Maio de 2010 (www.dgsi.pt, proc. n.º 503-D/1996.G1.S1), se tenha decidido não caber ao Supremo Tribunal apreciar uma decisão de não realização de diligências probatórias requeridas, por se considerarem injustificadas. Citam-se ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2009 (www.dgsi.pt, proc. n.º 1735/06.OTMPRT.S1), que observou que uma alegação de violação do princípio inquisitório, por discordância sobre a forma como o tribunal exerceu os poderes de investigação previstos no artigo 1409.º, n.º 2, do Código de Processo Civil então vigente, no contexto de um pedido de regresso a outro Estado de uma criança ilicitamente retida em Portugal, não pode ser enquadrada no âmbito das nulidades processuais por omissão da prática de actos devidos; o mesmo entendeu o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.7T2OBR-A.C1, quanto à dispensa de diligências probatórias requeridas, salientando o poder de decisão atribuído ao juiz e a natureza urgente do processo no qual se pediu o regresso de menor, com fundamento em *rapto*, e ainda que o deferimento do requerimento “*tinha como necessária consequência impedir a resposta célere ao pedido de entrega (...) solicitado por um Estado Membro*”

da União Europeia (elaboração de um relatório social e audição de 14 testemunhas, sendo uma “*por carta rogatória*”). No mesmo sentido de que o tribunal não deve determinar diligências instrutórias que se afiguram desnecessárias, e que apenas serviriam para protelar processos que são urgentes, pronuncia-se também o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2012 (www.dgsi.pt, proc. n.º 773/08.2TBLNH.L-7).

4. Em segundo lugar, e nos termos hoje constantes do artigo 987.º do Código de Processo Civil (anterior artigo 1410.º), no âmbito da jurisdição voluntária o tribunal pode decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade, e não de equidade ou de legalidade estrita (cfr. artigo 4.º do Código Civil e artigo 607.º, n.º 3, do Código de Processo Civil). Com maior precisão se dirá que, como esclarece o artigo 987.º do Código de Processo Civil, nas providências a tomar o tribunal pode optar por aquelas que melhor prossigam o interesse posto a seu cargo, por serem as mais adequadas à situação concreta⁶, sendo-lhe permitido afastar a legalidade estrita.

Tomando como exemplo o caso do *rapto*, na escolha entre determinar ou não o regresso da criança, ponderando a probabilidade ou a consistência do *risco grave* a que pode ficar sujeita se o regresso for determinado, nos termos da al. b) do artigo 13.º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de Outubro de 1980, aprovada pelo Decreto n.º 33/83, de 11 de Maio (Convenção de Haia de 1980), o tribunal deverá decidir de acordo com o que for mais conveniente ao caso concreto; e o mesmo se diga quanto ao juízo de *adequação* das medidas aprovadas para proteger o menor quando regresse ao Estado de origem, para, sendo caso disso, obrigar ao regresso, apesar da decisão de retenção [n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003]. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2003, www.dgsi.pt, proc. n.º 03B2507, o Supremo Tribunal de Justiça observou que a Relação se tinha limitado a considerar preenchida a hipótese de “*risco grave de [a menor] ficar, no seu regresso, sujeita a riscos de ordem física ou psíquica*”, em aplicação estrita da lei e, por isso, apreciou o recurso interposto contra a decisão de retenção; mas no acórdão de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 1735/06.OTMPRT.S1, negou competência ao mesmo Supremo Tribunal de Justiça para apreciar uma decisão de retenção da criança “*com fundamento na maior adequação à protecção dos interesses da menor (n.º 2 do artigo 1411.º do Código de Processo Civil)*”.

A restrição às *providências* a determinar significa desde logo que nem todas as decisões tomadas em processos de jurisdição voluntária podem ser

⁶ Assim, por exemplo, quanto à definição do progenitor que fica com a guarda do menor ou à fixação do regime de visitas pelo progenitor que não reside com a criança Cfr. a indicação dos diversos factores a ponderar para o efeito, em ordem a decidir de acordo com o superior interesse do menor, constante do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-B.P1.

proferidas em aplicação de critérios de conveniência e oportunidade. Para além dos casos em que esses critérios são afastados (cfr., por exemplo, a obrigatoriedade de decretar o regresso da criança, em caso de *rapto*, se o contraditório não tiver sido cumprido quanto ao requerente [n.º 3 do artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003], estão em princípio excluídas do âmbito da discricionariedade as decisões sobre pressupostos, processuais ou substantivos, do poder de escolha da medida a adoptar, ou sobre a idoneidade da via processual escolhida⁷, bem como as decisões sobre a tramitação ou sobre as formalidades dos actos a praticar no processo.

Começando por esta última afirmação, veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-B.P1, que julgou que um incidente de incumprimento do regime das responsabilidades parentais não era o meio processual adequado, nem para “*efectivar o cumprimento das visitas*”, pedindo a condenação da progenitora no pagamento de multa e indemnização, ao abrigo do disposto no artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores, nem para obter o regresso a Portugal da criança ilicitamente deslocada para outro Estado, por violação do seu direito de visitas:

No que em especial respeita ao processo expedito para pedir o regresso de uma criança, com fundamento em *rapto*, disciplinado no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e na Convenção de Haia de 1980, a jurisprudência tem uniforme e repetidamente observado que se destina *apenas* a obter esse regresso, uma vez apurada a ilicitude da deslocação ou da retenção, e não a discutir o regime de exercício das responsabilidades parentais. Assim se decidiu, por exemplo, nos acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2003 (www.dgsi.pt, proc. n.º 03B2507), frisando que a definição desse processamento simplificado e urgente era uma das vias encontradas para “*contrariar o uso de meios de auto-tutela*” (para resolver divergências relacionadas com aquele exercício).

Merece especial referência a relevância da adequação ao caso concreto e ao superior interesse da criança das decisões sobre competência do tribunal para conhecer das questões relativas às responsabilidades parentais, quer no preenchimento do conceito de *residência habitual* da criança (artigo 8.º do Regulamento), quer na possibilidade de deslocação da competência para tribunal diverso do que seria competente nos termos do Regulamento, a seu pedido, para outro tribunal, “*mais bem colocado para conhecer do processo ou de alguns dos seus aspectos específicos*” (artigo 15.º do Regulamento).

Segundo decidiu em 2 de Abril de 2009 o Tribunal de Justiça da União Europeia, no pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribu-

⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 2008, www.dgsi.pt, proc. n.º 07B4681, no qual se distingue entre a decisão de considerar verificados “os requisitos legalmente exigidos para que possa ser decretada a medida de confiança a instituição com vista a futura adopção” e a ponderação sobre “a conveniência ou oportunidade” da escolha dessa medida.

nal Administrativo da Finlândia, o Korkein hallinto-oikeus, no Processo C-523/07⁸, deve adoptar-se um conceito autónomo de residência habitual, de acordo com o contexto e os fins do Regulamento, distinto do conceito de domicílio do direito interno. Tendo em conta que foi a proximidade aos interesses da criança, em ordem à prossecução do seu superior interesse⁹, que se teve em vista com a definição da competência regra para as questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais, no citado artigo 8.º do Regulamento, tem-se entendido que deve ser considerado residência habitual da criança o *centro efectivo da sua vida*, encontrado de acordo com os elementos disponíveis no momento da entrada do processo em tribunal, por ser esse que releva para a fixação da competência.

Para determinar onde se situa esse centro, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se no sentido de que “*o conceito de «residência habitual», na acepção do artigo 8.º, n.º 1, do regulamento, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar. Para esse fim, devem ser tidas em consideração, nomeadamente, a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território de um Estado-Membro e da mudança da família para esse Estado, a nacionalidade do menor, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que o menor tiver no referido Estado. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional determinar a residência habitual do menor tendo em conta o conjunto das circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto*

Este mesmo conceito de residência habitual foi seguido pelo Tribunal de Justiça no processo C-497/10 PPU, Barbara Mercredi / Richard Chaffe¹⁰ e tem vindo a ser aplicado entre nós — cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2009, proc. n.º 08B2777, do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Julho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1327/12.4TBCSC. L1-2, do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Abril de 2013, www.dgsi.pt, proc. 1211/08.6TBAND-A.C1, do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de Outubro de 2013, www.dgsi.pt, proc. 1536/12.6T2AMD.L1-7, do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido em 10 de Outubro de 2013 no mesmo processo, ou do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de Maio de 2013, www.dgsi.pt, proc. n.º 257/10.9TBCBT-D.G1, dando relevo à “*maior facilidade em reunir os elementos necessários à defesa dos interesses da criança*”.

5. É todavia certo que o princípio da legalidade das formas processuais (quer quanto à forma de processo a seguir, quer quanto aos actos concretamente a praticar em cada processo), já sofria limitações no âmbito dos pro-

⁸ Disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁹ Cfr. considerando 12 do Regulamento.

¹⁰ JOUE, C 55/17, 19.2.2011.

cessos tutelares cíveis (cfr. o artigo 157.º da OTM, quanto à admissibilidade de medidas provisórias e cautelares julgadas *convenientes*, ou o seu o artigo 210.º, que permite a determinação das “*diligências que [o tribunal] reputa necessárias antes de proferir a decisão*”, na acção tutelar comum), mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2013 ou até da reforma do Código de Processo Civil resultante do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, que consagrou o princípio da adequação formal, aditando ao Código o (então) artigo 265.º-A.

Mas é igualmente certo que o Código de Processo Civil de 2013 veio dar um relevo substancialmente maior ao poder/dever do juiz de conformar o processamento e os actos que o integram, enfatizando o princípio da adequação formal (presente em vários preceitos específicos e, em geral, no artigo 547.º do Código de Processo Civil) e conjugando-o com o dever de gestão processual (artigo 6.º), que implica a adopção de mecanismos de simplificação e agilização do processo. Ambos os princípios são aplicáveis à jurisdição voluntária, naturalmente, mas cedem perante regimes definidos por normas imperativas ou princípios gerais que caiba respeitar (nomeadamente, os princípios da igualdade ou do contraditório, cfr. citado n.º 2 do artigo 630.º do Código de Processo Civil).

A jurisprudência tem vindo a traçar a linha de fronteira entre a vinculação e a discricionariedade, na jurisprudência relativa a processos relacionados com o exercício das responsabilidades parentais, sobretudo a propósito da admissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, limitado à apreciação de questões de legalidade; disso se dará conta adiante, embora se recordem, desde já, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2003 e de 5 de Novembro de 2009, atrás citados.

Por último, merece especial referência o regime definido para a fixação dos efeitos dos recursos interpostos no âmbito dos processos tutelares cíveis¹¹. Pese embora se conceder ao juiz o poder geral de fixação dos efeitos do recurso (artigo 159.º da OTM), nos processos de regulação das responsabilidades parentais ou relativos a questões respeitantes a esse exercício os recurso têm sempre “*efeito meramente devolutivo*” (artigo 185.º da OTM), por ser especialmente desaconselhado “*o protelamento de situações de facto conflituantes com decisões judiciais*”, como se escreveu no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 1735/06.OTMPRT.S1, que, ta como o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1534/11.7TMLSB-A-L1-7, julgou aplicável esta regra aos processos destinados a obter o regresso

¹¹ Não há nenhuma regra específica para o efeito dos recursos interpostos nos processos de jurisdição voluntária, globalmente considerados. Por princípio, vale a regra geral, que hoje, mesmo para a apelação, é a do efeito meramente devolutivo (cfr. artigos 647.º e 676.º do Código de Processo Civil)

de uma criança, em caso de *rapto* internacional. Exclui-se assim qualquer discricionariedade na definição dos efeitos do recurso.

6. Diz-se, em terceiro lugar, que na jurisdição voluntária vale a regra da modificabilidade das resoluções, em adaptação à evolução da situação de facto, ou à consideração de factos “que não tenham sido alegados por ignorância ou outro motivo ponderoso” — n.º 1 do actual artigo 988.º do Código de Processo Civil, correspondente ao anterior artigo 1411.º, n.º 2.

Significa isto que tais decisões não adquirem a imutabilidade de caso julgado própria da generalidade das decisões judiciais, ainda que tenham sido objecto de recurso ou que o recurso não tenha sido interposto, por inadmissibilidade ou por esgotamento do prazo respectivo (artigos 619.º e 628.º do Código de Processo Civil).

Trata-se, como se sabe, de uma regra que permite a adequação das medidas determinadas à situação verificada em cada momento e que é uma das vias de execução do princípio da actualidade nos processos tutelares cíveis, a que atrás se fez atrás referência; e que possibilita, por exemplo, os frequentes pedidos de alteração das decisões de regulação do exercício das responsabilidades parentais — nomeadamente, relacionados com deslocações de crianças, lícitas ou ilícitas, para outros Estados.

7. Finalmente, e em quarto lugar, vigora na jurisdição voluntária, desde 1 de Janeiro de 1997, a regra de que não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça “das resoluções proferidas segundo critérios de conveniência e oportunidade” (n.º 2 do artigo 988.º do Código de Processo Civil, correspondente ao anterior n.º 2 do artigo 1411.º) ¹².

¹² Faz-se a história deste preceito no já citado acórdão de 27 de Maio de 2008, que aqui se reproduz com o objectivo de demonstrar a alteração verificada nas condições de admissibilidade do recurso de revista, no âmbito da jurisdição voluntária: a “redacção do n.º 2 do artigo 1411.º do Código de Processo Civil (...), resulta da alteração nele introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997 e só se aplica a processos instaurados após esta data (...) (cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 329-A/95, na redacção resultante do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro); e visou alterar o regime resultante da anterior versão do mesmo n.º 2 com o sentido que lhe fora fixado pelo assento de 6 de Abril de 1965 (Diário do Governo, I Série, de 28 de Abril de 1965 e Boletim do Ministério da Justiça n.º 146, pág. 325 e segs., constando o Parecer do Ministério Público que o precedeu de fls. 316 e segs. do mesmo Boletim). Com efeito, da leitura conjunta do preceito do (anterior) n.º 2 do artigo 1411.º do Código de Processo Civil, segundo o qual “das resoluções não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça”, e do assento de 6 de Abril de 1965, cujo texto era “Nos processos de jurisdição voluntária em que se faça a interpretação e aplicação de preceitos legais em relação a determinadas questões de direito, as respectivas decisões são recorribéis para o Tribunal Pleno, nos termos do artigo 764.º do Código de Processo Civil”, resultava que o Supremo Tribunal de Justiça, de entre as interpretações divergentes então defendidas para o n.º 2 do artigo 1411.º do mesmo Código, optou pela que entendia que, para efeito de saber qual o âmbito da irrecorribilidade ali prevista, não havia que distinguir entre “decisões” — tomadas segundo a lei estrita — e “resoluções” — adoptadas, de acordo com o artigo 1410.º, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Em caso algum, portanto, cabia revista ou agravo em

Este regime obriga, caso a caso, a determinar se as decisões impugnadas, ou que se pretende impugnar perante o Supremo Tribunal de Justiça, traduzem o resultado de interpretação da lei estrita, ou da integração de lacunas ou, diferentemente, se foram tomadas de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, nos termos admitidos pelo artigo 987.º do Código de Processo Civil, como repetida e uniformemente tem procedido o Supremo Tribunal de Justiça, ao apreciar recursos interpostos em processos de jurisdição voluntária. Citam-se, a este propósito, acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça em processos nos quais se analisaram alegações de *rapto internacional de crianças*¹³: o acórdão de 9 de Outubro de 2003, www.dgsi.pt, proc. n.º 03B2507, que apreciou e confirmou os fundamentos usados no acórdão recorrido para julgar preenchida a previsão da al. b) do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980, para recusar o regresso ao Estado onde a criança se encontrava antes de ter sido ilicitamente deslocada, por ficar sujeita a riscos físicos ou psíquicos; o acórdão de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. 1735/06.OTMPRT.S1, no qual o Supremo Tribunal de Justiça afirmou estar fora do âmbito da revista a apreciação da adequação ou inadequação ao caso de uma decisão de recusa ou de entrega de uma criança, em caso de rapto internacional, ou o de 24 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 622/07.9TMBRG.G1.S1, no qual entendeu não poder controlar a adequação, ao caso, de uma decisão de retenção de uma criança.

8. Concluída esta averiguação sobre o significado da inserção no âmbito da jurisdição voluntária, passa-se à análise da jurisprudência sobre outros

2.ª instância; os processos terminariam, normalmente, na Relação, como já Alberto dos Reis explicava (cfr. *Processos Especiais*, vol. II, reimpr., Coimbra, 1982, págs. 491-492). O passo que o assento de 6 de Abril de 1965 veio dar, e que só com esta interpretação é compatível, foi o de concluir que, se nestes processos, a razão da impossibilidade de revisão ou de agravo em 2.ª Instância era totalmente estranha à relação entre o valor da causa e a alcada do tribunal, estava então preenchida uma das condições em que (na altura) o artigo 764.º do Código de Processo Civil permitia o recurso de decisões das Relações, per saltum, para o Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com fundamento em contradição com jurisprudência “dessa ou de diferente relação”.

Claro que esta hipótese só se poderia colocar relativamente a decisões proferidas em aplicação de lei estrita; em caso algum faria sentido pretender que o Pleno do Supremo Tribunal de Justiça uniformizasse jurisprudência “sobre a mesma questão fundamental de direito”, proferindo assento, se a decisão recorrida se baseasse em critérios de conveniência e oportunidade, procurando definir a medida que melhor se ajustasse ao caso concreto em função das suas características próprias e do interesse também concretamente a prosseguir. Assim se explica a formulação do assento.

Ao alterar o n.º 2 do artigo 1411.º no sentido já referido, o legislador veio acolher a posição sustentada por Lopes Cardoso no voto de vencido aposto ao acórdão que aprovou o assento, trazendo assim para o regime geral da recorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça as decisões proferidas segundo critérios de legalidade nos processos de jurisdição voluntária, das quais passou a caber ou não recurso (...) em função da alcada e, a partir de 1 de Outubro de 1985 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho), também da sucumbência (artigo 678.º, n.º 1).”

¹³ Nesses acórdãos indicam-se várias outras decisões proferidas, ou em processos tutelares civis, ou em processos de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo.

pontos relevantes em matéria de *rapto* internacional de crianças: requisitos, processo específico destinado a obter o regresso da criança, decisão de regresso ou de retenção.

Sem prejuízo de indicação de outros instrumentos, utiliza-se como referência o processo previsto no artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003¹⁴, em articulação com a Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia em 25 de Outubro de 1980 (cfr. considerando 17 do Regulamento), com o objectivo de “*contrariar o uso de meios de auto-tutela em matéria do exercício do poder paternal*”, como se escreveu no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2003 (www.dgsi.pt, proc. n.º 03B2507), a propósito desta Convenção.

Trata-se de um processo expedito para obter o regresso de uma criança, com fundamento em deslocação ou retenção ilícita (*rapto*) para um Estado diferente daquele onde ela se encontrava imediatamente antes da deslocação ou retenção. Tem apenas como objectivo verificar aquela ilicitude e, em caso afirmativo, determinar o regresso imediato ao outro Estado, sem comportar a discussão ou alteração do regime do exercício das responsabilidades parentais e sem implicar a deslocação da competência para essa apreciação para os tribunais do Estado para onde a criança foi deslocada, como uniformemente tem sido observado nos tribunais portugueses.

A definição desse processamento simplificado e urgente foi uma das vias encontradas para “*contrariar o uso de meios de auto-tutela*” para resolver divergências relacionadas com o exercício das responsabilidades parentais, especialmente quanto à guarda da criança, dissuadindo os protagonistas de tentar criar situações de facto que lhes sejam favoráveis, numa discussão posterior sobre a guarda da criança — quer tentando deslocar a competência dos tribunais para o Estado onde se encontram, quer criando ligações da criança ao novo ambiente, de modo a que lhe seja prejudicial uma decisão de regresso ao Estado de onde foi deslocada.

Na verdade, uma das preocupações do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, em complemento da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, foi, precisamente, a de combater o *rapto* internacional de crianças,

¹⁴ Este regulamento, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, que é aplicável desde 1 de Março de 2005 aos Estados Membros, com excepção da Dinamarca, veio substituir o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000 (que por sua vez, sucedera à Convenção de Bruxelas de 28 de Maio de 1998, que nunca tinha chegado a entrar em vigor), no âmbito da transferência para o âmbito do direito comunitário da matéria relativa à cooperação judiciária, em consequência do Tratado de Amsterdão. Diferentemente do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, “*a fim de garantir igualdade de tratamento de todas as crianças, (...) abrange todas as decisões em matéria de responsabilidade parental, incluindo as de protecção da criança, independentemente da eventual conexão com um processo matrimonial*” (considerando 5) e prevalece sobre as convenções internacionais referidas nos artigos 60.º e 61.º.

que geralmente tem como protagonistas os respectivos progenitores, em divergência sobre o Estado de residência da criança ou, mais amplamente, sobre a respectiva guarda, e que se deslocam para Estado diferente com a criança sem o acordo do outro, ou que, após uma deslocação consensual, se recusam a regressar e pretendem mantê-la consigo.

Normalmente, a questão surge relativamente a progenitores que não vivem juntos com a criança, independentemente da situação concreta (nunca foram casados ou nunca viveram em união de facto, ou estão casados mas separados de facto, ou divorciados); mas por vezes acompanha a própria separação, da qual resulta que os progenitores decidem passar a residir em Estados diferentes; ou até decorre da morte de um dos progenitores, ou da impossibilidade temporária de um ou de ambos, e da intervenção de outros familiares, com os quais a criança permaneceu durante algum tempo.

O sistema encontrado pelo Regulamento pretende pois funcionar preventivamente, através de mecanismos de dissuasão de criação de situações de facto favoráveis ao autor do *rapto*, e repressivamente, pela simplificação do reconhecimento das decisões em matéria de exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente quanto à guarda da criança, e pelo carácter simplificado e expedito do processamento do pedido de regresso, como aprofundadamente se explica no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 773/08.2TBLNH.L1-7.

9. Como se disse já, os tribunais portugueses têm insistido, uniformemente, em que se trata de um processo definido com o objectivo do regresso rápido da criança ilicitamente deslocada ou retida em Estado diferente daquele no qual se encontrava anteriormente. Verificada a ilicitude, o regresso deve ser determinado, salvas as excepções expressamente previstas, sem que caiba discutir o regime de guarda da criança ou outras questões relacionadas com o exercício das responsabilidades parentais.

Assim se observou, por exemplo, nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 08B2777, cujo objecto principal não era, no entanto, a apreciação da alegação de *rapto*, e se decidiu nos acórdãos de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 1735/06. OTMPRT.S1, justificando a recusa do acórdão então recorrido de apreciar questões suscitadas em oposição a um pedido de regresso de uma criança ilicitamente retida em Portugal: “*não está em causa neste processo — nem poderia estar (artigo 16.º da Convenção) — nenhuma decisão sobre a guarda da menor. Trata-se de um processo expedito (...) tendente a garantir a eficácia de uma decisão judicial*” que determinou que a criança residiria com o requerente num outro Estado, no acórdão de 24 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 622/07.9TMBRG.G1.S1, no qual se disse que se trata de um processo destinado a fazer cumprir uma sentença que definiu o local de residência, não comportando o reconhecimento dessa sentença, a apreciação da competência internacional do tribunal que a proferiu ou “*as circunstâncias em que o processo correu*”, ou nos acórdãos do Tribunal da Relação de

Lisboa de 5 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 773/08.2TBLNH.L1-7 ou de 26 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1534/11.7TNLSB-A.L1-7, do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.7T"OBR-A.C1, ou de 14 de Janeiro de 2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 1288/07.1TBAMD-A.C1. Neste último, esclarece-se que uma decisão proferida num determinado Estado, no âmbito do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, “*não constitui decisão sobre a regulação das responsabilidades parentais*” relativamente a menores que foram considerados vítimas de “*deslocação ou retenção ilícita*” para esse mesmo Estado, não podendo pois ser invocada para fundamentar a alegação de caso julgado por uma decisão posterior sobre aquele exercício.

Fora do âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, a propósito de um pedido de regresso fundamentado apenas na Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, decidiu-se, por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Fevereiro de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 338/11.9TBCSC.L1-8, que se tratava de processo que não comportava “*tratar de questões relativas à guarda da menor*”, nem da relação com outro processo, relativo à “*regulação do exercício das responsabilidades parentais*”, mas tão somente a decisão de “*fazer regressar a menor ao país onde residia habitualmente e de onde foi ilicitamente transferida*”.

10. Para além desta restrição à averiguação da ilicitude da deslocação ou retenção, o artigo 11.º do Regulamento (CE) impõe a adopção de um processamento expedito, de modo a que o pedido esteja julgado “*no prazo de seis semanas a contar da apresentação*”, ressalvadas “*circunstâncias excepcionais que o impossibilitem*” (n.º 3). Nas palavras do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.Y2OBR-A.C1, o tribunal pode ter de justificar o atraso, se a tanto for solicitado.

Significa esta imposição, naturalmente ditada pela manifesta necessidade de rápida definição da situação da criança deslocada ou retida e da urgência de estabilidade na organização da sua vida, que os processos devem ser tramitados como urgentes ¹⁵, cabendo ao tribunal introduzir as necessárias adaptações na tramitação decorrente da conjugação das regras processuais da OTM e dos artigos 292.º a 295.º, do Código de Processo Civil (n.º 1 do artigo 986.º), de forma a que estejam decididos no prazo de seis semanas,

¹⁵ A qualificação de um processo como urgente tem várias implicações, como se sabe: os prazos não se suspendem durante as férias judiciais (artigo 138.º, n.º 1, do Código de Processo Civil), o mesmo sucedendo nos processos tutelares cíveis “*cuja demora possa causar prejuízo aos interesses do menor*” (artigo 160.º da OTM). São reduzidos os prazos para a prática de actos pelos magistrados e pela secretaria (artigos 156.º, n.º 3, e 162.º, n.º 1, do Código de Processo Civil; é de 15 dias (e não de 30) o prazo geral de interposição de recurso (n.º 1 do artigo 638.º do Código de Processo Civil).

por decisão susceptível de execução. A este propósito, observa-se que o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1534/11.7TMLSB-A-L1-7 invocou “*nomeadamente, a natureza e urgência do processo em causa*” (pedido de regresso de criança ilicitamente retida) e o efeito devolutivo do recurso para justificar a determinação de regresso imediato antes mesmo de a recorrente ter sido notificada e de ter transitado em julgado a decisão

Como se observou já e se recorda neste acórdão, os recursos que forem interpostos têm sempre efeito meramente devolutivo, o que permite sustentar que não relevam para o cômputo do de prazo de seis semanas.

A celeridade com que os pedidos de regresso têm de ser decididos é por vezes invocada como justificação adicional para a rejeição de meios de prova considerados dispensáveis ou injustificados (cfr. ponto 3). Não deverá todavia ser invocada como fundamento para, sendo caso disso, não se proceder a um pedido de apreciação prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente se houver dúvidas de interpretação de disposições do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 que careçam de ser aplicadas a um caso concreto¹⁶.

11. Por fim, merece especial referência a necessidade de audição da criança, salvo se “*tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade*” (n.º 2 do artigo 11.º). O Regulamento não define o que se entende por *criança*; todavia, a Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 aplica-se até aos 16 anos de idade (artigo 4.º), sendo defensável que esse mesmo limite deva valer para o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, tendo em conta a relação de complementaridade entre ambos os instrumentos. Pelo menos no que respeita ao pedido de regresso a que o processo do artigo 11.º do Regulamento respeita, deve ser esse o limite de idade admissível, por se dizer expressamente que se aplica a pedidos de regresso baseados na referida Convenção.

A audição da criança que tem discernimento e maturidade para se pronunciar sobre o pedido de regresso é um instrumento relevante de concretização do princípio do seu superior interesse e destina-se a permitir-lhe influenciar a decisão que vier a ser tomada., como se observa, por exemplo, nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Setembro de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 1169/08.1TBCSC-A, L1 ou de 17 de Novembro de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 3473/05.1TBSXL-D.L1. Figura entre os princípios enunciados no artigo 4.º da Lei de Promoção e Proteção das Crianças e Jovens

¹⁶ Cfr. Maria Rosa Oliveira Tching, “*Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça (terceira secção) de 11 de Julho de 2008, proferido no Processo C-195/08*” (Caso Inga Rinau), relativo justamente a um reenvio prejudicial formulado a propósito da apreciação de um pedido de não reconhecimento de uma decisão que determinou o regresso de uma criança retida ilicitamente num Estado membro., disponível em www.cedu.direito.uminho.pt.

em Perigo, sendo portanto aplicável aos processos tutelares cíveis, como é o caso.

O artigo 13.º da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 frisa mesmo que a oposição da criança, cuja idade e maturidade justifiquem a consideração das suas opiniões, pode fundamentar a decisão de recusa do pedido de regresso.

O princípio da audição da criança, segundo as suas capacidades de compreensão e discernimento, nos processos relativos a questões que, como tal, lhe dizem respeito, encontra-se aliás consagrado em diversos instrumentos internacionais vinculativos para o Estado português, dos quais se recordam a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas em 1989, e a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de Janeiro¹⁷.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 não regula o processamento a seguir e, portanto, também não disciplina a forma como se deve proceder à audição da criança; caberá ao tribunal decidir se, no caso concreto, deverá realizar a audição, conforme for ou não adequado às circunstâncias concretas da criança, motivo que o Supremo Tribunal de Justiça invocou no seu acórdão de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 1735/06.OTMPRT.S1 para não controlar a decisão de não audição, com fundamento em não ser adequada, no caso.

Caberá ainda ao tribunal definir o modo como se processa a audição (cfr. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Abril de 2014, www.dgsi.pt, proc. n.º 26/12.1TMMTS-A.P1), sempre com respeito pelas regras da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, que se encontra em vigor, e sendo caso disso, recorrendo à utilização dos meios previstos no Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.

12. Para que o pedido de regresso imediato possa ser procedente é desde logo necessário provar a deslocação ou retenção ilícita da criança, para ou num Estado diferente daquele no qual se encontrava imediatamente antes da deslocação ou da retenção.

Os tribunais portugueses foram por diversas vezes chamados a ajuizar sobre a verificação deste pressuposto, concretizando o que se deve entender, neste contexto, por ilicitude, por direito de guarda ou por residência habitual da criança¹⁸.

¹⁷ De acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 1.º da Convenção Europeia, Portugal indicou os processos relativos a questões de família a que a Convenção é aplicável. Entre eles, encontram-se os processos relacionados com a custódia de crianças.

¹⁸ Quanto ao conceito de residência habitual, cfr. ponto 4.

De acordo com o artigo 3.º da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, e com o artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, considera-se ilícita uma deslocação ou retenção que viole o regime vigente para o direito de guarda da criança, desde que este direito estivesse a ser efectivamente exercido, conjunta ou separadamente, no momento da deslocação ou da retenção, ou devesse estar a ser exercido, se não tivesse ocorrido nenhuma dessas vicissitudes (n.º 11, b) do citado artigo 2.º). Esclarecem ainda estes instrumentos que o direito de guarda a tutelar — de cujo conteúdo releva, em particular, “o direito de decidir sobre o (...) lugar de residência” da criança (n.º 10) — pode resultar da lei (“atribuição de pleno direito”), de decisão judicial ou de “acordo em vigor por força da legislação” do Estado “onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção” (n.º 11, a)). Interessa ainda reter que, para o efeito que agora interessa, para se considerar conjunta ou não a guarda, cumpre saber se é ou não necessário o consentimento de ambos os progenitores para “decidir sobre o local de residência da criança” (ponto 11., b), *in fine*).

É pois a protecção do *poder-dever de guarda ou custódia* da criança que está em causa — e não o regime de visitas eventualmente estabelecido para o progenitor que não resida com a criança, que efectivamente poderá ser igualmente infringido em resultado de deslocação ou retenção da criança por parte do progenitor guardião — cfr., nomeadamente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-B.P1.

13. Averiguar da ilicitude da deslocação ou retenção de uma criança, alegada como fundamento do pedido de regresso apresentado nos tribunais portugueses, reconduz-se normalmente a determinar se aquele que deslocou a criança para Portugal tinha o poder de, por si só, decidir sobre o respectivo local de residência, ou se a deslocação ou retenção foi ou não efectuada com o acordo ou com o consentimento do titular (ou co-titular) desse poder. (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.7T2OBR-A.C1).

Assim, entende-se uniformemente que existirá *rapto* se, tendo de ser decidido por ambos os progenitores o local de residência da criança, por assim resultar do regime de exercício das responsabilidades parentais aplicável, a deslocação ou retenção tiver resultado apenas da vontade de um deles, sem consentimento do outro — acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.7T2OBR-A.C1, acabado de citar, do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Fevereiro de 2012, www.dgsi.pt 3380/11.9TBCSC.L1-8 (no caso, segundo a Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980), ou da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1534/11.7TMLSB-A.L1-7. Deve, pois, considerar-se “questão de particular importância” para a vida da criança a determinação do Estado de residência e, em particular, “a mudança de residência quando é feita para país diferente daquele em que vive”, exigindo-se o acordo de ambos os progenitores, se esse acordo for necessário no regime que vigore

para o exercício das responsabilidades parentais (acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 786/09.7T2OBR-A.C1).

Não constituirá pois deslocação ilícita, no sentido do artigo 2.º, n.º 11, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, a deslocação da criança para outro Estado pelo progenitor titular único do direito de guarda, como se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Abril de 2013 e no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que se lhe seguiu, de 19 de Outubro de 2013, ambos disponíveis em www.dgsi.pt, como proc. n.º 1211/08.6TBAND-A.C1 e 1211/08.6TBAND-A.C1.S1. No caso, a questão da licitude da deslocação foi suscitada a propósito da averiguação da competência internacional dos tribunais portugueses, para conhecer de um pedido de alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais, sendo certo que a competência dependia de se poder considerar que se situava em Portugal a residência habitual da criança, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, e que a criança tinha sido levada de Portugal para outro Estado. A decisão foi no sentido da incompetência dos tribunais portugueses¹⁹.

Seria seguramente diferente a conclusão, se a deslocação tivesse sido considerada ilícita, à luz do Regulamento. Com efeito, em caso de deslocação ou retenção ilícitas, mantém-se a competência do tribunal da residência habitual da criança, nos termos e nas condições previstas no artigo 10.º respetivo, para julgar as questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais (cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Julho de 2007, www.dgsi.pt, proc. 18787/11.3T2SNT.J1-7).

¹⁹ Tal como no caso julgado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 28 de Setembro de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1, no qual a competência internacional foi apreciada num quadro legal diferente (Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei aplicável em Matéria de Protecção de Menores, concluída em Haia em 5 de Outubro de 1961 e artigo 65.º, n.º 1, b) do Código de Processo Civil anterior) e se chegou a diversa conclusão, estava em causa uma deslocação posterior à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro; mas o exercício das responsabilidades parentais tinha sido anteriormente regulado, atribuindo-o unicamente a um dos progenitores — àquele que se deslocou com a criança, por sua exclusiva decisão.

A licitude da deslocação foi assim analisada ponderando as alterações introduzidas no regime de exercício das responsabilidades parentais pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, e na sua eventual repercussão, quanto ao poder de decidir sobre o local de residência da criança. Entendeu-se então que a deslocação não era ilícita, do ponto de vista do poder de decidir o local da residência; mas que, tendo sido realizada após a entrada em vigor da nova lei — nos termos da qual, por regra, caberia um regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais, com necessidade de acordo de ambos para aquela decisão, por se tratar de questão de particular importância para a vida do filho, actual artigo 1906.º, n.º 1, do Código Civil —, implicou infracção do dever de informação do outro progenitor, dever considerado cumprido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Outubro de 2013. Já o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Abril de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 180/05.9TMMTS-8.P1, considerou a deslocação ilícita, não só por violação do dever de informação, mas também por não ter havido participação de ambos os progenitores na decisão de mudança.

Exige-se ainda, como condição da ilicitude da deslocação ou retenção, que a guarda estivesse efectivamente a ser exercida pelo progenitor que pretende o regresso da criança deslocada ou retida; ou devesse estar, se isso não tivesse sucedido. Entendeu-se faltar este requisito no momento que se tornou ilícita a retenção em Portugal no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 2010, www.dgsi.pt proc. n.º 622/07.9TMBRG.G1.S1 (quando foi proferida decisão judicial fixando ao menor, como residência habitual, a casa do requerente do regresso).

14. Verificada a ilicitude da deslocação ou da retenção, o tribunal tem de decretar o regresso da criança, salvo se ocorrer alguma das razões excepcionais, previstas no artigo 13.º da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, que justifiquem uma decisão de retenção: (a) o não exercício efectivo do direito de guarda quando ocorreu a deslocação ou a retenção ilícita, hipótese em que o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 exclui desde logo a ilicitude, ou o consentimento ou acordo posterior do titular, (b) existência de “*risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a riscos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer modo, a ficar numa situação intolerável*”; ou oposição da criança, considerando o tribunal que a sua idade e a sua maturidade justificam que se siga a opinião que manifestou, como se viu já.

Todavia, ainda que se demonstre o risco descrito na al. b), o tribunal determina o regresso (“*não pode recusar o regresso*”) se ficar provado “*que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso*”, segundo impõe o n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003.

Encontra-se aqui uma sucessão de regra/excepção/contra-excepção que tem sido frequentemente ponderada nos tribunais, partindo da verificação de que, demonstrada uma deslocação ou retenção ilícita, deve ser determinado o regresso, em conformidade com o objectivo da definição do processo expedito do artigo 11.º, em tradução dos objectivos da Convenção e do Regulamento. Para que assim não seja, é necessário que se prove o consentimento posterior (al. a)) ou o risco (al. b)), cabendo o ónus da prova a quem se opõe ao regresso (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1534/11.7TMLSB-A-L1-7). Na falta de qualquer prova, é imperativo determinar o regresso (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 773/08.2TBLNH-L1.7).

Na apreciação do risco que justifica a decisão de retenção, a jurisprudência tem observado que nem o Regulamento, nem a Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 enumeram ou descrevem as situações que o podem integrar; mas que a exigência de gravidade do risco ou de intolerabilidade da situação obrigam a uma interpretação restritiva quanto ao grau de uma e de outra. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Junho de 2012, www.dgsi.pt, proc. n.º 1534/11.7TMLSB-A-L1-7 indicam-se situações de “*maus tratos, abuso sexual, regresso a países situados em zona*

de conflitos, de guerra ou de fome”, ou de “*nível de gravidade*” semelhante; no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. n.º 622/07.9TMBRG.G1.S1, considerou-se exorbitar da competência do Supremo Tribunal de Justiça a apreciação de uma decisão da Relação que entendeu que, no caso concreto, determinar a entrega ao progenitor que mal conhece, para ir viver num ambiente estranho, de uma criança de 5 anos que sempre viveu com o outro progenitor, equivaleria a “*uma situação de maus tratos a menor*”, mais grave do que uma situação intolerável ou de perigo.

Tem-se entendido que decorre do artigo 16.º da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 que a decisão de não determinar o regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida em Portugal tem como efeito tornar o tribunal português competente para decidir “*sobre o fundo do direito de custódia*”: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n.º 08B2777 e acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2011, www.dgsi.pt, proc. 265/10.OTMLSB-B.L1.6.

15. Finalmente, pode suceder que, não obstante ter sido indeferido o pedido de regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida, com fundamento nas excepções previstas no artigo 13.º da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, o tribunal do Estado onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção, competente segundo o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, profira “*uma decisão posterior que exija o regresso da criança*”, de acordo com o disposto no n.º 8 do artigo 11.º respectivo. Nessa eventualidade, esta decisão de regresso, devidamente certificada (artigo 42.º), goza de força executiva nos demais Estados Membros sem necessidade de *exequatur*. Trata-se de mais uma medida trazida pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003 com o objectivo de combater o rapto, promovendo o regresso célere da criança que dele foi vítima.

BIBLIOGRAFIA ESPECIALMENTE UTILIZADA

- António José Fialho, Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, org. CEJ, Dezembro de 2013, <http://www.cej.mj.pt>
- Bolieiro, Helena, e Guerra, Paulo, A Criança e a Família — Uma Questão de Direito(s), Coimbra, 2009
- Brito, Maria Helena, O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos, Coimbra, 2005, pág. 305 e segs.;
- Casanova, J. F. Salazar, O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o Princípio da Audição da Criança, Scientia Iuridica, Braga, Abril-Junho 2006, tomo LV, n.º 306, pág. 205 e segs.;
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis), Cuadernos de Derecho Transnacional (Março 2014), vol. 6, n.º 1, pp.147-160, www.uc3m.es/cdt

- Marinho, Carlos M. G. de Melo, Textos de Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial, Coimbra, 2008
- Pinheiro, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, Lições, 4.ª ed., Lisboa, 2013;
- Quental, Ana Margarida, Vaz, Marcela e Lopes, Luís, O Direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2013-II
- Ramião, Tomé d'Almeida, Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada, 10.ª ed., Lisboa, 2012
- Ribeiro, Geraldo Rocha, Rapto internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução, Porto, Março de 2013, <http://www.cej.pt>
- Silva, Nuno Ascensão, O Regulamento Bruxelas II *bis* (Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, Porto, Março de 2013, <http://www.cej.pt>
- Tching, Maria Rosa Oliveira, "Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça (terceira secção) de 11 de Julho de 2008, proferido no Processo C-195/08", www.cedu.direito.uminho.pt.
- , A Mediadora do Parlamento Europeu para as Crianças Vítimas de Rapto Parental Internacional, disponibilizado pelo Parlamento Europeu, www.europarl.europa.eu
- , Guia Prático para a Aplicação do Novo Regulamento Bruxelas II, www.europa.eu.int/civiljustice