

# A RETENÇÃO OU DESLOCAÇÃO ILÍCITAS DE CRIANÇAS NA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO BRUXELAS II *BIS*

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

**Resumo:** o Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*) contém o regime jurídico da deslocação ou retenção ilícitas de crianças, adaptando o quadro jurídico da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças às especificidades da União Europeia. Em 30 de julho de 2016, foi publicada a proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II. A proposta de reformulação elaborada pela Comissão Europeia centra-se essencialmente nas questões de responsabilidade parental e propõe alguns ajustes relativamente à retenção ou deslocação ilícitas de crianças. Tendo em conta a proposta de reformulação, pretendemos fornecer uma análise das alterações propostas, comparando-as com as soluções atuais existentes na Convenção da Haia de 1980 e no Regulamento Bruxelas II *bis*. O objetivo será determinar quais são as alterações que a reformulação tenta introduzir nos sistemas da Convenção da Haia e do Regulamento Bruxelas II *bis* e se potencialmente poderão melhorar o mecanismo de regresso da criança raptada.

**Palavras-chave:** rapto internacional de crianças; deslocação ou retenção ilícitas de crianças; Convenção da Haia de 1980; Regulamento Bruxelas II *bis*; proposta de revisão do Regulamento n.º 2201/2003.

## 1. O REGIME JURÍDICO DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

O rapto internacional de crianças tem o seu enquadramento legal na Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção da Haia). A Convenção da Haia foi elaborada com o objetivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícitas através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação. Assim resulta do artigo 1.º da Convenção da Haia, onde se afirma que o objeto da Convenção é promover o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida e fazer respeitar efetivamente os direitos de custódia e de visita existentes nos Estados Contratantes.

O sistema da Convenção da Haia foi pensado para conseguir o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de deslocação ou retenção ilícitas e para impedir que a pessoa, geralmente o pai ou

a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada<sup>1</sup>. Na elaboração da Convenção da Haia teve-se em conta que numa situação de rapto internacional são criados vínculos de jurisdição artificiais com o país para onde a criança foi deslocada, pelo progenitor que teve a conduta de deslocação ilícita e que, em princípio, irá escolher um foro que seja mais favorável às suas pretensões<sup>2</sup>. Ora, é esta manipulação do foro competente e da lei aplicável em resultado de um comportamento ilícito, para favorecer os interesses individuais da pessoa que teve um comportamento ilícito, que o sistema instituído pela Convenção visou acautelar. Subjacente à Convenção da Haia está a ideia de que a verdadeira vítima do rapto internacional é a própria criança que é arrancada do meio social e familiar que conhece, das suas rotinas, que é privada da convivência com um dos pais, que é muitas vezes instrumentalizada por um dos pais como forma de atingir o outro, que é levada para um país que não conhece, não falando por vezes o idioma, para conviver com pessoas que lhe são estranhas<sup>3</sup>. Toda esta realidade gera vivências traumáticas, que deixam marcas para toda a vida e prejudicam irrecuperavelmente a relação afetiva entre a criança e o pai de quem foi separada<sup>4</sup>, afetando o desenvolvimento físico e/ou psíquico da criança e pondo em causa o seu superior interesse<sup>5</sup>. Ora, é esta noção de proteção da criança enquanto principal vítima da situação de rapto que justifica a conceção presente na Convenção da Haia de que é no superior interesse da criança o regresso da mesma ao seu meio social e familiar de origem com celeridade e o respeito pelos direitos de custódia e de visita que permitam que a criança tenha relações familiares estáveis e equilibradas de forma a garantir um desenvolvimento saudável<sup>6</sup>.

Apesar da existência da Convenção da Haia, a União Europeia decidiu também regular o rapto internacional de crianças no âmbito do Regulamento (UE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas

---

<sup>1</sup> E. Pérez-Vera, *Explanatory Report*, p. 17, eg <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>, consultado em 01.05.2018.

<sup>2</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>3</sup> Assim foi reconhecido no Relatório Explicativo da Convenção da Haia: E. Pérez-Vera, *Explanatory Report...*, *op. cit.*, p. 20, referindo-se ao Relatório Dyer (A. Dyer, *Questionnaire and Report on international child abduction by one parent*, Doc. Prél. No 1, August 1977, pp. 18-25).

<sup>4</sup> Como já foi reconhecido por diversas vezes pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: v., neste sentido, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «As orientações do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente ao rapto internacional de crianças» in *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, Vol. I, Coord. Helena Mota *et al.*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 136-158.

<sup>5</sup> O princípio do superior do superior interesse da criança é um dos princípios estruturantes da Convenção da Haia, como resulta do seu preâmbulo: v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «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. 174-176.

<sup>6</sup> Neste sentido, Pérez-Vera, *Explanatory Report...*, *cit.*, p. 20.

II *bis*), agora sob a designação de deslocação ou retenção ilícitas de crianças. A aplicação da Convenção da Haia revelou fragilidades no plano da efetividade e da garantia do sistema de regresso célere que a Convenção da Haia pretendia instituir, nomeadamente o peso que o tribunal para onde a criança foi deslocada teria na retenção da criança nesse país, recompensando-se o progenitor que escolheu aquele Estado para deslocar a criança<sup>7</sup>. Esta situação tornava-se particularmente grave no âmbito da União Europeia, pois devido ao princípio da liberdade de circulação de pessoas, é possível em grande parte do território da União deslocar uma criança por via terrestre entre os vários Estados-Membros sem controlo de fronteiras.

O Regulamento Bruxelas II *bis* veio aperfeiçoar o sistema da Convenção da Haia, tentando garantir um regresso efetivamente rápido da criança ao seu país de residência habitual antes da deslocação, através do estabelecimento de prazos curtos, de um sistema de reconhecimento automático da decisão de regresso e modificando o peso que o artigo 13.º da Convenção da Haia pode ter como fundamento da decisão de retenção da criança. Outra das particularidades do Regulamento Bruxelas II *bis* é a prioridade da decisão do tribunal da residência habitual de origem da criança, cuja apreciação da causa prevalece sobre o juízo feito pelo tribunal do lugar para onde a criança foi deslocada ilicitamente. Através de um procedimento de cooperação entre as autoridades judiciárias de Estados-Membros diferentes, o sistema que resulta do Regulamento Bruxelas II *bis* altera o peso da decisão de recusa proferida pelo tribunal do lugar para onde a criança foi deslocada ilicitamente, já que de acordo com o sistema da Convenção da Haia esta decisão seria final e não poderia ser alterada pelo tribunal da residência habitual da criança.

O problema de fontes que poderia existir é resolvido, desde logo, pelo artigo 36.º da Convenção da Haia, que permite aos Estados Contratantes da Convenção celebrar entre si acordos para diminuir as restrições ao regresso da criança, existentes na Convenção. Ora, o objetivo do Regulamento Bruxelas II *bis* no âmbito da retenção ou deslocação ilícitas de crianças consistiu em completar e, eventualmente, superar as insuficiências reveladas pela Convenção, em especial em termos de efetividade das decisões de regresso (como resulta do seu considerando 17 e artigo 11.º, n.º 1). Por isso, no artigo 60.º estabelece-se que o regime jurídico do Regulamento Bruxelas II *bis* prevalece sobre as convenções multilaterais aí enumeradas nas relações entre os Estados-Membros, tendo primazia, nomeadamente, sobre a Convenção da Haia de 1980. Note-se, no entanto, que o Guia Prático do Regulamento esclarece que a Convenção da Haia continua a aplicar-se, mas que o seu regime é completado pelo disposto no Regulamento Bruxelas II *bis* quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Neste sentido, E. Pataut, «Artigo 10» in *Brussels II bis Regulation*, Coord. U. Magnus/P. Mankowski, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, p. 121.

<sup>8</sup> Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à*

Em 30 de julho de 2016, foi publicada a proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*<sup>9</sup>. Seguiu-se o parecer do Comité Económico e Social Europeu em 21 de abril de 2017<sup>10</sup>. Em 18 de janeiro de 2018, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução legislativa relativa à proposta de reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*<sup>11</sup>. A proposta de reformulação elaborada pela Comissão Europeia centra-se essencialmente nas questões de responsabilidade parental e propõe alguns ajustes relativamente à retenção ou deslocação ilícitas de crianças. Tendo em conta a proposta de reformulação, pretendemos fornecer uma análise das alterações propostas, comparando-as com as soluções atuais existentes na Convenção da Haia de 1980 e no Regulamento Bruxelas II *bis*. O objetivo será determinar quais são as alterações que a reformulação tenta introduzir nos sistemas da Convenção da Haia e do Regulamento Bruxelas II *bis* e se potencialmente poderão melhorar o mecanismo de regresso da criança raptada.

## 2. A PROPOSTA DA COMISSÃO EUROPEIA DE REFORMULAÇÃO DO REGULAMENTO BRUXELAS II *BIS*

Após uma análise da proposta apresentada pela Comissão Europeia para a reformulação do Regulamento Bruxelas II *bis*, podemos concluir que a vontade de revisão do Regulamento por parte da Comissão centra-se essencialmente nas matérias de responsabilidade parental, atualmente definidas no artigo 2.º, n.º 7, do Regulamento como o conjunto de direitos e obrigações no que diz respeito à pessoa ou bens da criança que resultem de decisão judicial, atribuição de pleno direito ou acordo. No âmbito destas, uma matéria onde é possível encontrar uma forte vontade de aperfeiçoar o quadro jurídico do Regulamento Bruxelas II *bis* é no domínio da deslocação ou retenção ilícitas de crianças. O objetivo da reforma proposta nesta matéria é o de aumentar a eficácia do procedimento de regresso da criança e reduzir os

---

*competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, consultado em <http://ec.europa.eu>, em 01.05.2018.

<sup>9</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (reformulação)*, COM(2016) 411 final, 30.06.2016, pp. 2-115.

<sup>10</sup> Comité Económico e Social Europeu, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (reformulação)»*, COM(2016) 411 final — 2016/0190 (CNS), JO C45, 21.4.2017, pp. 46-50.

<sup>11</sup> Parlamento Europeu, *Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 18 de janeiro de 2018, sobre a proposta de regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (reformulação)*, COM(2016)0411 — C8- 0322/2016 — 2016/0190(CNS), P8\_TA(2018)0017, 18.01.2018, pp. 1-31.

problemas identificados na aplicação do Regulamento, nomeadamente, propondo-se a concentração da competência territorial, a possibilidade da executoriedade provisória, a limitação das hipóteses de recurso, a definição mais transparente das funções das autoridades centrais, entre outras medidas que passaremos a analisar seguidamente<sup>12</sup>.

## 2.1. Concentração da jurisdição territorial

Uma das medidas propostas é a concentração da jurisdição territorial nos casos de deslocação ou retenção ilícitas de crianças. A concentração da competência territorial num número limitado de tribunais está prevista no artigo 22.º da Proposta, que estabelece que os pedidos de regresso da criança devem ser concentrados num número limitado de tribunais ou num único tribunal para todo o país (considerando 26). Esta medida é proposta, de acordo com o considerando 26, como uma forma de acelerar e resolver mais rapidamente os processos de regresso da criança.

A concentração da competência territorial já existe em alguns Estados-Membros<sup>13</sup> e pode realmente contribuir para a resolução mais rápida dos casos de rapto, uma vez que permite a especialização do juiz. Esta especialização parece-nos imprescindível, porque para resolver os casos de rapto internacional de crianças é necessária uma decisão rápida e o uso de instrumentos internacionais com os quais os juízes nacionais geralmente não estão familiarizados. Portanto, a especialização permite o aumento do conhecimento e domínio sobre os instrumentos legais utilizados e, conseqüentemente, uma maior eficiência na sua aplicação, o que implica necessariamente uma redução do tempo necessário para a decisão de regresso da criança. Além disso, considera-se que pode ser um instrumento para melhorar a cooperação entre os juízes e as autoridades centrais dos Estados-Membros, uma vez que o número de juízes que decidem esses casos é limitado e especializado<sup>14</sup>, aumentando naturalmente a confiança nas decisões uns dos outros<sup>15</sup>. Esta

<sup>12</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, cit., p. 12.

<sup>13</sup> Sobre a implementação da concentração da jurisdição territorial em alguns Estados Membros, v. Constanza Honorati, «La proposta di revision del regolamento Bruxelles II bis: piu' tutela per i minori e piu' efficacia nell'esecuzione delle decisioni», *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 2, 2017, pp. 12-13.

<sup>14</sup> Também com esta opinião, v. Philippe Lortie, «Concentration of jurisdiction under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child abduction», *The Judges' Newsletter on International Child Protection* XX, 2013, pp. 2-3; Hans van Loon, «The Brussels IIa Regulation: towards a review?» in *Cross-border activities in the EU Making life easier for citizens*, Coord. European Parliament, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2015, p. 204; Constanza Honorati, «La proposta di revision del regolamento Bruxelles II bis...», cit., pp. 11-14; António José Fialho, «A concentração de competências nos processos de rapto internacional de crianças», *Julgur Online*, abril de 2017, p. 15.

<sup>15</sup> Sublinhando a importância da comunicação direta entre juízes nos mecanismos de cooperação judicial internacional, v. A. Olland, «A judge's perspective on the cooperation mechanisms»,

medida permite igualmente a coerência e uniformidade dos critérios e práticas entre juizes e advogados em casos de deslocação ou retenção ilícitas de crianças em cada Estado-Membro<sup>16</sup>. Por fim, tendo em consideração que o número de casos de rapto internacional de crianças por ano é diminuto, não há dificuldades previsíveis na implementação dessa medida.

## 2.2. O prazo para avaliar o pedido de regresso da criança e os eventuais recursos

Uma das alterações que nos parece mais importante na proposta da Comissão Europeia é o limite de tempo fixado para avaliar o pedido de retorno da criança. De acordo com o artigo 63.º, n.º 1, al. g), da Proposta, a autoridade central terá um prazo de seis semanas para receber e instruir o pedido, quando intenta ou ajuda a intentar um processo judicial de regresso da criança. Nesse período de seis semanas, a autoridade central deve fornecer assistência para determinar o paradeiro da criança [artigo 63.º, n.º 1, al. a)], para promover a mediação [artigo 63.º, seção 1 (f)], ainda que garantindo que tal não atrasará o processo, e, dependendo da legislação nacional, para indicar ao requerente um advogado qualificado ou levar o caso ao tribunal<sup>17</sup>. Em seguida, o tribunal terá o prazo de seis semanas para decidir o regresso ou a retenção da criança, de acordo com o artigo 23.º, onde se estabelece que o tribunal deve utilizar o procedimento mais expedito disponível ao abrigo da legislação nacional. Ainda de acordo com a mesma disposição legal, a decisão que ordena o regresso da criança pode ser objeto de um recurso, decidido também em seis semanas após a apresentação do pedido. Evidentemente, a disposição legal salvaguarda a existência de circunstâncias excecionais que possam impossibilitar o cumprimento dessas exigências temporais.

O primeiro comentário que esta proposta nos suscita é direcionado para os prazos. Entre todas as fases há um período máximo de 18 semanas, o que nos parece uma abordagem mais pragmática, uma vez que, como a Comissão Europeia reconhece, atualmente o processo demora um período médio até 165 dias<sup>18</sup> (uma média de 23 semanas), o que significa que o prazo imperativo de seis semanas para a tomada da decisão de regresso estabelecido no Regulamento não é cumprido. Por conseguinte, parece-nos positiva esta abordagem mais realista, dando aos tribunais dos Estados-Membros um prazo praticável.

Adicionalmente, o prazo de seis semanas, previsto no artigo 11.º, n.º 3, do Regulamento Bruxelas II *bis*, foi sujeito a diferentes interpretações pelos

---

*Recasting the Brussels Ila Regulation, Workshop*, Coord. European Parliament, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016, pp. 55-56.

<sup>16</sup> Philippe Lortie, «Concentration of jurisdiction...», *cit.*, pp. 2-3.

<sup>17</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, *cit.*, p. 14.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

Estados-Membros. Esta diversidade interpretativa levou o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a esclarecer que a decisão de regresso ou de retenção adotada dentro do prazo de seis semanas seria executória e que a sua execução não poderia estar sujeita à condição de esgotamento dos procedimentos de recurso permitidos pela lei do Estado para onde a criança foi deslocada ou onde estava retida<sup>19</sup>. Segundo o TJUE, outra decisão poderia privar o Regulamento «(...) de efeito útil, uma vez que o objetivo do regresso imediato do menor ficaria subordinado à condição do esgotamento dos meios processuais admitidos pela legislação nacional do Estado-Membro em que o menor está ilicitamente retido»<sup>20</sup>. Esse resultado não podia ser aceite, especialmente em casos que envolviam crianças de tenra idade, cuja evolução física e psicológica num período curto de tempo é mais rápida<sup>21</sup> e em que os laços emocionais com o pai de quem a criança foi separada podem desaparecer facilmente e, por esta razão, ficar irremediavelmente afetados. Portanto, a definição de um único recurso (artigo 25.º, n.º 4), unificando esta questão em todos os Estados-Membros, independentemente da lei nacional, é uma medida positiva, limitando a hipótese de o pai raptor beneficiar da possibilidade de recorrer como medida dilatória.

A Proposta também abre a possibilidade de o tribunal declarar executória a título provisório uma decisão que ordena o regresso da criança, não obstante qualquer recurso, mesmo que o direito nacional não contemple a executóriedade provisória (artigo 25.º, n.º 3), ou seja, independentemente do estabelecido na lei nacional. A executóriedade provisória resulta da Proposta, mesmo que a figura não exista nas ordens jurídicas dos Estados-Membros e, sendo tomada em nome do superior interesse da criança, a sua finalidade será promover uma maior celeridade no regresso da criança ao seu país de residência habitual, que, como já referimos, é um dos grandes objetivos da Convenção da Haia. Este convite ao juiz para apreciar se a decisão de regresso deve ter força executória a título provisório pode ser também uma forma de neutralizar os efeitos negativos para a criança de um recurso da decisão de regresso que tenha manifestamente uma finalidade dilatória.

### **2.3. Medidas provisórias de proteção da criança aquando da decisão de regresso**

O artigo 13.º, al. b), da Convenção da Haia estabelece como fundamento da decisão de retenção a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável. De acordo

---

<sup>19</sup> TJUE, *Inga Rinau*, Case C-195/08 PPU, 2008, ERC I-05271, § 80, § 89.

<sup>20</sup> *Ibidem*, § 81.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

com o relatório explicativo da referida Convenção da Haia, o artigo 13.º, al. b), deve ter uma interpretação restritiva, porque as decisões de retenção são consideradas uma exceção ao regime de regresso da criança que a Convenção tenta implementar e que resultam de um compromisso *frágil*<sup>22</sup> entre os Estados Contratantes. Todavia, sendo este um dos motivos mais utilizados para fundamentar as decisões de retenção, o Regulamento Bruxelas II *bis* fixa um limite à invocação do artigo 13.º, al. b), da Convenção da Haia de 1980 como fundamento de uma decisão de recusa de regresso no seu artigo 11.º, n.º 4: o argumento de que regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável [artigo 13.º, al. b), da Convenção da Haia de 1980] não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a proteção da criança após esse regresso<sup>23</sup>.

Ora, a Proposta mantém o atual quadro jurídico quanto a este ponto e a norma que estabelece que um tribunal não pode recusar o retorno da criança com base no artigo 13.º, al. b), se for provado que foram tomadas medidas adequadas para garantir a proteção da criança após o seu retorno ao país de residência habitual (artigo 25.º, n.º 1). Há, todavia, uma novidade quanto à implementação desta disposição legal. Nos termos da Proposta, para além de se sublinhar a necessária cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-Membros (do país de origem e do país do rapto), quer diretamente, com auxílio das autoridades centrais, quer através da rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial, o tribunal do Estado-Membro onde a criança tenha sido deslocada pode ordenar medidas provisórias, inclusive medidas cautelares de proteção da criança, para eliminar os riscos existentes para o superior interesse da criança [artigo 25.º, n.º 1, al. a) e b)]. De facto, a necessidade de cooperação é evidente no considerando 29 da Proposta, onde se estabelece que «(...) o tribunal deve consultar as autoridades judiciais e administrativas competentes do Estado-Membro da residência habitual da criança (...) e, eventualmente, decretar todas as medidas de proteção necessárias (...) a fim de garantir o regresso da criança em segurança».

Estas medidas provisórias que resultam da Proposta seriam tomadas em cooperação com as autoridades do país da residência habitual da criança e seriam reconhecidas e executadas em todos os Estados-Membros, inclusive no país de residência habitual da criança (considerando 29 e artigo 48.º). Segundo a Comissão Europeia, se necessário, estas medidas deverão viajar

<sup>22</sup> Como se pode ler no relatório explicativo da convenção: E. Pérez-Vera, *Explanatory Report*, 49, <http://www.hcch.net>, consultado em 01.05.2018.

<sup>23</sup> Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adotadas medidas adequadas de proteção no Estado-Membro de origem, a Comissão Europeia sublinha o papel determinante de assistência que podem desempenhar as autoridades centrais do Estado de origem para este efeito: Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II...*, *cit.*, p. 37.



com a criança, ou acompanhá-la, para o seu país de residência habitual, para garantir um regresso seguro da criança e a proteção da mesma<sup>24</sup>. Esta ideia de as medidas provisórias tomadas acompanharem a criança para o seu país de residência habitual constitui um elemento importante para aumentar a confiança entre as autoridades judiciais dos Estados-Membros. Serão medidas reconhecidas e executáveis em todos os Estados-Membros e, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2, estas deixarão de produzir efeitos logo que sejam tomadas no país da residência habitual da criança as medidas necessárias e apropriadas para garantir a proteção da criança. Ou seja, são medidas urgentes para evitar riscos para a criança, tendo em conta o superior interesse, e seriam reconhecidas no Estado-Membro da residência habitual da criança, mas deixariam de produzir efeitos quando os tribunais deste Estado adotassem as medidas que considerassem adequadas à situação concreta. A Comissão Europeia apresenta um exemplo para a aplicação desta disposição legal: «(...) o tribunal junto do qual o processo de regresso se encontra pendente poderá reconhecer o direito de visita a um dos progenitores, direito esse que pode ser igualmente exercido no Estado-Membro da residência habitual da criança até que o tribunal deste país profira uma decisão definitiva quanto ao direito de visita»<sup>25</sup>.

Esta medida parece-nos ser uma forma positiva de aumentar a confiança entre as autoridades judiciais dos vários Estados-Membros. Se o tribunal do país da retenção ou deslocação considerar adequada uma medida provisória para proteger a criança, essa medida pode ser tomada com a certeza de que esta seguirá a criança até ao país de residência habitual e esta garantia pode reduzir a resistência relativamente à emissão de uma decisão de regresso.

#### **2.4. Outras questões relativas à decisão de retenção**

Resulta do artigo 26.º, n.º 1, (e do considerando 30) que a decisão de retenção deverá especificar a norma da Convenção da Haia que fundamenta aquela decisão. Trata-se de uma forma de clarificar as decisões e garantir que um elemento importante do quadro jurídico do Regulamento seja identificado de forma explícita no processo, uma vez que apenas as decisões de retenção com base no artigo 13.º da Convenção da Haia podem desencadear a aplicação do sistema de reconhecimento imediato que resulta do atual artigo 11.º, n.º 6 e n.º 8, e da prioridade da decisão do tribunal da residência habitual da criança.

Além disso, de acordo com o artigo 26.º, n.º 2, a decisão de retenção da criança será traduzida para as línguas oficiais ou aquelas aceites pelo

<sup>24</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, cit., p. 14.

<sup>25</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, cit., pp. 14-15.

Estado-Membro da residência habitual da criança. Essa parece ser também uma maneira positiva de ajudar o juiz da residência habitual da criança a decidir com rapidez, respeitando os prazos estabelecidos, pois a linguagem da decisão da retenção pode ser um dos motivos de atraso da decisão final.

## 2.5. O recurso à mediação

Um aspeto francamente positivo que resulta da Proposta é a introdução da possibilidade de recurso à mediação como forma de resolução do litígio entre os pais desavindos em caso de deslocação ou retenção ilícitas de crianças. De acordo com o artigo 23.º, n.º 2, o mais cedo possível durante o processo, o tribunal deve examinar se as partes estão dispostas a encetar um processo de mediação para encontrar uma solução que ambas considerem satisfatória, em nome do superior interesse da criança. As vantagens da mediação nos litígios familiares são bem conhecidas<sup>26</sup> e é preferível para a criança uma solução de consenso entre os pais, em lugar de uma decisão imposta por um tribunal contra a vontade e/ou sem a colaboração de uma das partes. Todavia, não podemos esquecer que, em situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, as relações entre pais geralmente já atingiram um grau de extrema degradação, o que dificultará certamente o sucesso da mediação. Ainda assim, existindo uma possibilidade mínima do sucesso da mediação, esta é preferível a uma decisão judicial, pois permite a pacificação das relações familiares, com repercussões positivas para a criança.

Além disso, da Proposta parece resultar que o acordo de mediação (ou em caso de falha, a decisão judicial posterior) deve ocorrer dentro do prazo estabelecido no artigo 23.º, uma vez que o seu n.º 2 esclarece que a mediação não deve atrasar desnecessariamente o processo. Reconhecemos que o período de tempo para promover a mediação é curto, porque a experiência mostra que, em casos de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, o pai raptor geralmente não tem interesse na resolução rápida da situação e não é cooperante. Assim é, porque, à medida que o tempo passa, mais facilmente se pode demonstrar a integração da criança no novo ambiente social e familiar e que o retorno colocará a saúde física ou mental da criança em sério risco ou colocará a criança numa situação intolerável, o que pode ser o fundamento de uma decisão de retenção da criança, de acordo com o artigo 13.º, al. b), da Convenção da Haia. Todavia, aumentar o prazo para a mediação frustraria o objetivo da Convenção da Haia e do Regulamento no âmbito da deslocação ou retenção ilícitas de crianças e que é o retorno célere da

---

<sup>26</sup> E que resultam claramente do livro de boas práticas, datado de 2012, da Conferência da Haia, relativamente à Convenção da Haia de 1980: *The Hague Conference on Private International Law, Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Mediation*, 2012, eg <https://assets.hcch.net/> consultado em 27.12.2016.

criança ao seu país de residência habitual e ao meio social e familiar que conhece e onde está integrada. Assim é, porque a passagem do tempo implica o risco de se recompensar o pai que raptou e prejudica o superior interesse da criança, ou seja, prejudica a própria criança. Como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem reiteradamente decidido, em situações de rapto internacional de crianças o decurso do tempo prejudica irremediavelmente a relação entre a criança e o pai de quem foi separada e, por esta razão, o não cumprimento pelos Estados do dever de regresso cêlere da criança ao seu país de origem constitui uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>27</sup>.

Portanto, ainda que seja previsível que o sucesso da mediação nestes casos seja limitado, as vantagens que pode ter para a criança o apaziguamento das relações entre os pais, através do diálogo e do entendimento dos pais, parece-nos um elemento positivo no sistema do Regulamento. Todavia, a Comissão Europeia parece ter sido sensível ao facto de que o decurso do tempo prejudica irremediavelmente a relação entre a criança e o pai de quem foi separada e a dilação da resolução da questão pode criar uma situação de facto que fundamente uma decisão de retenção de acordo com o sistema da Convenção da Haia. Por isso, o artigo 23.º, n.º 2, *in fine*, da Proposta estabelece o recurso à mediação, se tal não atrasar desnecessariamente o processo.

É, ainda, possível criticar a ausência de concretização da forma como se deve proceder à mediação<sup>28</sup>. Compreendemos, todavia, a opção da proposta da Comissão Europeia, pois, tendo em conta a celeridade que se exige na tomada de decisão de regresso da criança em caso de deslocação ou retenção ilícitas, alguma flexibilidade em relação à promoção e concretização da mediação pode ser essencial para o cumprimento dos prazos curtos previstos nestas situações.

## 2.6. A decisão sobre a guarda da criança

O direito de guarda é definido no artigo 2.º, n.º 9, do Regulamento como «(...) os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência». Em relação à apreciação da decisão de retenção pelo tribunal da residência habitual da criança, a proposta da Comissão Europeia traz uma novidade. De acordo com o artigo 26.º, n.º 4, da Proposta, o tribunal da residência habitual da

---

<sup>27</sup> Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O Direito ao Respeito pela Vida Familiar no Rapto Internacional de Crianças» in *Direito na Lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, Coord. Mário Monte *et al.*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 101-112.

<sup>28</sup> Neste sentido, Elena Rodriguez Pineau, «Regulation Brussels II bis Recast: Reflexions on the Role of European Private International Law», 69 *REDI* 139 (2017), p. 144.

criança, após ter recebido a decisão de retenção e as observações das partes dentro do prazo estabelecido ou se já se encontrar pendente um processo relativo à guarda da criança nesse Estado-Membro, deve apreciar a questão da guarda da criança, de acordo com superior interesse desta, conjuntamente com os motivos e os elementos de prova que fundamentaram a decisão de recusa do regresso criança, proferida nos termos do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980. Para compreendermos plenamente esta norma é importante analisar o considerando 30, que explica o que se pretende com esta alteração. De acordo com este considerando, uma decisão de recusa do regresso da criança proferida ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia «(...) pode ser substituída (...) por uma decisão posterior, proferida num processo relativo ao direito de guarda após uma análise cuidadosa do superior interesse da criança, do tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ou da retenção ilícitas». O objetivo desta alteração resulta claro da Proposta, onde se esclarece que esta alteração obriga o tribunal da residência habitual da criança «(...) a efetuar uma análise aprofundada do superior interesse da criança antes de tomar uma decisão final quanto à guarda da criança que possa implicar o regresso da mesma»<sup>29</sup>. Caso a decisão seja de regresso, esta gozará do sistema de reconhecimento e execução automática previsto no Regulamento para as situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças.

O objetivo de obter uma decisão célere para que a experiência da deslocação ou retenção ilícitas seja o menos traumática possível para a criança e as repercussões nefastas para a sua vida e desenvolvimento psíquico, afetivo e social sejam o mais limitadas possível é mais difícil quando o tribunal está a decidir o direito de guarda da criança, porque outro tipo de provas deve ser admitido. A produção da prova necessária para a decisão sobre o direito de guarda da criança pode pôr em causa a necessidade de uma decisão célere. Ainda assim, não podemos deixar de concordar que é melhor ter uma decisão definitiva do tribunal de residência habitual quanto à guarda, tendo em consideração os motivos da decisão de retenção e o superior interesse da criança, do que uma decisão de regresso provisória<sup>30</sup>. Ou seja, estando a decidir a guarda da criança, deve haver uma análise aprofundada do superior interesse da criança conjuntamente com os motivos e os elementos de prova que fundamentaram a decisão de recusa do regresso criança, para que a decisão de regresso seja tomada.

No entanto, pode-se discutir a compatibilidade da solução do artigo 26.º, n.º 4, e de uma análise aprofundada do superior interesse da criança com o sistema processual de avaliações rápidas da Convenção da Haia, a fim de assegurar o retorno imediato da criança ao seu país de origem. Além disso,

<sup>29</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, cit., p. 14.

<sup>30</sup> Neste sentido, Paul Beaumont, Lara Walker, Jayne Holliday, «Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effects of Brexit on future child abduction proceedings», *International Family Law Journal* 4, 2016.

é possível questionar se nesses casos, devido à concentração da jurisdição territorial, o processo relativo aos direitos de guarda deve ser transferido para os tribunais que terão jurisdição territorial para tratar de questões de rapto internacional. Isso pode implicar a transferência desses processos para tribunais que estejam territorialmente distantes das partes, pondo em risco as vantagens de proximidade subjacentes ao atual artigo 8.º do Regulamento<sup>31</sup>, e o aumento dos custos do litígio para as partes. A situação inversa de transferir o processo de rapto para o tribunal que está a decidir a questão da guarda da criança põe em causa as vantagens da concentração territorial da jurisdição referente àqueles processos, referidas *supra*.

## 2.7. O direito de audição da criança

O direito de audição da criança nos processos que lhe dizem respeito é um direito fundamental da própria criança, como resulta de vários tratados internacionais, como, por exemplo, do artigo 3.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança<sup>32</sup>, do artigo 12.º da Convenção dos Direitos das Crianças<sup>33</sup>, e do artigo 13.º da própria Convenção da Haia de 1980. Está também presente no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A imperatividade de audição da criança naqueles processos em que está envolvida, em função da sua maturidade e idade, resulta do facto de o interesse da criança, enquanto sujeito de direitos, ser um dos interesses centrais do processo em causa. O direito de audição da criança já desempenha um papel essencial no regime jurídico da deslocação ou retenção ilícitas de criança previsto no atual Regulamento Bruxelas II *bis*, pois no procedimento descrito no artigo 11.º deve-se proceder ainda à audição da criança, salvo no caso de se considerar desajustado tendo em conta a idade ou maturidade da mesma (artigo 11.º, n.º 2) e a audição da criança é um dos requisitos para a supressão do *exequatur* da decisão que ordena o regresso da criança (do artigo 42.º)<sup>34</sup>.

A Proposta prevê o direito de audição da criança agora em dois artigos autónomos: no artigo 20.º, relativamente à resolução das questões de responsabilidade parental; no artigo 24.º, no âmbito de um processo de rapto internacional de crianças (verificando-se uma remissão para as condições do artigo 20.º). Resulta de ambas as normas que a criança tem o direito de ser

<sup>31</sup> V. sobre os interesses subjacentes ao foro previsto no atual artigo 8.º do Regulamento Bruxelas II *bis* Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*» in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 367-381.

<sup>32</sup> De 25 de janeiro de 1996, do Conselho da Europa.

<sup>33</sup> Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

<sup>34</sup> V. sobre a importância da audição da criança no Regulamento Bruxelas II *bis*, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», *Unio EU Law Journal*, n.º 0, pp. 140-141.

ouvida, devendo as autoridades dos Estados-Membros assegurar que uma criança, que é capaz de formar as suas próprias opiniões, tenha a possibilidade real e efetiva de as expressar livremente durante o processo. A ponderação da opinião da criança livremente expressa deve ter em conta a idade e maturidade da criança.

A clarificação do direito de audição da criança é positiva e a sua autonomização em duas normas é provavelmente um alerta para aqueles Estados-Membros que continuam hesitantes em relação ao direito da criança ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito. Estas normas estão em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança<sup>35</sup>. Estão, também, em consonância com a jurisprudência já estabelecida pelo TJUE sobre esta questão<sup>36</sup>. No caso *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, o TJUE já tinha esclarecido que, para o efeito de audição da criança, o julgador pode recorrer a todos os meios que lhe são proporcionados pelo seu direito nacional, assim como pelos instrumentos de cooperação judiciária transfronteiriça<sup>37</sup>, devendo a forma de audição da criança ser adaptada à idade e à maturidade da mesma e devendo ser garantidas as condições legais para que esta tenha uma oportunidade real e efetiva de exprimir livremente a sua opinião e que esta seja ponderada pelo juiz<sup>38</sup>. No seguimento desta jurisprudência, o considerando 23 da Proposta esclarece que o Regulamento continua a não ter como objetivo definir como a criança deve ser ouvida, o que é deixado à legislação nacional, mas apenas que a criança deve ser ouvida. Por conseguinte, podemos afirmar que a proposta reforça a audição da criança como um princípio estrutural do Regulamento Bruxelas II *bis*.

De notar ainda que, de acordo com o artigo 20.º da Proposta, a autoridade que tem competência para ouvir a criança deve documentar as suas considerações na decisão. Esta exigência da Proposta está relacionada com a necessidade de garantir que a criança seja efetivamente ouvida e a importância que a audição da criança tem no sistema de reconhecimento e execução de decisões do atual Regulamento<sup>39</sup> e que se mantém no âmbito da Proposta<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Sobre o direito da criança como uma concretização do princípio do superior interesse da criança, como estabelecido na Convenção Universal dos Direitos da Criança, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis» in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 368-372.

<sup>36</sup> Para maior desenvolvimento, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças...», *cit.*, pp. 140-141.

<sup>37</sup> Será o caso, por exemplo, do Regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, como resulta do considerando 24 da Proposta e anteriormente da jurisprudência do TJUE: *idem, ibidem*.

<sup>38</sup> TJUE, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU.

<sup>39</sup> Para maior desenvolvimento, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças...», *cit.*, pp. 140-141 e pp. 143-147.

<sup>40</sup> De acordo com o artigo 53.º, n.º 2, após a decisão em matéria de responsabilidade parental se tornar executória, o juiz deve oficiosamente emitir a certidão que consta do Anexo II. Se

## 2.8. A execução da decisão de regresso

A Comissão Europeia propõe alterações no sistema de reconhecimento e execução de decisões em matéria de responsabilidade parental, através da supressão do *exequatur* como forma de aumentar a cooperação judiciária e o nível de confiança entre as autoridades judiciárias dos vários Estados-Membros<sup>41</sup>. Segundo o artigo 27.º, n.º 1, da Proposta as decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades, ainda que qualquer parte interessada possa, nos termos do artigo 27.º, n.º 3, requerer uma decisão que comprove que não existem motivos para recusar o reconhecimento, motivos previstos no artigo 38.º. Da mesma forma, estabelece o artigo 30.º, n.º 1, que as decisões proferidas num Estado-Membro são executórias nos outros Estados-Membros, segundo a lei do Estado de execução, salvo o disposto no Regulamento (artigo 31.º, n.º 1).

O artigo 38.º da Proposta determina os fundamentos que podem justificar a recusa do reconhecimento de uma decisão em matéria de responsabilidade parental a pedido de qualquer parte interessada. Todavia, o artigo 38.º, n.º 2, não permite que os fundamentos de não-reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental, estabelecidos no n.º 1, al. a), b) e c), possam ser invocados contra uma decisão que determine o regresso da criança de acordo com o artigo 26.º, n.º 4, 2.º parágrafo. Da mesma forma, estabelece o artigo 40.º, n.º 1, 2.º parágrafo, em relação aos fundamentos de recusa de execução das decisões em matéria de responsabilidade parental. Esses motivos de recusa são: a violação da ordem pública internacional, tendo em conta o superior interesse da criança; a violação do direito de defesa, nos termos definidos no artigo 38.º, n.º 1, al. b); o pedido da pessoa que alega que a decisão obsta ao exercício da sua responsabilidade parental, se a decisão tiver sido proferida sem que essa pessoa tenha tido a oportunidade de ser ouvida.

Comparando a Proposta com o atual regime previsto no Regulamento Bruxelas II *bis*, a verdade é que este sistema de reconhecimento e execução automática das decisões de regresso proferidas ao abrigo do artigo 11.º, n.º 6 a n.º 8, já resulta do artigo 42.º, segundo o qual, as decisões homologadas no Estado-Membro de origem, de acordo com as condições aí descritas, têm força executória em qualquer Estado-Membro, sem necessidade de outra

---

a situação apenas adquirir natureza transnacional em momento posterior, a certidão deve ser emitida a pedido de uma das partes. Ora, nos termos do artigo 53.º, n.º 5, o certificado estabelecido no n.º 2 da mesma norma só pode ser emitido pelo juiz que tomou a decisão no âmbito da responsabilidade parental, se a criança tiver tido uma oportunidade genuína e efetiva de expressar a sua opinião. Para esse efeito, o Anexo II que consta da proposta tem um campo novo onde se pergunta expressamente se a criança teve oportunidade real e efetiva de se exprimir e se esta opinião foi tomada em consideração no âmbito da decisão.

<sup>41</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, cit., p. 15.

formalidade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento. Ou seja, serão executadas noutro Estado-Membro como se tivessem sido aí emitidas (artigo 42.º, n.º 1, 1.ª parte). Todavia, e ao contrário do sistema atual, em que é automática a execução da decisão de regresso emitida pelo tribunal da residência habitual, a Proposta permite a recusa de execução desta decisão em duas situações em que, por alteração das circunstâncias, a execução seja manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro de execução<sup>42</sup>. De acordo com o artigo 40.º, n.º 2, «[a] pedido da pessoa contra a qual é requerida a execução de uma decisão, esta pode ser recusada se, por força de uma alteração das circunstâncias desde que a decisão foi proferida, a execução for manifestamente contrária à ordem pública do Estado-Membro de execução, em virtude da existência de um dos seguintes fundamentos: a) A criança, com idade e maturidade suficientes, expresse objeções tais que a execução da decisão seja manifestamente incompatível com o seu interesse superior; b) Outras circunstâncias tenham sofrido, desde que a decisão foi proferida, alterações tais que a execução da decisão seria manifestamente incompatível com o interesse superior da criança». Assim, os motivos para a aplicação da cláusula de ordem pública seriam que, em virtude de uma mudança de circunstâncias desde que a decisão foi proferida: (a) a criança com idade e maturidade suficientes se oponha de tal forma ao regresso que a execução seja manifestamente incompatível com o seu superior interesse; (b) outras circunstâncias tenham sofrido tal alteração desde que a decisão foi tomada que a sua execução é agora manifestamente incompatível com os superiores interesses da criança. Há nestas duas exceções o foco da cláusula de ordem pública internacional no superior interesse da criança, que, na realidade, deve ser o principal interesse a ponderar em casos de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, o que nos parece positivo.

Ora, a al. a) da norma proposta reforça o direito de audição da criança e o seu papel na execução da decisão de regresso, pois permite a recusa da execução de uma decisão de regresso com base na oposição da criança, nas circunstâncias descritas naquela disposição legal<sup>43</sup>. Isto reforça a obrigação de audição da criança e tomada em consideração da sua opinião durante o procedimento tendente ao seu regresso ao país de residência habitual. Já a al. b) é uma clara inversão da jurisprudência do TJUE no caso *Povse*, em que foi afirmado que, caso exista uma alteração das circunstâncias que implique que a execução da decisão homologada possa prejudicar o superior interesse da criança, esta será uma questão de fundo, que deve ser levada ao conhecimento do tribunal de origem, a quem se pode pedir uma suspensão da execução da decisão e uma alteração da decisão de regresso<sup>44</sup>. Ora, esta

<sup>42</sup> Provavelmente para responder a situações idênticas ao caso *Povse*: TJUE, *Doris Povse c. Mauro Alpago*, de 1 de julho de 2010, proc. C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400.

<sup>43</sup> Paul Beaumont, Lara Walker, Jayne Holliday, «Parental Responsibility...», *cit.*, p. 1377.

<sup>44</sup> TJUE, *Doris Povse c. Mauro Alpago*, *cit.*, § 81 e 83.



proposta permite que, invocando a reserva de ordem pública internacional, quando exista uma alteração das circunstâncias que implique que a execução da decisão de regresso possa prejudicar o superior interesse da criança, o tribunal do lugar para onde a criança foi retida ou deslocada possa recusar a execução daquela decisão. Com esta alteração, têm-se em conta as alterações das circunstâncias que podem surgir após a obtenção da decisão de regresso, evitando-se a execução de uma decisão que possa ser prejudicial para a criança e que o regresso se traduza numa nova experiência traumática para a criança.

Basta olhar para o caso *Povse* para verificar que estas situações podem acontecer nos casos de rapto internacional de crianças. Neste caso, a execução da decisão de regresso da criança por parte dos tribunais austríacos dá-se quatro anos após a decisão de regresso do tribunal da residência habitual da criança (tribunal italiano)<sup>45</sup>, em que a criança já não conhecia o pai, nem tinha um idioma comum com este. Foi precisamente esta alteração das circunstâncias que levou o TEDH a pronunciar-se sobre o mesmo caso *Povse*<sup>46</sup> e, apesar de este tribunal ter reafirmado a presunção *Bosphorus* ou da proteção equivalente, da fundamentação utilizada ficou clara a tensão entre o princípio do reconhecimento mútuo e a proteção dos direitos humanos<sup>47</sup>. Nesta medida, esta norma da Proposta e a necessidade de considerar o superior interesse do menor na execução da decisão de regresso também podem ser vistas como uma forma de aproximação às advertências do TEDH<sup>48</sup>, flexibilizando a rigidez do mecanismo de reconhecimento automático da decisão de regresso nas situações mais complexas<sup>49</sup>.

## 2.10. As funções das autoridades centrais

Resulta da Proposta também uma clarificação do papel das autoridades centrais nas situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, sendo exigida àquelas autoridades uma intervenção mais ativa, o que também nos parece positivo. Na realidade, podemos considerar que a Proposta se foca bastante sobre o papel das autoridades centrais (artigos 63.º e 64.º): clarificando funções, estabelecendo novas tarefas, esclarecendo deveres de colaboração ou estabelecendo novos deveres de colaboração, criando prazos para responder.

---

<sup>45</sup> Sobre as especificidades deste caso, v. Anabela Gonçalves, «The balance between the protection of fundamental rights and the EU principle of mutual trust», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 1, pp. 117-121.

<sup>46</sup> Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Sofia Povse and Doris, Povse v. Austria*, julgamento de 18 junho de 2013, Appl. n.º 3890/11.

<sup>47</sup> O que se acentuou em outras decisões do TEDH. Para mais desenvolvimentos, v. Anabela Gonçalves, «The balance between the protection of fundamental rights...», *cit.*, pp. 111-131.

<sup>48</sup> Também neste sentido, Elena Rodriguez Pineau, «Regulation Brussels II bis Recast...», *cit.*, p. 152.

<sup>49</sup> Também neste sentido, Constanza Honorati, «La proposta di revision del regolamento Bruxelles II bis...», *cit.*, p. 28.

No âmbito das situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, olhando para o artigo 63.º da Proposta é de salientar, como função da autoridade central: a assistência para ajudar a localizar a criança quando esta se encontre no seu território [(al. a)]; apoiar a comunicação entre autoridades no âmbito dos processos de regresso [(al. d)]; preparar no prazo de seis semanas o *dossier* com as informações necessárias quando intentam ou ajudam a intentar um processo judicial para obter o regresso da criança [(al. g)]. Quanto a esta última função, é necessário considerar que as autoridades centrais podem não ter os meios para receber e instruir o pedido no prazo de seis semanas. Sendo certo que cada Estado tem o poder de estruturar sua autoridade central conforme seja necessário para desenvolver as suas funções, o artigo 61.º da Proposta estabelece que os Estados-Membros devem garantir que as suas autoridades centrais tenham meios suficientes para cumprir as funções que resultam do Regulamento. Face à realidade atual, esta norma certamente exigirá a reestruturação das autoridades centrais de alguns Estados-Membros, sob pena de violação do direito da União Europeia<sup>50</sup>.

### 3. CONCLUSÕES

Em conclusão, a Proposta da Comissão Europeia conserva o atual sistema de Regulamento Bruxelas II *bis*, mantendo a prioridade da decisão do tribunal da residência habitual da criança, ainda que com algumas alterações. Em geral, podemos constatar que várias medidas apontadas podem ajudar a melhorar a eficácia do mecanismo de regresso da criança, como: a concentração territorial da jurisdição; o estabelecimento de prazos adicionais e o esclarecimento do objeto de cada prazo; a limitação da possibilidade de recursos e da execução provisória da decisão que decreta o direito da criança, unificando estas questões em todos os Estados-Membros; o aumento do requisito de cooperação entre as autoridades dos Estados-Membros; a introdução da mediação como forma de resolução destes litígios para pacificar as relações entre os pais; a reafirmação do direito de audição da criança como princípio estrutural do Regulamento.

A maior parte das alterações propostas parece melhorar o sistema do Regulamento Bruxelas II *bis* relativamente à deslocação ou retenção ilícitas de crianças. Parecem também concretizar os objetivos gerais da reformulação, nomeadamente, proteger o superior interesse da criança e fortalecer o princípio do reconhecimento mútuo, intensificando os mecanismos para promover a confiança mútua entre as autoridades judiciais dos Estados-Membros<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> E da sujeição do Estado-Membro ao procedimento de incumprimento, previsto no artigo 258.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

<sup>51</sup> Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho...*, cit., p. 2.