

ASPECTOS DA ACÇÃO DESTINADA AO REGRESSO DA CRIANÇA ILICITAMENTE DESLOCADA OU RETIDA, À LUZ DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 25 DE OUTUBRO DE 1980 E DO REGULAMENTO BRUXELAS II *BIS*

GONÇALO OLIVEIRA MAGALHÃES

Resumo: neste texto¹, faz-se uma breve análise de alguns aspectos substantivos e processuais da acção destinada à restituição, pelo Estado Português, de criança ilicitamente deslocada do Estado-Membro da União Europeia em que tem a sua residência habitual ou impedida de a ele regressar. Parte-se, para tanto, da referência que é dada pelo art. 11.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, em articulação com a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia a 25 de Outubro de 1980.

Palavras-chave: deslocação ou retenção ilícitas de crianças; processo tutelar cível; interesse superior da criança; jurisdição voluntária; responsabilidades parentais; residência habitual da criança; direito de participação da criança.

1. O desmembramento da célula familiar, consequência da dissolução do casamento ou da simples separação de facto dos pais, dá o mote para a disputa quanto ao destino dos filhos, designadamente no que tange à definição da guarda e dos convívios com o progenitor não guardião.

A disputa, nem sempre exaurida com a regulação, pauta-se por uma intensa carga emocional, que facilmente redonda em comportamentos irreflectidos de um dos progenitores, verdadeiras formas de acção directa, levados a cabo com a finalidade de afastar o outro do projecto de vida dos filhos.

É neste contexto, quando estão em causa situações plurilocalizadas², que surge a problemática da deslocação ou retenção ilícitas de crianças,

¹ Texto escrito de acordo com a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

² Conselho Europeu, *“Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial (Texto aprovado pelo Conselho em 28 de Maio de 1998) elaborado pela Prof.ª Dr.ª Alegria Borrás, Catedrática de Direito Internacional Privado da Universidade de Barcelona”*, JO, C, 221, 16.07.1998, § 40.

também denominada de rapto internacional de crianças³, a qual pode coexistir temporalmente com a da regulação do exercício das responsabilidades parentais ou, caso esta já exista, com a do cumprimento do regime definido por acordo dos pais e homologado pela autoridade competente ou constituído por sentença judicial.

A resposta do sistema normativo às situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, composta por instrumentos de fontes diversas — convencional, europeia e nacional⁴ —, tem como escopo o regresso da criança ao país da sua *residência habitual*, com a máxima celeridade⁵.

Importa definir as normas adjectivas por que devem pautar-se os actos das partes e do tribunal conducentes à pretendida reintegração das situações jurídicas afectadas⁶, pressupondo que a estas são aplicáveis a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia a 25 de Outubro de 1980 (=CH), e o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de Novembro de 2003 (= Regulamento Bruxelas II *bis* ou RBIIB)⁷.

2. A CH, produto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, é o instrumento internacional mais importante na matéria, pelo número de

³ Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, “O Caso *Rinau* e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *Unio EU Law Journal*, n.º 0, pp. 124-147. A deslocação ou retenção ilícitas constituem actos de violência para com as crianças que, utilizadas como instrumentos de pressão, acabam por enfrentar mudanças bruscas de ambiente social e familiar, ficando privadas dos laços com um dos progenitores. Daí que o problema implique uma obrigação internacional, a cargo dos Estados, destinada a permitir a reunião familiar, direito consagrado no art. 11.º da Convenção dos Direitos da Criança e no art 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁴ Azcárraga Monzonís, Carmen, “*Sustracción Internacional de Menores: Vías de Actuación en el Marco Jurídico Vigente*”, *RBD*, n.º 20, Julio 2015, pp. 192-213.

⁵ Importa, por um lado, minimizar os efeitos da situação sobre a criança (cf. nota 3) e, por outro, impedir que, com o tempo, se processe a integração da criança no seu novo meio e a quebra com o meio de origem, o que pode conferir uma vantagem jurídica ao progenitor raptor.

⁶ Sousa, Miguel Teixeira de, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 27. Tem-se em vista, neste trabalho, a acção destinada à restituição da criança, uma vez ocorrida a deslocação ou a retenção ilícitas. É possível conceber uma tutela *ex ante*, destinada a prevenir aquele resultado, mediante a adopção de *providências* como a proibição de saída da criança do território nacional e a proibição de emissão de passaporte ou a apreensão do mesmo, se já emitido. Cf. Azcárraga Monzonís, Carmen, *loc. cit.*, pp. 192-213. Tais medidas podem ser decretadas mesmo antes de regulado o exercício das responsabilidades parentais, a título cautelar, o que encontra arrimo adjectivo no art. 28.º, n.º 1, do RGPTC.

⁷ Na ordem jurídica portuguesa está também em vigor a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores, adoptada e aberta à assinatura no Luxemburgo, a 20 de Maio de 1980, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 136/82, de 21 de Dezembro (DR, I Série, n.º 293/82). Esta Convenção é, contudo, pouco utilizada: por um lado, pressupõe o recurso ao tradicional mecanismo do *exequatur*, sempre demorado e dispendioso; por outro, não é aplicável nas relações entre Estados da União Europeia desde a entrada em vigor, em 1 de Março de 2005, do Regulamento Bruxelas II *bis*.

Estados que a ela aderiram⁸. Inspirada no princípio *solve et repete*⁹, prevê uma resposta assente na cooperação directa entre as autoridades centrais designadas por cada Estado e num procedimento célere de retorno da criança ao país de onde foi deslocada ou ao qual devia ter regressado (art. 1.º). Nesse procedimento, prescinde-se da discussão em torno da *custódia*, definida, de forma autónoma, como “o direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”, que é relegada para o processo próprio, nos tribunais do país da *residência habitual* da criança, uma vez restabelecido o *status quo ante* (arts. 16.º e 19.º)¹⁰.

Aplica-se às situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças com menos de 16 anos de idade (art. 4.º)¹¹, independentemente da respectiva nacionalidade, e desde que o Estado da residência habitual e o Estado de *refúgio* sejam partes.

A deslocação ou a retenção são qualificadas como ilícitas sempre que importem a violação do *direito de custódia* atribuído a uma pessoa, instituição ou qualquer outro organismo, desde que exercido de forma efectiva. O direito de custódia pode resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer, ainda, de um acordo vigente segundo o direito do Estado da *residência habitual* (art. 3.º). A CH não exige a prévia definição, por acordo, decisão administrativa ou sentença judicial, do regime de *custódia*; basta que este decorra *directamente* do direito positivo interno, incluindo das normas de direito internacional privado¹².

⁸ A lista pode ser consultada em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. O sucesso da Convenção explica-se pela obrigação, decorrente do art. 11.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, dos Estados Partes tomarem as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro, designadamente mediante a conclusão de acordos internacionais ou a adesão a acordos existentes. A propósito, Moura Ramos, Rui, “A protecção de crianças no plano internacional, As normas convencionais da Haia aplicáveis à protecção das crianças em situações da vida jurídico-privada internacional”, *Infância e Juventude*, n.º 2, Abr.-Jun., 1998, pp. 9-38; Pinheiro, Luís Lima, “Deslocação e Retenção Internacional Ilícita de Crianças”, *ROA*, ano 74, 2014, Volume III/IV, Jul.-Dez. de 2014, pp. 680-693.

⁹ Liébana Ortiz, J.R., “El Nuevo Proceso Relativo a la Sustracción Internacional de menores”, *REDUR*, 13, diciembre 2015, pp. 83-109.

¹⁰ Ao impedir que os tribunais do Estado de *refúgio* conheçam e decidam da questão de fundo, a CH consagra uma regra de *competência judicial internacional negativa*. Cf. Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Carrascosa Gonzáles, Javier, *Sustracción internacional de menores: una visión general*, disponível em <https://ifc.dpz.es/> [29.10.2017]. Com ela, torna inócuos os possíveis efeitos jurídicos da deslocação ou retenção ilícitas da criança no Estado de *refúgio*, assumindo também um papel dissuasor de situações do tipo das descritas. Cf. Pérez Vera, Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, pp. 429-430, disponível em <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779> [30.10.2017].

¹¹ Apesar de a Convenção sobre os Direitos da Criança considerar como criança todo o ser humano com menos de 18 anos de idade (art. 1.º), a CH parte do pressuposto de que dificilmente se pode impor a um jovem com mais de 16 anos de idade um lugar de residência contrário à sua vontade. Cf. Liébana Ortiz, Juan Ramón, *loc. cit.*, p. 92.

¹² Cf. Pérez Vera, Elisa, *loc. cit.*, pp. 444-445; Azcárraga Monzonis, Carmen, *loc. cit.*, p. 201; Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Carrascosa Gonzáles, Javier, *loc. cit.*, p. 125; Lima Pinheiro,

O funcionamento da CH assenta no estabelecimento de órgãos de ligação entre os Estados, as denominadas autoridades centrais¹³, encarregados de dar cumprimento às obrigações que lhes são impostas (art. 6.º), cooperando entre si no sentido da localização das crianças e da sua restituição ao Estado de origem (art. 7.º)¹⁴.

Qualquer pessoa, designadamente o *leftbehind parent*, ou entidade pode participar a deslocação ou retenção ilícitas de uma criança à autoridade central do Estado da *residência habitual* desta ou à de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência no sentido de assegurar o regresso da criança (art. 8.º). A autoridade central receptora da participação deve transmiti-la à autoridade central do Estado Contratante onde a criança se encontra (art. 9.º). Inicia-se, com isso, uma fase pré-contenciosa¹⁵, que tem como objectivo o regresso voluntário da criança (art. 10.º).

A fase pré-contenciosa deve ser dispensada se existir, em concreto, o risco de nova deslocação da criança para outro local ou país. Nesse caso, bem como se, no termo da fase pré-contenciosa, não for conseguido o regresso voluntário da criança, deve seguir-se o processo judicial, mediante o encaminhamento do pedido ao Ministério Público para que, com a legitimidade que lhe é atribuída pelo art. 3.º, n.º 1, a), do respectivo Estatuto, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, proponha a acção.

A previsão da fase pré-judicial e o primado que a esta é reconhecido pelo art. 10.º não obstam a que qualquer pessoa, instituição ou organismo se dirija directamente às autoridades judiciais (art. 29.º), podendo fazer o pedido de acordo com a CH ou com o direito interno desse Estado, caso este o permita¹⁶, o que pressupõe a propositura da adequada acção.

A CH impõe que o processo judicial seja célere, estabelecendo um prazo indicativo de seis semanas para a sua decisão (art. 11.º).

Se ainda não tiver decorrido um ano entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial do Estado Contratante onde a criança se encontra, esta deve ordenar o regresso imediato

Luís, *loc. cit.*, p. 683; Oliveira, Elsa Dias, “*Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito de menores*”, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2.º semestre de 2004, pp. 53-76.

¹³ A autoridade central designada pelo Estado Português é a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (Aviso n.º 364/2010, publicado no Diário da República, I.ª Série, n.º 241, de 15 de Dezembro de 2010), serviço central da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 215/2012, de 28 de Setembro).

¹⁴ A enunciação de tarefas a cargo das autoridades centrais não é taxativa. Cf. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, “*Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II Bis*”, *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3 (2015), pp. 173-186, que nota que a capacidade de cada autoridade central para desempenhar as tarefas varia de Estado para Estado, em função da ordem jurídica local, como resulta da forma flexível como aquelas estão enunciadas.

¹⁵ Cóias, João d’Oliveira, “*O papel da Autoridade Central na Convenção da Haia de 1980*”, *Julgur Online*, disponível em <https://csm.org.pt/> [31 de Outubro de 2017].

¹⁶ Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Carrascosa Gonzáles, Javier, *loc. cit.*, p. 129; Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Aspectos cit.*, p. 178.

da criança (art. 12.º, 1.º §). Caso já tenha decorrido mais de um ano entre aqueles dois momentos, a autoridade judicial deve também ordenar o regresso da criança, salvo se ficar demonstrado que esta já está integrada no seu novo ambiente. Presume-se assim, *iure et de iure*, que o prazo de um ano é insuficiente para que fique completo o processo de integração da criança no seu novo ambiente.

O regresso da criança deve ser negado se ficar demonstrada uma das seguintes circunstâncias: (i) não exercício efectivo do direito de custódia, pelo seu titular; (ii) consentimento do titular do direito de custódia à transferência ou retenção ou concordância ulterior com estes actos; (iii) existência de um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável (art. 13.º, § 1.º); (iv) incompatibilidade com os princípios fundamentais do Estado de destino ou retenção relativos à protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20.º)¹⁷. Facto impeditivo do regresso é também a oposição da criança que tenha atingido uma idade e um grau de maturidade que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto (art. 13.º, § 2.º).

3. O RBIIb¹⁸ prevê normas relativas à matéria, que se destinam a complementar (Considerando 17 e art. 11.º, n.º 1)¹⁹, nas relações entre os Estados-Membros da União Europeia, com excepção da Dinamarca, as da CH, cuja execução prática demonstrou sofrerem de aporias decorrentes, a um tempo, da ampla margem dada aos tribunais do Estado da deslocação ou retenção para recusarem a restituição²⁰ e, a outro, da insuficiência da resposta dada pelos mecanismos previstos aos novos tipos de deslocação e subtracção

¹⁷ Pérez Vera, Elisa, *loc. cit.*, p. 433, destaca que estas excepções assentam na ideia de que o interesse da criança em não ser afastada da sua residência habitual cede perante o interesse primário de toda a pessoa em não ser exposta a um perigo psíquico ou físico nem ser colocada numa situação intolerável.

¹⁸ O RBIIb unifica as regras de competência internacional, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, sendo um instrumento da política de cooperação judiciária em matéria civil da União Europeia. Sobre esta matéria, cf. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Da responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 107-116, e “*Competência internacional e litispendência em matéria de responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II bis — Acórdão do STJ de 28.1.2016, Proc. 6987/13.6TBALM*”, CDP, 55, Julho-Setembro de 2016, pp. 33-47. Cf. também Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 262-263.

¹⁹ A própria CH admite, no seu art. 36.º, que os Estados Contratantes da Convenção celebrem entre si acordos em que reduzam o âmbito das restrições existentes na Convenção ao regresso da criança. Cf. Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *O Caso Rinau* cit., p. 129.

²⁰ Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, *Aspectos*, cit., pp. 181-182. Está subjacente o fenómeno conhecido como “*nacionalismo judiciário*”, que levou a que fosse frequente, na prática judiciária dos Estados, a recusa da restituição com arrimo no art. 13.º, b), da CH. Cf. Sotomayor, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 144, e, a propósito da jurisprudência espanhola, Calvo Caravaca, Alfonso-Luís e Carrascosa González, Javier, *loc. cit.*, p. 138.

ilícitas²¹ e aos obstáculos colocados ao exercício efectivo do direito de visita do progenitor que não tem a *custódia*²².

Assim, no art. 2.º, n.º 11, diz-se que a deslocação ou retenção de uma criança devem considerar-se como ilícitas quando ocorram em violação do direito de *guarda* — conceito²³ que, *grosso modo*, é sinónimo do de *custódia* da CH (n.º 9) —, 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, desde que esse direito de guarda estivesse a ser efectivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção. E acrescenta-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 o local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental.

Em termos de procedimento, o art. 11.º do RBIIb estabelece, no n.º 2, que deve ser garantida à criança a oportunidade de ser ouvida, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade, e acentua, no n.º 3, a urgência, mediante a imposição de uso do processo mais expedito previsto na legislação nacional de modo a que a restituição seja decidida no prazo de seis semanas a contar da apresentação do pedido, salvo se circunstâncias excepcionais o impedirem²⁴.

O mesmo art. 11.º, no seu n.º 5, estabelece que o tribunal não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida.

No que diz respeito às razões que podem levar a que o regresso da criança seja negado, o RBIIb fixa um limite à aplicação do art. 13.º, b), da CH: o argumento de que o regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou a coloca numa situação intolerável não pode fundamentar esse resultado se ficar provado que foram tomadas todas as medidas concretas adequadas a garantir a protecção da criança no Estado-Membro da sua residência habitual.

²¹ A CH foi desenhada para enfrentar o caso típico do progenitor sem a *custódia* que, aproveitando o direito de visita, desloca a criança para outro país ou a impede de regressar ao país da *residência habitual*. Actualmente, são frequentes novos tipos: progenitor com a custódia que desloca a criança com o objectivo de impedir os convívios com o outro progenitor; custódia compartilhada em que um dos progenitores desloca a criança. Cf. Calvo Caravaca, Alfonso-Luís e Carrascosa González, Javier, *loc. cit.*, pp. 138-139.

²² *Idem, ibidem*.

²³ Trata-se de um conceito autónomo do RBIIb, a densificar com apelo aos critérios uniformes do Direito da União Europeia e não ao Direito interno de cada Estado-Membro. Cf. Calvo Caravaca, Luis-Alfonso e Carrascosa González, Javier, *loc. cit.*, p. 141.

²⁴ A inobservância deste prazo — que, em termos estritamente processuais, é meramente ordenador —, implica a responsabilidade civil dos Estados. Cf. Acs. do TEDH *Maire vs. Portugal*, de 26.06.2003; *Dore vs. Portugal*, de 01.02.2011; *Karoussiotis vs. Portugal*, de 11.02.2011; *Phostira Efthymiou e Ribeiro Fernandes vs. Portugal*, de 05.02.2015.

A decisão de retenção com base no art. 13.º da CH²⁵ deve ser imediatamente comunicada ao tribunal competente do país da residência habitual da criança, juntamente com a sua fundamentação, os documentos conexos e as atas da audiência (art. 11.º, n.º 6). 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 centrais²⁶. O tribunal competente do país da residência habitual da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu e convida-as a apresentarem observações pertinentes no prazo de três meses após a notificação (art. 11.º, n.º 7). Se não forem apresentadas observações, o processo é arquivado; na hipótese contrária, o tribunal analisa os elementos recebidos e toma uma decisão que pode ser no sentido do regresso da criança, a qual 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 contestada²⁷. Trata-se esta de uma solução que enfatiza a prioridade da competência do tribunal da residência habitual da criança (art. 10.º, n.º 1), que o RBIIb considera ser o que está em melhores condições para conhecer a real situação da criança²⁸ e que é também expressão do princípio do reconhecimento mútuo de decisões, um dos alicerces da política de cooperação judiciária em matéria civil (art. 81.º do TFUE). Para tal, o juiz do Estado-Membro de origem deve emitir a certidão prevista no anexo IV do regulamento, cujas condições de emissão estão descritas no art. 42.º, n.º 2. Por isso, ao tribunal do Estado-Membro para onde foi feita a deslocação ou onde a criança está retida resta, apenas, constatar a executóriedade da decisão certificada e providenciar pela restituição da criança²⁹.

4. A análise da CH e do RBIIb permite concluir que estes instrumentos jurídicos, de aplicação complementar nos casos de deslocação ou retenção ilícitas entre Estados-Membros da União Europeia, com excepção da Dinamarca, não definem o encadeado dos actos processuais por que deve pautar-se a acção de restituição junto dos tribunais nacionais, o que vale por dizer que essa é matéria que cabe ao direito adjectivo interno do Estado do foro³⁰.

²⁵ O procedimento dos arts. 11.º, n.ºs 6 e 7, que na sequência será sucintamente descrito não tem aplicação quando esteja em causa uma decisão de recusa da restituição com fundamento no disposto nos arts. 12.º e 20.º da CH. Cf. Gonçalves, Anabela Susana de, *O Caso Rinau* cit., p. 142.

²⁶ Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para a Aplicação do Novo Regulamento de Bruxelas II*, disponível em http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm [28.10.2017], p. 41.

²⁷ Gonçalves, Anabela Susana de, *O Caso Rinau* cit., p. 140.

²⁸ Gonçalves, Anabela Susana de, *O Caso Rinau* cit., p. 129.

²⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰ Os critérios de atribuição interna da competência material e territorial para estas acções são definidos pelos Estado-Membros, de acordo com as respectivas leis de organização judiciária. Em Portugal, são competentes, para a execução das convenções internacionais em que a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais é autoridade central, os juízos de

Pode, todavia, concluir-se que impõem um processo, expressão aqui usada como sinónimo do conjunto das normas que, finalisticamente³¹, disciplinam a ordem e a cadência dos actos processuais das partes e do tribunal, que seja simplificado, sem prejuízo para o princípio basilar do contraditório, e que garanta, em termos reais e efectivos, a possibilidade de a criança exprimir livremente a sua opinião³², assim exercendo um direito que assume especial relevo no RBIIb: por um lado, a sua observância é um dos requisitos para a supressão do *exequatur* da decisão que ordena o regresso da criança; por outro, a sua inobservância é um dos fundamentos de contestação do reconhecimento e execução de uma decisão relativa à responsabilidade parental (art. 23.º, b)).

5. Na óptica do direito interno, sendo a restituição uma providência tutelar cível, a par das que constam da lista, meramente exemplificativa, do art. 3.º do RGPTC, pois, tal como elas, destina-se a assegurar direitos da criança relacionados com o exercício das respectivas responsabilidades parentais, a acção em que é pedida deve observar, por força do art. 546.º, n.º 2, do CPC, os princípios e regras dos processos de jurisdição voluntária (art. 12.º do RGPTC)³³. Faz todo o sentido que assim seja: na restituição está em causa um único interesse

família e menores dos tribunais de comarca; nos municípios não integrados na área de competência territorial dos juízos de família e menores, a execução daquelas convenções internacionais é da competência dos respectivos juízos da instância local (art. 113.º do Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de Março). De salientar que, no dizer da Comissão Europeia, *Guia cit.*, a complexidade e a natureza das questões abordadas nos vários instrumentos internacionais em matéria de rapto de crianças requerem juízes especializados ou de elevada competência. A propósito, nota Fialho, José António, “A concentração de competências nos processos de rapto internacional de crianças”, disponível em <http://julgar.pt/> [31.10.2017], que os processos de regresso da criança apresentam complexidades próprias, não apenas pela necessidade de conjugar instrumentos normativos internacionais, mas também pela existência de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados não preenchidos ou concretizados pelo direito interno. No mesmo sentido, cf. Liébana Ortiz, Juan Ramón, *loc. cit.*, p. 91.

³¹ Bülow, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 3.

³² Por outras palavras, embora sejam os Estados-Membros a definir, de acordo com a respectiva lei adjectiva, os termos que enformam este acto processual (Considerando 19), devem sempre fazê-lo de modo que o direito de audição da criança possa ser *efectivamente* exercido. A propósito, cf. Quental, Ana Margarida, Vaz, Marcela e Lopes, Luís, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *Revista do CEJ*, 2013, II, pp. 181-200; Beleza, Maria dos Prazeres, “Jurisprudência sobre rapto internacional de crianças”, *Julgar*, n.º 24, Setembro-Dezembro de 2014, pp. 67-87; Casanova, J. F. Salazar, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança”, *Scientia Iuridica*, tomo LV, n.º 306, Ab.-Jun. de 2006, Braga: Universidade do Minho, pp. 205-239.

³³ Por referência ao art. 150.º da revogada OTM, cf. Beleza, Maria dos Prazeres, *loc. cit.*, p. 68. Na jurisprudência portuguesa, STJ 05.11.2009, processo n.º 1735/06.OTMPRT; STJ 24.06.2010, processo n.º 622/07.9TMBRG; TRC 22.06.2010, processo n.º 786/09.7T2OBR; TRL 17.11.2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC. Em Espanha, com a entrada em vigor da Ley de 15/2015, de 2 de Julho, o processo de restituição foi expressamente incluído no rol dos processos de jurisdição voluntária do art. 778 quáter da Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

— o denominado *superior interesse da criança* —, que é representado de forma diferente pelas partes³⁴, e não um conflito de interesses antagónicos. A função dos tribunais não é, portanto, decidir um litígio sobre um qualquer direito subjectivo, em conformidade com a lei substantiva aplicável, mas a de regular o dito interesse, mediante uma *resolução* — tendencialmente definitiva, mas que pode ser modificada em função de circunstâncias ulteriores —, de acordo com o que for mais conveniente para o caso concreto³⁵.

6. O RGPTC não prevê uma forma especial de processo tutelar cível aplicável à acção de restituição³⁶, o que a faz cair na esfera da forma residual da denominada acção tutelar comum (art. 67.º do RGPTC), em relação à qual a lei adjectiva apenas dispõe que o juiz pode ordenar as diligências que repute necessárias antes de proferir a decisão final. Esta solução constitui, a um tempo, uma fonte de dificuldades³⁷ e, a outro, um desafio para o juiz, confrontado com um terreno fértil para o exercício do seu dever de gestão processual (art. 6.º, n.º 1, do CPC), com o objectivo de dar resposta à *equação processual*: “*uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e a menor complexidade que forem possíveis no caso concreto*”³⁸.

No cumprimento desse dever, o juiz tem de respeitar, ademais das imposições que decorrem da CH e do RBIIb, nos termos *supra* expostos, os princípios orientadores dos processos tutelares cíveis, enumerados no art. 4.º

³⁴ Usa-se aqui o conceito de *parte* como sinónimo de sujeito titular das posições jurídicas activas e passivas inerentes à relação processual e que, por isso, participa do contraditório instituído perante o juiz, podendo pedir, alegar e provar. Cf. Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, II, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 428. Este conceito permite que, nos processos de jurisdição voluntária, os sujeitos da relação jurídico-processual sejam considerados como *partes*, ao contrário do que sucederia na aplicação do *conceito puro de parte* de Chiovenda, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli: Jovene, 1980, p. 579.

³⁵ Andrade, Manuel Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 72.

³⁶ É de rejeitar a possibilidade que, segundo informação de Fialho, António José, “*Execução das decisões de regresso proferidas no âmbito da Convenção da Haia de 1980*”, em https://csm.org.pt/rijh/wp-content/uploads/2016/04/execucaode decisoes_ch1980.pdf [31.10.2017], é seguida em alguns tribunais, de aplicar o processo tutelar cível de entrega judicial de criança (arts. 49.º a 51.º do RGPTC). É que este está previsto para os casos em que a criança abandona ou é retirada da casa morada de família por terceiro, tendo como suporte substantivo o disposto no art. 1887.º do Código Civil. Cf. Lima, António Pires e Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, V, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 355-356.

³⁷ Cf. Conselho Superior da Magistratura, “*Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 338/XII com vista à aprovação do regime do Processo Tutelar Cível*”, elaborado pela Juíza Desembargadora Alcina da Costa Ribeiro, em www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/2015/2015_06_25_parecer_propostalei338xii4a_rptc.pdf [31.10.2017].

³⁸ Sousa, Miguel Teixeira de, “*Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*”, *CDP*, n.º 43, Jul.-Set. de 2013, pp. 10-14. Sobre o tema, cf. Matos, José Igreja de, *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 125-126; Faria, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 47-48. Estes autores acrescentam que o dever de gestão processual também visa a melhor organização do trabalho do tribunal e a mitigação do formalismo processual.

do RGPTC: simplificação instrutória e oralidade, consensualização³⁹ e audição e participação da criança. Tem de respeitar também os princípios gerais do processo civil, designadamente os do contraditório (art. 3.º, n.ºs 3 e 4) e da igualdade de armas (art. 4.º).

Assim, quando confrontado com o requerimento inicial⁴⁰, depois de constatar que não ocorrem excepções dilatórias, designadamente das que, por serem insupríveis, têm como consequência o indeferimento liminar (art. 590.º, n.º 1, do CPC), o juiz deve determinar a citação do requerido, que será o progenitor que deslocou ou retém a criança, para alegar e requerer as diligências instrutórias que tiver por convenientes, em dez dias (art. 14.º do RGPTC). Simultaneamente, deve atribuir natureza urgente ao processo, nos termos do art. 13.º do RGPTC, e determinar, cautelarmente, a comunicação da pendência do processo ao Sistema de Informação Schengen, sob a responsabilidade do Gabinete Nacional SIRENE, com os dados de identificação da criança e do progenitor requerido (art. 3.º, a), do Decreto-Lei n.º 292/94, de 18 de Novembro, e art. 97.º da Convenção Schengen, conjugados com o art. 28.º, n.ºs 1, *in fine*, e 4, do RGPTC), para que seja evitada uma nova deslocação durante a pendência da acção⁴¹. Na instrução prévia à audiência de discussão e julgamento, deve determinar as diligências adequadas a permitir a decisão da questão de mérito — que, em princípio, é apenas a ilicitude da deslocação ou retenção, verdadeira causa de pedir. Assume relevo o disposto no art. 14.º da CH. Nesta fase, dependendo do que for alegado pelo

³⁹ O recurso, nesta fase, à mediação ou à audição técnica especializada, figuras previstas nos arts. 23.º e 24.º do RGPTC, não se afigura compaginável com o prazo definido para que a acção seja decidida. No sentido de que o juiz deve sempre ponderar, em concreto, da conveniência e necessidade da mediação e da audição técnica especializada, bem como da sua utilidade, não sendo obrigatória a realização de qualquer uma delas, cf. TRP 15.09.2016, processo n.º 2848/15.2T8GDM (inédito).

⁴⁰ A acção de restituição pode coexistir temporalmente com uma acção destinada à regulação ou à alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais intentada nos tribunais do Estado de deslocação ou retenção. Nestas acções, levanta-se, desde logo, a questão da competência internacional dos tribunais portugueses, cujo conhecimento está dependente da resposta que na acção de restituição for dada à questão da ilicitude da deslocação ou retenção: arts. 8.º, n.º 1, e 10.º do RBIIb. Muito embora a apensação das duas acções não decorra expressamente da letra dos vários números que compõem o art. 11.º do RGPTC, justifica-se com base no princípio que está na génese das soluções ali consagradas: garantir a unidade do tratamento de todas as questões relativas à mesma criança ou que podem influenciar a sua situação, independentemente da respectiva natureza. Como quer que seja, atento o nexo de prejudicialidade, a instância das acções de regulação e alteração deve ser suspensa até que seja decidida a acção de restituição (art. 16.º da CH e art. 272.º, n.º 1, do CPC). A improcedência da acção de restituição não implica necessariamente a competência internacional dos tribunais portugueses. Assim será se a deslocação ou retenção não forem consideradas como ilícitas, sem prejuízo do disposto no n.º 1 do art. 9.º do RBIIb; mas pode dar-se o caso de a improcedência ter como fundamento a demonstração de factos subsumíveis à previsão do art. 13.º, b), da CH. Nesta hipótese, assente num juízo de natureza “*sim, mas*”, os tribunais do Estado-Membro da residência habitual continuam a ser os competentes, o que se harmoniza com o mecanismo dos números 7 e 8 do art. 11.º do RBIIb.

⁴¹ Cf. Borges, Beatriz Marques, “*Rapto parental internacional: prática judiciária no tribunal de família e menores*”, *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 65-83.

requerido, pode ser necessária a recolha de informações sociais, inclusive no país da residência habitual da criança. Pense-se na hipótese do requerido alegar, de forma substanciada, com arrimo no art. 13.º, § 1.º, da CH, que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável⁴². Para esse efeito, é de ponderar o recurso à autoridade central, como alternativa aos mecanismos de cooperação judiciária internacional⁴³.

Concluindo pelo regresso da criança, o juiz deve determinar, na sentença, a entrega e definir as condições da sua concretização.

7. No termo deste percurso, pode concluir-se que, na acção destinada à restituição de criança vítima de uma deslocação ou retenção ilícitas entre Estados-Membros da União Europeia, com excepção da Dinamarca, cabe ao juiz nacional determinar, de acordo com a lei adjectiva interna, o encadeado dos actos processuais, realizando ou determinando a realização de todas as diligências que se afigurem necessárias para a decisão e indeferindo as que o não sejam ou tenham mera finalidade dilatória, devendo, todavia, assegurar, em respeito pelo que decorre da CH e do RBIIb, que a decisão é proferida no mais curto espaço de tempo e com a participação efectiva da criança.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- Andrade, Manuel Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- Azcárraga Monzonís, Carmen, “*Sustracción Internacional de Menores: Vías de Actuación en el Marco Jurídico Vigente*”, *RBD*, n.º 20, Julio 2015, pp. 192-213.
- Beleza, Maria dos Prazeres, “*Jurisprudência sobre raptos internacionais de crianças, Julgar*”, n.º 24, Setembro-Dezembro de 2014, pp. 67-87.
- Borges, Beatriz Marques, “*Rapto parental internacional: prática judiciária no tribunal de família e menores*”, *Revista Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 76-77.
- Bülow, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis e Carrascosa Gonzáles, Javier, *Sustracción internacional de menores: una visión general*, disponível em <https://lfc.dpz.es> [29.10.2017]

⁴² A omissão desta diligência na fase instrutória da acção de restituição nos tribunais nacionais foi realçada no Ac. do TEDH Phostina Efthymiou e Ribeiro Fernandes vs. Portugal, de 5.02.2015.

⁴³ Na tomada de declarações ao *leftbehind parent* e, bem assim, na inquirição de testemunhas residentes noutro Estado-Membro, deve observar-se 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.

- Casanova, J. F. Salazar, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança”, *Scientia Iuridica*, tomo LV, n.º 306, Ab.-Jun. de 2006, Braga: Universidade do Minho, pp. 205-239.
- Chiovenda, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli: Jovene, 1980.
- Córias, João d'Oliveira, “O papel da Autoridade Central na Convenção da Haia de 1980”, *Julgar Online*, disponível em <https://csm.org.pt/> [31 de Outubro de 2017].
- Comissão Europeia, *Guia Prático para a Aplicação do Novo Regulamento de Bruxelas II*, disponível em http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm [28.10.2017],
- Conselho Europeu, “Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial (Texto aprovado pelo Conselho em 28 de Maio de 1998) elaborado pela Prof.ª Dr.ª Alegria Borrás, Catedrática de Direito Internacional Privado da Universidade de Barcelona”, *JO*, C, 221, 16.07.1998,
- Conselho Superior da Magistratura, “Parecer sobre a Proposta de Lei nº 338/XII com vista à aprovação do regime do Processo Tutelar Cível”, elaborado pela Juíza Desembargadora Alcina da Costa Ribeiro, www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/2015/2015_06_25_parecer_propostalei338xii4a_rptc.pdf [31.10.2017]
- Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, II, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- Faria, Paulo Ramos de e Loureiro, Ana Luísa, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.
- Fialho, José António, “A concentração de competências nos processos de rapto internacional de crianças”, disponível em <http://julgar.pt/> [31.10.2017]
“Execução das decisões de regresso proferidas no âmbito da Convenção da Haia de 1980”, https://csm.org.pt/rijh/wp-content/uploads/2016/04/execucaodecisoes_ch1980.pdf [31.10.2017],
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa,
“Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II Bis”, *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3 (2015), pp. 173-186.
“Competência internacional e litispendência em matéria de responsabilidades parentais no Regulamento Bruxelas II bis — Acórdão do STJ de 28.1.2016, *Proc. 6987/13.6TBALM*”, *CDP*, 55, Julho-Setembro de 2016, pp. 33-47.
Da responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma, Coimbra: Almedina, 2013.
“O Caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças”, *Unio EU Law Journal*, n.º 0, pp. 124-147.
Liébana Ortiz, J.R., “EL Nuevo Proceso Relativo a la Sustracción Internacional de menores”, *REDUR*, 13, diciembre 2015, pp. 83-109.
- Lima, António Pires e Varela, João de Matos, *Código Civil Anotado*, V, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- Matos, José Igreja, *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Moura Ramos, Rui, “A protecção de crianças no plano internacional, As normas convencionais da Haia aplicáveis à protecção das crianças em situações da vida

- jurídico-privada internacional*”, *Infância e Juventude*, n.º 2, Abr.-Jun., 1998, pp. 9-38.
- Oliveira, Elsa Dias, “*Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito de menores*”, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2.º semestre de 2004, pp. 53-76.
 - Pérez Vera, Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l’enlèvement international d’enfants*, pp. 429-430, em <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779> [30.10.2017].
 - Pinheiro, Luís Lima, “*Deslocação e Retenção Internacional Ilícita de Crianças*”, *ROA*, ano 74, 2014, Volume III/IV, Jul.-Dez. de 2014, pp. 680-693.
Direito Internacional Privado, III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.
 - Quental, Ana Margarida, Vaz, Marcela e Lopes, Luís, “*O direito de audição da criança no âmbito de processos de raptó parental internacional*”, *Revista do CEJ*, 2013, II, pp. 181-200.
 - Sottomayor, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.
 - Sousa, Miguel Teixeira de, “*Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*”, *CDP*, n.º 43, Jul.-Set. de 2013, pp. 10-14.
Sobre a Teoria do Processo Declarativo, Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. — Acórdão; Art. — Artigo; CDP — Cadernos de Direito Privado; CH — Convenção da Haia; CEJ — Centro de Estudos Judiciários; CPC — Código de Processo Civil; DR — Diário da República; JO — Jornal Oficial da Comunidade Europeia; RBIIb — Regulamento de Bruxelas II *bis*; RBD — Revista Boliviana de Direito; REDUR — Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja; RGPTC — Regime Geral do Processo Tutelar Cível; ROA — Revista da Ordem dos Advogados; STJ — Supremo Tribunal de Justiça; TEDH — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; TFUE — Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; TRC — Tribunal da Relação de Coimbra; TRL — Tribunal da Relação de Lisboa.