

○ DIREITO N(UM)A

HORA

RUI MOURA RAMOS

*O rapto de crianças
no plano internacional*

Alguns aspectos



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

VD
VULNERABILIDADE & DIREITO



I
·
J

O presente trabalho foi realizado no âmbito das actividades do Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013)

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Jorge Ribeiro

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.fd.uc.pt/institutojuridico
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8787-75-0

© FEVEREIRO 2017

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ó RAPTO DE CRIANÇAS NO PLANO INTERNACIONAL

ALGUNS ASPECTOS*

Rui Moura Ramos

1. *Introdução.* Um recente acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹ constatou uma violação do direito à vida privada e familiar, reconhecido pelo artigo 8.^o da Convenção Europeia

* O presente estudo, inicialmente publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência* (no ano 144.^o, n.^o 3992, relativo a Maio Junho de 2015, p. 381-406) como anotação ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos proferido a 5 de Fevereiro desse mesmo ano no processo *Phostira Efthymiou e Ribeiro Fernandes c. Portugal*, foi realizado no âmbito do projecto UID/DIR04643/2013 «Desafios sociais, incerteza e direito», desenvolvido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, de que o autor é investigador associado. E serviu de base à intervenção oral do Autor sob o tema em análise, em 13 de Novembro de 2015, na iniciativa *O direito n(um) a hora*, promovida pelo Grupo *Vulnerabilidade e Direito* (coordenado pelo Doutor João Loureiro) do Instituto Jurídico.

¹ Falamos do acórdão proferido pela 1.^a Secção, no processo *Phostira Efthymiou e Ribeiro Fernandes c. Portugal* (processo n.^o 66775/11), a 5 de Fevereiro de 2015.

² É o seguinte o teor desta disposição: Artigo 8.^o (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício

de Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais³, por parte de Portugal, violação consubstanciada pela execução (a ter lugar) da sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Abril de 2011 que ordenou a anulação do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15 de Julho de 2010 e a confirmação da sentença proferida pelo tribunal de menores e de família da mesma cidade, em 14 de Janeiro desse ano. Esta última decisão, reconhecendo o bem fundado da pretensão do Ministério Público, considerara ilícita, face ao artigo 3.º, alínea b), da Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças⁴ a presença em Portugal de uma menor cuja responsa-

deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

As requerentes (pontos 3, 29, 31 e 35 do acórdão transcrito) invocaram igualmente uma violação do artigo 6.º da Convenção, por a decisão final dos tribunais portugueses ter sido proferida num prazo desrazoável. Seguindo a sua jurisprudência anterior, o Tribunal entendeu, porém, invocando que lhe pertencia a qualificação jurídica dos factos, que uma vez que o artigo 8.º da Convenção exige que o processo decisório nacional que conduza a medidas de ingerência seja equitativo e respeite, como é devido, os interesses protegidos por esta disposição, a duração do processo constitui igualmente um elemento a ser considerado no contexto da análise da violação deste artigo (ponto 30). E viria a concluir, a este propósito (ponto 52) que, tendo o processo demorado um ano, seis meses e vinte dias nos três graus de jurisdição tal seria excessivo dada a urgência inerente à matéria e o prazo de seis semanas constante do artigo 11.º da Convenção da Haia; e entendeu, contrariamente ao sustentado pelo Governo Português, que a segunda requerente havia feito um uso normal dos recursos que lhe eram consentidos pelo direito interno e não podia ser responsabilizada pela duração do processo.

³ De ora em diante, simplesmente, Convenção Europeia.

⁴ Sobre este texto convencional, cfr. o *Rapport Explicatif* de Elisa PÉREZ VERA, in *Actes et Documents de la Quatorzième session* (1980), Tome III, Enlèvement d'enfants, 426-473; Gabriella CARELLA, «La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civile della sottrazione internazionali di mi-

noris», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 30 (1994) 777-794; Rhona SCHUZ, «The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law», *International and Comparative Law Quarterly* 44 (October 1995) 771-802; Paul R. BEAUMONT/Peter E. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford: Oxford University Press, 1999; Jacob DOLINGER, *Direito Internacional Privado (Parte Especial), Direito Civil Internacional*, v. I – *A Família no Direito Internacional Privado*, t. II – *A Criança no Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 244-269; Jacques CHAMBERLAND, «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge: Intersentia, 2013, 113-121; Gustavo Ferraz de Campos MONACO, *Guarda Internacional de Crianças*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, 146-155; e, na nossa doutrina, Nuno Gonçalo da Ascensão e SILVA, «A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspectos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra: Almedina, 2005, 443-556; e Lima PINHEIRO, «Deslocação e retenção internacional ilícita de crianças», in *Direito da Família e dos menores: que direitos no século XXI?*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2015, 23-32. E, para o seu equivalente no continente americano (a Convenção Interamericana de Montevideo, de 15 de Julho de 1989, sobre Restituição Internacional de Menores), cfr. José Augusto Fontoura COSTA, «Convenção interamericana sobre restituição internacional de menores», in Paulo Borba CASELLA/Nadia de ARAUJO, coord., *Integração Jurídica Interamericana. As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, São Paulo: LTr, 1998, 537-563; Jacob DOLINGER, *Direito Internacional Privado (Parte Especial), Direito Civil Internacional*, v. I – *A Família no Direito Internacional Privado*, t. II -- *A Criança no Direito Internacional* (cit. nesta nota), 273-277; e Gustavo Ferraz de Campos MONACO, *Guarda Internacional de Crianças* (op. cit. nesta nota), 155-157.

Atente-se em que, em alguns Estados vinculados a este instrumento, determinados aspectos específicos viriam a ser objecto de uma regulamentação particular. Para a análise de um desses casos (com especial referência à problemática do retorno da criança), cfr. Andreas BUCHER, «Réforme en matière d'enlèvement d'enfants: la loi suisse», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar*, Milano: Giuffrè Editore, 2009, 181-197.

E quanto ao desaparecimento das reticências que permaneciam em alguns dos Estados refractários à ratificação deste texto, cfr. Dai YOKOMIZO, «La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlève-

bilidade parental era anteriormente exercida conjuntamente pelos seus progenitores, e dado que um deles se opunha à sua presença no nosso país. O tribunal entendeu que, tendo-se o progenitor em questão oposto a essa presença em 15 de Setembro de 2009, o menor se encontrava ilicitamente retido em Portugal há menos de um ano e que se não aplicava nenhuma das exceções ao seu regresso previstas nos artigos 12.º e 13.º da Convenção, ordenando por isso o seu regresso ao país da residência habitual anterior à deslocação ilícita (Chipre), e afastou, por não pertinentes, as alegações relativas às dificuldades de integração em Chipre, à sua boa integração em Portugal e à circunstância de se encontrar entre nós a sua principal pessoa de referência.

A decisão a que nos reportamos⁵ confirma uma linha jurisprudencial que se tem afirmado no Tribunal de Estrasburgo a propósito da interpretação daquela Convenção da Haia, reiterando assim um entendimento que não tem sido isento de críticas⁶. cremos, assim, que vale a pena que nos detenhamos um pouco sobre

ment d'enfants et le Japon», *Rev. crit. DIP* 101 (2012) 799-813.

⁵ Que, por unanimidade, declara o pedido admissível, e, por cinco vozes contra duas, considera que o artigo 8.º da Convenção Europeia seria violado caso o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Abril de 2011 viesse a ser executado, e que esta constatação constitui reparação suficiente do dano não patrimonial sofrido pelas requerentes, condena o Estado Português a pagar às requerentes a quantia de 765 euros, acrescida das despesas do processo em que estas hajam incorrido (quantia a que acrescerão juros até ao momento do pagamento se ela não for paga nos três meses que se seguem ao momento em que o acórdão se torne definitivo), e rejeita, quanto ao mais, o pedido de compensação equitativa por estas formulado.

⁶ Cfr. Paul BEAUMONT/Lara WALKER, «Post *Neulinger* case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 3) 17-32; e Michael BOGDAN, «Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs*, Madrid:Marcial Pons, 2013, 213-224.

esta questão, tanto mais que se afigura constante, entre nós⁷, o entendimento ora objecto de crítica. Começaremos, pois, por analisar os factos da causa e a interpretação do direito aplicável que prevaleceu nas instâncias jurisprudenciais nacionais (I), para analisar depois a censura de que foi objecto pelo Tribunal de Estrasburgo (II), concluindo então pela apreciação crítica desta última posição (III).

2. *Os factos litigiosos e a posição das instâncias nacionais.* Da união de A, cidadã dupla nacional portuguesa e moçambicana, nascida em 1978 em Moçambique, com B, cidadão possuidor também de dupla nacionalidade sul-africana e cipriota, nasceu em 2006, na África do Sul, C, cidadã cipriota, vindo em finais do ano civil seguinte a família a estabelecer residência em Chipre. A 1 de Setembro de 2009, com o consentimento de B, A deslocou-se a Portugal na companhia de C, por motivo de férias, e tendo o regresso a Chipre previsto para 15 do mesmo mês. Nessa data, contudo, informou B de que tinha decidido ficar em Portugal e não regressaria àquele país, tendo-se instalado com C em Cantanhede, onde A desenvolveu actividade comercial e C foi inscrita em Novembro numa creche.

Em 16 de Setembro de 2009, o Ministério Público fez dar entrada no tribunal de Cantanhede uma acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais em relação a C, e, a 21 do mesmo mês, B, invocando a Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças⁸, demandou a autoridade central⁹ cipriota encarregada da aplicação da

⁷ Para mais dados a este respeito, cfr. Maria dos Prazeres BELEZA, «Jurisprudência sobre rapto internacional de crianças», *Julgado* 24 (Set./Dez. 2014) 67-87. Para a análise de um caso emblemático na jurisprudência brasileira, cfr. Florisbal de Souza DEL'OLMO, «Subtração internacional de crianças à luz do caso Sean Goldman», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15 (2015) 739-772. E, para outras indicações jurisprudenciais, cfr. Jacob DOLINGER, *Direito Internacional Privado (Parte Especial), Direito Civil Internacional*, v. I – *A Família no Direito Internacional Privado*, t. II -- *A Criança no Direito Internacional* (*cit. supra*, nota 3), 278-312.

⁸ De ora em diante, Convenção da Haia.

⁹ Sobre o sistema de autoridades centrais, veja-se o Capítulo II da Convenção (artigos 6.º e 7.º).

Convenção da Haia em ordem a obter o regresso de C a Chipre. E, a 23 de Setembro, esta autoridade central solicitou à sua homóloga portuguesa (a *Direcção-Geral de Reinserção Social*) o regresso de C a Chipre.

Depois de a autoridade central portuguesa ter informado o tribunal de Cantanhede do processo instaurado por B, requerendo a suspensão da acção aí em curso até que fosse tomada uma decisão sobre o regresso da criança, o Ministério Público junto do tribunal de família e menores de Coimbra requereu¹⁰, em 2 de Novembro, o regresso de C a Chipre, invocando o carácter ilícito da sua retenção em Portugal.

A veio invocar que o casal teria deixado Moçambique para se instalar em Chipre dado o modo de vida de B, e requereu ao tribunal que lhe fosse confiada a guarda de C, que se teria adaptado bem a Portugal; apresentou diversos documentos e requereu a audição, como testemunha, da sua mãe.

A 17 de Setembro, B informou o tribunal de que vivia em união de facto com A há dezasseis anos, que só tinha autorizado a saída de C, em 1 de Setembro, porque A se tinha comprometido a regressar a 15 do mesmo mês, e que tinha perdido todo o contacto com C após aquela data; apresentou diversos documentos e requereu a audição de duas testemunhas com residência em Chipre.

Por relatório entregue no tribunal a 5 de Janeiro de 2010, a Segurança Social confirmava que a criança se encontrava bem integrada no seu meio familiar e escolar, e que A tinha a intenção de fixar residência em Portugal.

O tribunal ouviu a 6 de Janeiro a testemunha apresentada por A, considerou não poder ouvir, dada a natureza urgente do processo, as testemunhas apresentadas por B, e proferiu a sua decisão, a 14 de Janeiro, considerando ilícita, à luz do artigo 3.º, alínea b) da Convenção da Haia, a manutenção de C em Portugal, na medida em que a responsabilidade parental era anteriormente exercida por A e por B, tendo este manifestado a 15 de Setembro a sua oposição à instalação de C em Portugal. Observou que a retenção ilícita durava há menos de um ano, e, considerando não haver lugar à aplicação das excepções constantes dos artigos 12.º e 13.º da Convenção,

¹⁰ Despacho que seria comunicado a A e a B.

ordenou o regresso de C a Chipre, país da sua residência habitual; e entendeu desprovidas de pertinência as alegações de A quanto às dificuldades de integração em Chipre, à boa adaptação de C a Portugal, e ao facto de ela constituir a principal pessoa de referência da criança (C).

Invocando uma errada aplicação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) da Convenção da Haia, A recorreu desta decisão, a 5 de Fevereiro, para o Tribunal da Relação de Coimbra. Contestou que Chipre pudesse ser considerado o Estado da residência habitual de C, uma vez que teria sempre vivido em Moçambique e teria sido obrigada a instalar-se com B em Chipre por este ser objecto de procedimentos judiciais em Moçambique¹¹, e afirmou que o regresso de C a Chipre a expunha a um perigo psíquico, moral e físico, considerando B incapaz de se ocupar da menor, e lamentando que o tribunal não tivesse procurado avaliar a sua situação sócio-económica e a sua capacidade de se responsabilizar pela criança; e apresentou em apoio desta argumentação um relatório redigido em 3 de Fevereiro de 2010 por um psicólogo que concluía no sentido de que ela devia ser considerada a pessoa de referência para a criança e que a ruptura deste vínculo teria para esta últimas consequências emocionais. E, a 22 de Março, pediu a junção ao processo que corria na Relação de uma ordem de detenção de B, emitida a 11 de Março de 2010 pelas autoridades moçambicanas no contexto de uma investigação por falsificação.

No seu acórdão de 15 de Junho, a Relação de Coimbra considerou não se encontrar processualmente provado que B fosse objecto de procedimentos judiciais em Moçambique, confirmou o carácter ilícito da retenção de C por A em Portugal, uma vez que, sendo a responsabilidade parental exercida conjuntamente pelos dois progenitores, esta havia decidido unilateralmente não regressar a Chipre, mas entendeu que o caso se inseria na hipótese da alínea b) do n.º 1 do artigo 13.º da Convenção da Haia, considerando que o regresso a Chipre constituiria uma grande violência psicológica para a criança, tendo em conta a sua idade e uma vez que ela se encontrava bem integrada em Portugal, e que há mais de nove meses que não tinha contacto com o pai. E acrescentou não ter sido demons-

¹¹ O que teria sido confirmado pela testemunha ouvida pelo tribunal.

trado que, em caso de regresso, as autoridades cipriotas garantiriam, através das medidas adequadas, a protecção da menor. E, por duas vezes contra uma, anulou a decisão atacada e ordenou que a criança não regressasse a Chipre.

O Ministério Público recorreu desta decisão para o Supremo, sustentando que o processo não permitia afirmar que o pai houvesse exercido de modo inadequado a sua responsabilidade parental em relação à criança, e que, por isso, o regresso a Chipre a exporia a um perigo físico ou psíquico; e lamentou que não tivesse sido requerida no decurso do processo qualquer informação sobre a situação da criança em Chipre anteriormente à sua deslocação.

Por acórdão de 14 de Abril de 2011, o Supremo Tribunal de Justiça anulou a decisão do tribunal da Relação de Coimbra e confirmou a sentença proferida pelo tribunal de família e menores desta cidade, entendendo que a situação concreta configurava uma retenção ilícita, no sentido do artigo 13.º, n.º 1, alínea a), da Convenção da Haia. Lamentou que não tivesse sido seguida durante o processo a recomendação constante do artigo 13.º relativa ao estabelecimento da situação social da criança no país da residência habitual e considerou não se encontrarem preenchidas as condições de facto de que depende a aplicação da excepção prevista no artigo 13.º, n.º 1, alínea b), da Convenção da Haia, por não terem sido provados «factos que pudessem atestar de modo sólido a existência de um risco para a criança ou de a colocar numa situação intolerável».

3. *A censura do Tribunal de Estrasburgo.* A decisão dos tribunais portugueses que acabamos de relatar dá pois cumprimento às obrigações que, na sequência dos objectivos indicados pelo artigo 1.º da Convenção da Haia, o Estado Português, nos termos do artigo 2.º deste texto convencional, assumiu, ao vincular-se internacionalmente perante este texto. Entendendo estarem perante uma retenção ilícita de uma criança, nos termos do seu artigo 3.º, os nossos órgãos jurisdicionais ordenaram o seu regresso ao país onde se encontrava anteriormente à deslocação, dando cumprimento à regra do artigo 12.º, por não considerarem verificadas as condições (constantes dos artigos 13.º e 20.º) que poderiam permitir excepcionar à execução da

obrigação dele decorrente¹².

Mesmo sem ter sido cumprida¹³, o facto é que esta decisão, ao ordenar o regresso de C a Chipre, viria a ser considerada uma violação do direito ao respeito da vida privada e familiar¹⁴ consagrado

¹² Note-se que o mecanismo a que em texto sumariamente se aludiu é objecto de alguns desenvolvimentos no artigo 11.º do Regulamento n.º 2201/2003. Aí se prevêem expressamente a audição da criança (n.º 2), a adopção de uma tramitação acelerada (n.º 3), as limitações à possibilidade de o tribunal se recusar a decretar o regresso da criança (n.ºs 4 e 5), o procedimento a seguir em caso de ser proferida uma decisão de retenção ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia (n.ºs 6 e 7), e, não obstante uma decisão de retenção, o reconhecimento de força executória a uma decisão posterior que exija o regresso da criança proferida por um tribunal competente ao abrigo do regulamento (n.º 8). A este respeito, cfr. Sara TONOLO, «La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il Regolamento Bruxelles II *bis* e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 47/1 (2011) 81-100; e, entre nós, Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, «The *Rinau* Case and the wrongful removal or retention of children», *UNIO. EU Law Journal*, 124-146 (132-146).

Sobre o relevo que tem vindo a ser reconhecido, neste e noutros processos semelhantes, à audição da criança, cfr. Maria Ch. SOTIROPOULOU, «L'écoute de l'enfant aux conventions internationales/règlements européens, est-elle un exemple de l'influence des vraies valeurs fondamentales sur le droit international privé?», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon V. Vrellis*, Athens: Nomiki Bibliothiki, 2014, 925-936.

¹³ O acórdão informa (no seu ponto 27) que em 16 de Maio de 2014 C se encontrava com A em Portugal, sendo o seu paradeiro desconhecido das autoridades nacionais.

¹⁴ Por A, que para o efeito agia em nome próprio e enquanto representante legal de C, sua filha.

No processo em Estrasburgo, o Estado Português admitiu que o regresso de C a Chipre podia afectar a vida familiar de A e C. Mas afirmou que as jurisdições nacionais gozavam, a este respeito, de uma larga margem de apreciação, e que a decisão tomada na sequência do processo judicial interno era conforme à Convenção da Haia e visava proteger o interesse superior da criança, retida ilicitamente em Portugal desde 15 de Setembro de 2009. Adiantou que nada indicava que o processo não tivesse sido justo e equitativo, que a decisão de ordenar o regresso se encontrava suficientemente fundamentada, que a alegação da existência de um «risco

no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tendo a questão sido levada ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹⁵.

Após referir que não considerava o pedido manifestamente infundado, no sentido do artigo 35.º, n.º 3, alínea a), da Convenção Europeia, e que não existiam razões que se opusessem à sua admissibilidade, o Tribunal Europeu começou por afirmar que, para as requerentes (A e C) continuar a viver em conjunto era um elemento fundamental que decorria, à evidência, da sua vida familiar no sentido do artigo 8.º da Convenção Europeia, que seria, por isso, aplicável ao caso, adiantando ainda não ser, em concreto, contestado, que o regresso da criança ordenado pelos tribunais portugueses constituía uma ingerência no direito de C e de A ao respeito da vida privada e familiar no sentido do artigo 8.º, n.º 2, da Convenção. E acrescentou que este texto deve ser aplicado de acordo com os princípios de direito internacional, em particular os relativos à protecção internacional dos direitos do homem; e, no que respeita mais precisamente às obrigações positivas que o artigo 8.º faz pesar sobre os Estados contratantes em matéria de reunião de um progenitor e dos seus filhos, que eles se devem interpretar à luz da Convenção da Haia e da Convenção dos Direitos da Criança de 20 de Novembro de 1989¹⁶.

grave», no sentido do artigo 13.º, n.º 1, alínea b) da Convenção da Haia seria desprovida de precisão, e, nomeadamente, que A não haveria provado nem a existência de qualquer risco físico ou psíquico para a criança, em caso de regresso a Chipre, nem o modo de vida por ela censurado ao pai da criança, nem a incapacidade deste de se ocupar da filha. E recordou que o processo litigioso apenas visava decidir o regresso ou não da criança ao Estado da sua residência habitual, que era incontestavelmente Chipre, e não a outorga da guarda da criança a um ou a outro dos progenitores (pontos 33 e 34). As requerentes não apresentaram observações sobre o mérito da causa.

¹⁵ De ora em diante, simplesmente, Tribunal Europeu, ou apenas Tribunal.

¹⁶ Sobre este texto, cfr., além do relatório do Grupo de trabalho que preparou o projecto de convenção [in Maria Rita SAULLE, ed., *The Rights of the Child. International Instruments*, New York, Transnational Publishers, 1993, 31-188], Abderrazak Moulay Rchid, «Les droits de l'enfant dans les

Em particular, o Tribunal Europeu sublinhou que a decisão de regresso tomada pelas autoridades portuguesas se fundava na Convenção da Haia, recebida na ordem jurídica portuguesa, e visava proteger os direitos e liberdades da criança, pelo que a ingerência na vida privada e familiar prosseguia assim um interesse legítimo, no sentido do artigo 8.º, n.º 2, da Convenção. A questão que se punha era pois a de saber se tal ingerência era «necessária numa sociedade democrática», no sentido do artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia, interpretado à luz dos instrumentos internacionais referidos, consistindo o ponto decisivo em saber se o justo equilíbrio que deve existir entre os interesses concorrentes em presença – os da criança, dos dois progenitores e da ordem pública – havia sido alcançado nos limites da margem de apreciação de que os Estados gozam na matéria, tendo contudo presente que o interesse superior da criança deve constituir a consideração principal, na medida em que os objectivos de prevenção e de regresso imediato correspondem a uma dada concepção de «interesse superior da criança».

Recordou que a Convenção da Haia associa este interesse ao restabelecimento do *statu quo ante*, através de uma decisão de regresso imediato da criança ao seu país de residência habitual em caso de deslocação ilícita, mas isto sempre considerando que um não retorno pode por vezes considerar-se justificado por razões objectivas que correspondam ao interesse da criança, o que explica a existência de excepções. E que decorre directamente não só do artigo 8.º da Convenção Europeia, mas também da própria Convenção da Haia, tendo em conta as excepções que esta expressamente prevê ao princípio do

conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabomusulmans», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 268 (1997) 9290; Karin ARTS, «Twenty-five years of the United Nations Convention on the rights of the child: Achievements and challenges», *Netherlands International Law Review* 61/3 (2014) 267-303; Carmen LAVALLÉE, *La Protection internationale des droits de l'enfant. Entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles: Bruylant, 2015; e, entre nós, Marta Santos PAIS, «A Convenção sobre os direitos da criança: desafio para o futuro», in *Documentação e Direito Comparado* 4142 (1990) 3951; e Manuela Baptista LOPES, «Os direitos da criança no sistema jurídico português», *Boletim da Faculdade de Direito* 90/1 (2014) 331-354.

regresso imediato da criança ao país da sua residência habitual, que tal retorno não deverá ser ordenado de modo automático ou mecânico.

O Tribunal acrescenta que, no contexto de um pedido de regresso feito nos termos da Convenção da Haia, a noção de interesse superior da criança deve ser apreciada à luz das excepções previstas neste texto, que se referem ao decurso do tempo (artigo 12.º), às condições de aplicação da convenção [(artigo 13.º, n.º 1, alínea a)], e à existência de um «risco grave» [artigo 13.º, n.º 1, alínea b)], assim como ao respeito dos princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (artigo 20.º). Tarefa que compete em primeiro lugar às autoridades nacionais requeridas, que beneficiam de um contacto directo com os interessados. E que, para a levar a cabo, nos termos do artigo 8.º da Convenção Europeia, gozam de uma margem de apreciação, que é contudo acompanhada de um controlo europeu em virtude do qual o Tribunal examina, sob o ângulo da Convenção, as decisões proferidas por aquelas no exercício desse poder. É certo que o Tribunal declara não pretender substituir-se, no quadro deste controlo, às autoridades nacionais. Mas acrescenta que entende dever assegurar-se que o processo decisório que conduziu as autoridades nacionais a tomar a medida em questão foi equitativo e permitiu aos interessados fazer valer plenamente os seus direitos, respeitando o interesse superior da criança. Para o fazer, deve verificar se as jurisdições nacionais procederam a um profundo exame da situação familiar no seu conjunto e de toda uma série de elementos, nomeadamente de ordem factual, afectiva, psicológica, material e médica, e se levaram a cabo uma apreciação equitativa e razoável dos interesses respectivos de cada um dos interessados, com a preocupação constante de determinar qual era a melhor solução para a criança no contexto de um pedido de regresso ao país de origem; e que também lhe cabe, sempre que uma parte invoca uma das excepções expressamente previstas no artigo 13.º, n.º 1, da Convenção da Haia, proceder a um exame efectivo das suas alegações.

Mais precisamente, o Tribunal considera que o artigo 8.º da Convenção Europeia põe a cargo das autoridades internas, a este propósito, uma obrigação processual particular: ao examinar o pe-

dido de regresso da criança, os juízes devem não só examinar qualquer alegação pertinente de «risco grave» para a criança em caso de regresso, mas também proferir a este respeito uma decisão especialmente fundamentada face às circunstâncias do caso. Assim, a recusa de ter em conta objecções ao regresso susceptíveis de serem consideradas no âmbito dos artigos 12.º, 13.º e 20.º da Convenção da Haia, bem como uma insuficiência da fundamentação que as rejeite, deverão ser consideradas contrárias não só às exigências do artigo 8.º da Convenção Europeia, como também ao objecto e fim da Convenção da Haia. A consideração efectiva de tais alegações deve resultar de uma fundamentação das jurisdições internas que se não apresente como automática e estereotipada, mas antes suficientemente circunstanciada à luz das excepções previstas na Convenção da Haia, sendo porém certo que estas são de interpretação estrita. Tal permitirá ao Tribunal cumprir a sua missão de controlo europeu, sem que para tanto se tenha que substituir aos juízes nacionais. Noutros termos, a necessidade de respeitar os prazos curtos previstos na Convenção da Haia não exonera as autoridades judiciárias do dever de proceder ao exame efectivo das alegações de uma parte relativas a uma das excepções expressamente previstas no artigo 13.º, n.º 1. Enfim, neste tipo de casos, a adequação de uma medida não se julga pela rapidez da sua execução: os processos relativos à atribuição de responsabilidades parentais, incluindo a execução das decisões neles proferidas, reclamam tratamento urgente, porque a passagem do tempo pode ter consequências irremediáveis sobre as relações entre a criança e o progenitor que não vive com ela. De resto tal é reconhecido pela Convenção da Haia, ao prever um conjunto de medidas tendentes a assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas ou retidas num Estado contratante; nos termos do artigo 11.º da Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas requeridas devem adoptar procedimentos de urgência com vista ao regresso da criança, qualquer atraso que ultrapasse as seis semanas podendo justificar um pedido de explicações.

Depois de ter recordado este quadro geral, decorrente já, em grande medida, da sua anterior jurisprudência, o Tribunal passou a

discorrer sobre o caso concreto. A este respeito, sublinhou o acordo das jurisdições portuguesas quanto ao carácter ilícito, no sentido do artigo 3.º, alínea b) da Convenção da Haia, da retenção da criança em Portugal, na medida em que as responsabilidades parentais em relação a ela eram exercidas conjuntamente pelos dois progenitores e tinha sido sem o acordo do pai (B) que A tinha decidido não regressar a Chipre a 15 de Setembro de 2009. Mas não deixou de salientar a falta de unanimidade entre elas quanto à solução final do caso, com o Supremo e o tribunal de família e menores de Coimbra a pronunciarem-se no sentido do regresso da criança a Chipre e a Relação de Coimbra a chegar à conclusão oposta.

Procurando, agora, a fundamentação destas decisões, recorreu que o tribunal de família e menores de Coimbra rejeitara as objecções de A ao regresso da criança por a retenção desta durar há menos de um ano e as excepções previstas nos artigos 12.º e 13.º da Convenção da Haia não serem aplicáveis ao caso, negando pertinência aos argumentos avançados por esta, e relativos à dificuldade que enfrentara para se integrar em Chipre, à boa adaptação da criança em Portugal e ao facto de ela ser a principal pessoa de referência da criança. Já a Relação de Coimbra considerou preenchida a condição de aplicação da excepção prevista no artigo 13.º, n.º 1, alínea b) da Convenção da Haia, visto que a integração da criança em Portugal, o seu afastamento do pai após 15 de Setembro de 2010, e o facto de se não ter demonstrado que as autoridades cipriotas oferecessem medidas de protecção adequadas à criança na hipótese de regresso. O Supremo, enfim, lamentando que a situação social da criança em Chipre não tivesse sido esclarecida durante o processo, como o exigiria o artigo 13.º da Convenção da Haia, afastou a existência de um risco grave para a criança em caso de regresso e confirmou a decisão do tribunal de família e menores de Coimbra. Deste quadro, o Tribunal de Estrasburgo concluiu que a fundamentação das divergências de posição das jurisdições internas sobre a aplicabilidade ou não, face às circunstâncias do caso, das excepções ao regresso da criança previstas pela Convenção da Haia fora particularmente sucinta, baseando-se em poucos elementos de prova. Na verdade, aquelas jurisdições ter-se-iam limitado, em sede de prova dos factos

em que fundaram as suas decisões, a tomar em conta os argumentos apresentados por A e por B nos respectivos articulados, ouvir uma testemunha apresentada por A e tomado conhecimento do relatório apresentado pela segurança social portuguesa em 5 de Janeiro de 2010.

O Tribunal sublinhou que nenhum elemento do processo permitia determinar qual era a situação da criança em Chipre anteriormente à sua transferência, como de resto fora lamentado pelo Ministério Público no Supremo, sublinhando que as instâncias não tinham julgado necessário solicitar informações à autoridade central cipriota quanto à situação do pai e à sua eventual incapacidade de tomar conta da criança, como fora alegado pela requerente. E precisou que o artigo 8.º da Convenção Europeia impunha às autoridades portuguesas uma obrigação processual, ao exigir que qualquer alegação defensável de «risco grave» para a criança fosse objecto de um exame efectivo por parte dos juízes, exame que deveria resultar de uma fundamentação circunstanciada. Competiria assim aos juízes portugueses proceder a verificações sérias que permitissem quer confirmar quer afastar a existência de um «risco grave», solicitando se fosse caso disso observações sobre a situação da criança em Chipre, como o recomendaria o artigo 13.º da Convenção da Haia.

O Tribunal notou ainda que a requerente apresentara, em apoio do seu recurso perante a Relação de Coimbra, um relatório de um psicólogo, com data de 2 de Fevereiro de 2010, que concluíra pela existência de um risco de traumatismo para a criança, em caso de separação da mãe; e que a 22 de Março do mesmo ano havia igualmente apresentado cópia de uma ordem de detenção emitida a 11 de Março de 2010 pelas autoridades moçambicanas em relação ao pai da criança (B). Ora, a Relação de Coimbra teria implicitamente desconsiderado esta questão no seu acórdão de 17 de Junho de 2010, ao afirmar que a existência de procedimentos judiciais contra o pai não integrava os factos por ela considerados provados. Além disso, o acórdão do Supremo de 14 de Abril de 2011 não faria qualquer referência aos elementos apresentados pela requerente em apoio ao seu recurso.

Por último, considerou que o factor tempo era decisivo para

apreciar o respeito pelo artigo 8.º da Convenção Europeia, apesar de, segundo o artigo 12.º, n.º 2, da Convenção da Haia, «a autoridade judicial ou administrativa, mesmo após a expiração do período de um ano (...) deve[r] ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que já se encontra integrada no seu novo ambiente». E notou, a esse propósito, que o pedido de regresso da criança fora dirigido pela autoridade central cipriota à sua homóloga portuguesa a 23 de Setembro de 2009, que a sentença do tribunal de família e menores de Coimbra havia sido proferida a 14 de Janeiro de 2010, o acórdão da Relação de Coimbra a 15 de Junho de 2010 e o acórdão do Supremo a 14 de Abril de 2011, tendo assim o processo demorado um ano, seis meses e vinte dias para três graus de jurisdição, o que se afiguraria excessivo face à urgência inerente à matéria e ao prazo de seis semanas constante do artigo 11.º da Convenção da Haia. E, contrariamente à posição do Governo Português, considerou que A tinha feito um uso normal das vias de recurso previstas no direito interno, não podendo assim ser considerada responsável pela demora no processo. Além disso, se o tribunal de Coimbra havia ordenado o regresso da criança tendo em conta a circunstância de a retenção durar há menos de um ano, o Supremo não teria revisto esta posição; e o Tribunal entendeu que a duração do processo podia ter produzido alterações na situação da criança, tanto mais que esta parecia já bem integrada no seu novo ambiente escolar à data do relatório da segurança social de 5 de Janeiro de 2010.

À luz do exposto, e em particular da ausência de informações relativas à situação em Chipre e aos riscos para a criança em caso de separação da mãe, expostos no relatório do psicólogo de 2 de Fevereiro de 2010, o Tribunal concluiu que o processo decisório não tinha cumprido as exigências processuais inerentes ao artigo 8.º da Convenção Europeia; e entendeu por isso que o direito das requerentes ao respeito da sua vida privada seria violado se a decisão que ordenou o regresso de C a Chipre fosse executada¹⁷. Analisou

¹⁷ Note-se que a decisão comportou, como dissemos, um voto de vencido subscrito por dois dos juízes que integravam a formação de julgamento, nos termos do qual a execução do acórdão do STJ de 14 de Abril de 2011 não envolveria violação do artigo 8.º da Convenção Euro-

peia. O voto enfatiza, na linha da jurisprudência do Tribunal Europeu, a necessidade «de uma aplicação combinada e harmoniosa dos textos internacionais, no caso, e em particular, da Convenção [Europeia] e da Convenção da Haia [de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças] tendo em conta o seu objecto e o seu impacto na protecção dos direitos das crianças e dos seus progenitores», e recorda que, segundo o artigo 1.º deste texto, ela tem por objecto «assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente», regra basilar da Convenção que é concebida no interesse da criança, o que é corroborado pelo preâmbulo da Convenção, que se refere explicitamente a esta noção.

Os autores do voto não ignoram que a regra do regresso imediato das crianças deslocadas não é absoluta, e que se encontra temperada pelos artigos 12.º, 13.º e 20.º da Convenção da Haia, designadamente pelo artigo 13.º, alínea b) que prevê uma excepção [quando a pessoa que se opõe ao regresso da criança provar:] 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, a ficar numa situação intolerável». Referindo-se precisamente a este artigo 13.º, alínea b), o Tribunal havia sublinhado, no caso *X v. Letónia*, ponto 116, que «a excepção prevista pelo artigo 13.º, alínea b) visa unicamente as situações que se encontram para além do que uma criança pode razoavelmente suportar», o que seria uma confirmação, implícita mas clara, do princípio geral de interpretação segundo o qual as excepções a uma regra são de interpretação estrita, sem o que o funcionamento da regra em si mesma se arriscaria a ser comprometido. Deveria notar-se, de resto, que segundo o artigo 13.º, o ónus da prova incumbe à pessoa que se opõe ao regresso, ou seja, no caso, a A.

Passando à aplicação destas regras e princípios à hipótese concreta, o voto sublinha, desde logo, que as jurisdições portuguesas haviam sido unânimes em constatar que a deslocação da criança fora ilícita, pelo que a regra do regresso era aplicável. Opondo-se à aplicação desta regra, A havia requerido a audição apenas de uma testemunha, a saber a sua própria mãe. Aparentemente não convencido por este testemunho, o tribunal de família e menores de Coimbra tinha declarado procedente o pedido do Ministério Público, fundamentando a sua decisão à face das excepções previstas nos artigos 12.º e 13.º da Convenção da Haia (ponto 19 do acórdão). Por duas vozes contra uma, o tribunal da Relação de Coimbra tinha anulado aquela decisão invocando a excepção prevista no artigo 13.º, alínea b) da Convenção da Haia, mas afastara o argumento baseado na alegada existência de procedimentos judiciais contra o pai (B) em Moçambique. E nota, de resto

em seguida a questão da reparação razoável a atribuir a A e a C, tendo considerado que a conclusão acabada de referir consistia em si mesma uma reparação bastante do dano não patrimonial que poderia ter sido sofrido pelas requerentes, e condenou o Estado Português ao pagamento às requerentes das despesas em que estas tinham incorrido perante as jurisdições internas e que se encontravam documentadas (765 €), assim como ao pagamento de juros moratórios,

que, contrariamente à requerente no caso *X c. Letónia*, A não havia sustentado perante as jurisdições nacionais que o pai da criança as maltratava, ou que nunca as havia auxiliado financeiramente. O principal documento em que se apoiara o Tribunal da Relação fora um relatório de um psicólogo datado de 2 de Fevereiro de 2010, que concluía que A devia ser considerada a pessoa de referência para a criança e que a ruptura desse vínculo teria «consequências emocionais para esta última». Ora, o artigo 13.º, alínea b) fala de «um *risco grave* de a criança (C), no seu regresso ficar sujeita a *perigos* de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa *situação intolerável*». Ora, as «consequências emocionais», sem outra precisão, são quase inelutáveis neste tipo de situações, mas não pareceriam ir além dos «inconvenientes necessariamente ligados à situação em caso de regresso». Noutros termos, a situação referida pelo psicólogo, que o voto não pretende contestar, não ultrapassaria o grau de gravidade requerido pelo artigo 13.º, alínea b). Ainda de outra forma: se se recusa o regresso de uma criança sempre que um psicólogo entende que esse regresso teria sobre ela «consequências emocionais», a Convenção da Haia arriscar-se-ia a ser esvaziada do seu objecto.

Seguindo a mesma lógica, o Supremo contrariaria a Relação de Coimbra, ao julgar que não se encontravam preenchidas as condições factuais que permitiam a aplicação da excepção prevista no artigo 13.º, alínea b) da Convenção da Haia, por não terem sido provados «factos que pudessem atestar de modo sólido a existência de um risco para a criança ou de ela ser colocada numa situação intolerável» (ponto 25 do acórdão). Noutros termos, o Supremo teria examinado e fundamentado a sua decisão sob o ângulo da excepção prevista na alínea b) do artigo 13.º, interpretando estritamente esta última. E o voto deduz daí que a jurisdição teria assim agido em concordância com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, e, em todo o caso, não teria ultrapassado os limites da sua margem de apreciação. Pelo que conclui que a execução do acórdão do Supremo de 14 de Abril de 2011 não constituiria uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia.

caso esta quantia não viesse a ser paga às requerentes nos três meses seguintes à prolação do acórdão.

4. *Apreciação crítica.* Como decorre do exposto, a condenação do Estado Português ficou a dever-se ao facto de, no entender da jurisdição de Estrasburgo, o processo decisório seguido nos tribunais portugueses não ter cumprido o que considerou serem “as exigências processuais inerentes ao artigo 8.º da Convenção Europeia”. Não se contestou assim que a ingerência na vida privada e familiar de A e C em que se traduziu a ordem de regresso de C a Chipre determinada pelos tribunais portugueses se encontrasse prevista na lei¹⁸ e constituísse uma providência necessária¹⁹, numa sociedade democrática, para a protecção dos direitos e liberdades de terceiros²⁰. Mas entendeu-se que o processo decisório seguido, em particular pela «ausência de informações relativas à situação em Chipre e aos riscos para a criança em caso de separação da mãe, expostos no relatório do psicólogo de 2 de Fevereiro de 2010», inquinava de tal modo a decisão que o seu cumprimento se traduziria numa violação do artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia. Aquele processo²¹ não teria assim sido de molde a permitir atingir, nos limites da margem de apreciação de que o Estado Português gozava na matéria, o justo equilíbrio que deve existir entre os interesses concorrentes em presença (os da criança, dos dois progenitores e da ordem pública), tendo presente que o interesse superior da criança deve constituir a principal consideração²². E isto por não ter sido respeitada uma es-

¹⁸ No caso, no artigo 12.º da Convenção da Haia.

¹⁹ O Tribunal afirmaria, a este respeito que as «obrigações positivas que o artigo 8.º faz pesar sobre os Estados contratantes em matéria de reunião de um progenitor e dos seus filhos (...) se devem interpretar à luz da Convenção da Haia e da Convenção dos Direitos da Criança de 20 de Novembro de 1989».

²⁰ No caso, o direito de B a exercer a sua responsabilidade parental em relação a C.

²¹ Que, segundo o Tribunal, deveria ter sido equitativo, permitindo aos interessados fazer valer plenamente os seus direitos, e respeitando o interesse superior da criança.

²² A conclusão é obtida no quadro do controlo europeu que o Tri-

pecífica obrigação processual: a de, ao examinar o pedido de regresso da criança, os tribunais estaduais deverem não só examinar qualquer alegação pertinente de «risco grave» para a criança em caso de regresso, mas também proferir a este respeito uma decisão especialmente fundamentada face às circunstâncias do caso.

Sem pôr directamente em causa a legitimidade dos efeitos decorrentes do mecanismo convencional em apreço²³, o Tribunal contesta assim os termos em que a jurisdição estadual os decidiu, contestando o *iter* processual seguido para os alcançar. E, ao fazê-lo,

bunal entende dever fazer sobre o exercício da margem de apreciação dos tribunais estaduais, entendendo que lhe cabe, a esse propósito, «verificar se as jurisdições nacionais procederam a um profundo exame da situação familiar no seu conjunto e de toda uma série de elementos, nomeadamente de ordem factual, afectiva, psicológica, material e médica, e se levaram a cabo uma apreciação equitativa e razoável dos interesses respectivos de cada um dos interessados, com a preocupação constante de determinar qual era a melhor solução para a criança no contexto de um pedido de regresso ao país de origem; e que também lhe cabe, sempre que uma parte invoca uma das excepções expressamente previstas no artigo 13.º, n.º 1, da Convenção da Haia, proceder a um exame efectivo das suas alegações».

²³ Legitimidade que havia aceite na sua jurisprudência, assim acompanhando a posição de algumas jurisdições constitucionais. Assim, entre nós, Nuno Ascensão e SILVA («Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais», *Lex Familiae* 2/4 (2005) 37-91, p. 51) viria inclusivamente a escrever que o artigo 8.º como que se teria transformado numa mera regra de procedimento, o que se compreenderia por «a promoção do interesse superior da criança (...) não ser em termos substanciais susceptível de controlo pelo TEDH, deixada por isso dentro da livre margem de apreciação reconhecida às entidades estatais» (p. 54-55).

Para maiores dados sobre esta jurisprudência, cfr. P. R. BEAUMONT, «The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *Recueil des Cours* 335 (2008) 9-104; e, quanto a um aspecto particular, «The Art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child» in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar (cit. supra, nota 4)*, 75-94.

não deixou de se colocar no quadro da Convenção da Haia, ao salientar que se ela associa o superior interesse da criança ao restabelecimento do *statu quo ante*, através da decisão do seu regresso imediato ao país de residência habitual em caso de deslocação ilícita, não consagra menos a ideia de que tal retorno não deverá ser ordenado de modo automático ou mecânico²⁴. O que excluiria, face às exigências processuais acima referidas, que os tribunais estaduais pudessem adoptar uma fundamentação automática e estereotipada das suas decisões, devendo antes motivar de forma suficientemente circunstanciada o afastamento das excepções previstas na Convenção da Haia, conquanto estas sejam de interpretação estrita.

À luz deste ponto de partida, afigura-se-nos que o Tribunal não terá atentado suficientemente na especificidade do mecanismo convencional em apreço, que visa combater o flagelo das deslocações ilícitas de crianças, organizando para o efeito uma verdadeira acção de entrega da criança ilicitamente retida no estrangeiro, destinada a permitir o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual²⁵. Neste contexto, importa sublinhar que esta acção de en-

²⁴ Deporiam neste sentido as excepções dos artigos 12.º, 13.º e 20.º daquele texto.

²⁵ Assim Thierry GARÉ, «Réflexions sur l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 Octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», in *Mélanges Christian Mouly*, v. I, Paris: Litec, 1998, 299-312, a p. 301. Entre nós, Ascensão e SILVA [«A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspectos» (*cit. supra*, nota 4), 477] acrescenta que «se parte da presunção de que a melhor solução do ponto de vista do interesse da criança é a de assegurar o seu regresso imediato ao Estado onde antes da deslocação ou retenção ilícita tinha a sua residência habitual». Também para Michael BOGDÁN [«Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction» (*cit. supra*, nota 6), 214] «such restoration of the *status quo*, without the need to take a final decision regarding the custody issue, is the core of the mechanism of the Hague Convention». E no mesmo sentido se pronunciam Paul BEAUMONT/Lara WALKER [«Post *Neulinger* case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention» (*cit. supra*, nota 6), 24], para quem «the Convention is meant to prevent the wrongful removal of children and the philosophy is that the

trega da criança é distinta do fundo do direito em questão, não contendo com a definição das responsabilidades parentais dos progenitores (ou de outras pessoas), mas visando apenas sancionar o carácter ilícito da deslocação (ou da retenção) da criança, evitando que a passagem do tempo venha consolidar as situações constituídas em violação de direitos dos progenitores ou de terceiros, e procurando neutralizar uma via de facto. Há assim que reconhecer que o regresso da criança ao Estado da sua residência habitual anterior à deslocação ou retenção ilícitas constitui o verdadeiro objectivo da Convenção²⁶, pelo que as excepções que esta lhe admite não são apenas de interpretação restritiva como constituem verdadeiras situações em que o objectivo convencional (de paralisação dos efeitos de práticas ilegais) não pode ser cumprido, o que implica que o seu manuseamento imponha especiais cuidados²⁷. E que torna lícita a

status quo ante should be resumed as quickly as possible in order to avoid the legal consolidation of a factual situation that is originally wrongful».

No sentido de que o acórdão que comentamos marca o não reconhecimento, por parte do TEDH, da prioridade ao retorno da criança, que constituía o objectivo essencial da Convenção da Haia, cfr., recentemente, P. McELEAVY, «The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritizing return or reflection?», *Netherlands International Law Review* 62 (2015) 365-405, a p. 400

²⁶ Nas palavras de Elisa Pérez Vera, no seu relatório explicativo da Convenção [(*cit. supra*, nota 4), p. 431], «la lutte contre les elèvements internationaux d'enfants doit toujours être inspirée par le désir de protéger les enfants, en se faisant l'interprète de leur véritable intérêt. Or, parmi les manifestations les objectives de ce qu constitue l'intérêt de l'enfant figure le droit de ne pas être déplacé ou retenu au nom de droits plus ou moins discutables sur la personne».

²⁷ Daí que se possa dizer, ainda com Elisa PÉREZ VERA [(*loc. cit.* na nota anterior, p. 433)], que a ideia que informa essas excepções é a de que «l'intérêt de l'enfant de ne pas être déplacé de sa résidence habituelle cède le pas devant l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique, ou placée dans une situation intolérable». Para os diferentes tipos de incidência desta noção, no plano conflitual como no material, cfr. Petra HAMMJE, «L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris:

conclusão de que as exigências de fundamentação das decisões e de cuidada análise de todos os elementos pertinentes²⁸ se devem colocar afinal nesta particular situação em termos bem distintos do que ocorre, por exemplo, na discussão das responsabilidades parentais²⁹.

Dalloz, 2005, 364-381; e sobre a importância por ela assumida, veja-se Bertrand ANCEL/Horatia Muir WATT, «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis», *Rev. crit. DIP* 94 (2005) 569-605.

Vejam-se também as propostas, feitas por Thierry Garé no estudo referido *supra*, na nota 25, no sentido de limitar tanto quanto possível o âmbito das exceções. E os passos dados no sentido de uma revisão da Convenção da Haia em Andreas BUCHER, «L'intérêt de l'enfant pénètre la Convention sur l'enlèvement», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris: Dalloz, 2008, 683-701.

²⁸ Sobre o sentido deste dever de investigação completa e aprofundada (“in depth examination”) por parte do tribunal do Estado onde a criança se acolheu e defendendo a consideração da finalidade prosseguida pelo ordenamento da União como parâmetro para o balanceamento dos direitos fundamentais, cfr. Constanza HONORATI, «Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 49/1 (2013) 5-42; e, defendendo um “specific human rights test” no âmbito do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003, veja-se Laura CARPANELO, «In-depth consideration of family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 50/4 (2014) 931-958.

Numa postura crítica da intervenção das jurisdições europeias nesta sede, veja-se também Horatia Muir Watt, em nota às decisões do TJUE de 22 de Dezembro de 2010 (C-491/10, *Aguirre Zagarra c. Pelz*) e de 12 de Julho de 2011 (*Sneerzone and Campanella v. Italy*, application n.º 14737709) do TEDH, in *Rev. crit. DIP* 101 (2012) 172-189.

²⁹ Michael Bogdán refere, a este propósito [«Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction» (*cit. supra*, nota 5), p. 214], que «the Convention obligates the Contracting State where the abducted child is kept to order the return of the child without examining which of the parents is more suitable to take care of the child and whether the return is compatible with the child's best interest». E chama à colação o artigo 19.º daquele instrumento que prescreve que «qualquer decisão sobre o regresso da criança, tomada ao abrigo da presente Convenção, não afecta os funda-

E a sensação acima referida confirma-se quando apreciamos a aplicação ao caso concreto da doutrina de base de que o Tribunal partiu. A este respeito, cumpre recordar que, após ter sublinhado as diferentes tomadas de posição das jurisdições portuguesas chamadas a pronunciar-se, o Tribunal consideraria essencialmente que a fundamentação da aplicabilidade ou não, face às circunstâncias do caso, das exceções ao regresso da criança previstas pela Convenção da Haia fora particularmente sucinta, tendo entendido necessário, para a confirmação ou não da existência de um risco grave para a criança, o esclarecimento da sua situação em Chipre anteriormente à deslocação ilícita para Portugal. Para além disso, censuraria ainda à decisão do Supremo o não ter analisado os eventuais riscos a que a criança ficaria exposta pela sua separação da mãe³⁰ (sugeridos no

mentos do direito de custódia». E, em idêntico sentido, Nuno Ascensão e Silva [«A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspectos» (*cit. supra*, nota 4), p. 471] sublinha «os termos particularmente circunscritos e pontuais em que tem sido admitida a consagração formal do princípio do interesse superior da criança, cautela a que subjaz o legítimo desígnio de proscrever o provável enfraquecimento da efectividade dos instrumentos com que a Comunidade Internacional tem procurado garantir a eficácia extraterritorial das decisões de guarda e debelar o rapto internacional e que (...) se fundamenta no receio de que a sua expressa formulação pudesse dar lugar a “pulsões proteccionistas e nacionalistas das autoridades judiciais”». A particular contenção que se esperaria, por parte das autoridades decididas, na sua apreciação, seria assim, para o mesmo autor, justificada «sob pena de entrarmos a passos largos na apreciação do mérito da guarda que estava a ser exercida no estrangeiro» (*ibidem*, p. 522).

Sobre o problema da conciliação entre este mecanismo convencional e outros, particularmente vocacionados para a protecção das crianças, cfr. Monique Jametti GREINER, «La protection des enfants dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants. Les solutions de La Haye», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar* (*cit. supra*, nota 4), 489-503.

³⁰ Recorde-se que uma autorizada doutrina [Paul BEAUMONT/Lara WALKER, «Post *Neulinger* case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention» (*cit. supra*, nota 6), 21] sustenta que «unless there is a clear reason that the abducting parent cannot return to the State of origin [o que não seria sequer alegado no presente caso] issues

relatório de um psicólogo) e a circunstância de não terem sido discutidos os efeitos da passagem do tempo (pela qual não considerou responsável a requerente) sobre a situação da criança, que se encontraria já bem integrada no seu novo meio.

Como se afirmou no voto de vencido³¹, a alegação (feita no relatório do psicólogo) de que a separação da criança da mãe teria consequências emocionais para aquela está muito longe de poder preencher o risco grave de ela, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou ficar numa situação intolerável, sobretudo num contexto em que o progenitor requerente do regresso não havia sido acusado de maus tratos ou de abandono da criança³². O que de alguma forma explica a menor densidade de fundamentação da decisão do Supremo. Por outro lado, o Tribunal sublinhou a passagem do tempo, implicando que ela teria radicado a criança no novo ambiente onde esta passou a residir; mas parece permanecer insensível à circunstância de desta forma consolidar situações de violação do direito de custódia, como que sugerindo que por essa via elas se podem legitimar ou, pelo menos, tornar impunes, provocando a erosão dos mecanismos convencionais³³. Por último, considerar necessário o esclarecimento da situação da criança em Chipre, anteriormente à sua deslocação ilícita para Portugal, para confirmar ou não a existência de um risco grave para ela, resultante do regresso àquele país, parece decorrer de uma inversão de perspectiva e do desconhecimento da verdadeira natureza da acção em questão (de regresso da criança), quando comparada com as providências relativas à determinação dos direitos de custódia do menor.

of harm to the child on separation from the abducting parent are irrelevant».

³¹ Cfr. *supra*, nota 17.

³² Contrariamente ao que havia sucedido noutras situações sobre as quais o Tribunal Europeu foi chamado a decidir.

³³ Parecendo esquecer-se que, como escreveu Michael BOGDAN [[«Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction» (*cit. supra*, nota 6), p. 215] «the best interest of the individual abducted child is by the Hague Convention given less weight than the collective interest of children in deterring future abductions».

A decisão que consideramos insere-se numa série³⁴ cujo denominador comum é o de terem sido proferidas em favor do progenitor autor da deslocação ilícita. E prossegue a via, por elas seguida, de exigir aos tribunais estaduais que o retorno da criança ilicitamente deslocada ou retida só possa ser determinado depois de uma análise circunstanciada de todo um conjunto de circunstâncias que são afinal as relevantes em sede de determinação das responsabilidades parentais. Ao prosseguir nesta via, a coberto de uma invocação ritualizada do superior interesse da criança, o Tribunal parece esquecer de todo a especificidade quer da situação em causa (em que por definição existe uma violação ilícita de responsabilidades parentais predefinidas), quer do instrumento jurídico aplicável³⁵ (cuja razão de ser é precisamente a de reagir perante aquela ilicitude). Para além de, apesar de afirmar reconhecer a competência das autoridades judiciais estaduais, acabar afinal como que a erigir-se numa espécie de tribunal de recurso das decisões destas³⁶, ao censurar a forma como elas se haviam pronunciado quanto à questão do risco que a criança poderia correr em caso de retorno ao país de onde havia sido ilicitamente retirada.

Na verdade, a insistência numa consideração pormenoriza-

³⁴ De que fazem igualmente parte os casos analisados por Michael BOGDÁN (cfr. o estudo citado na nota anterior): *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (application n.º 41615/07), *Raban v. Romania* (application n.º 25437/08), e *Sneerzone and Kampanella v. Italy* (application n.º 14737709).

³⁵ Instrumento que, em razão do mecanismo que consagra foi considerado o único verdadeiro sucesso da unificação convencional no domínio do direito da família. Assim Yves LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des Cours* 246 (1994-II) 2-234, a p. 226-227, que explica esse êxito pela adaptação aos fins (indiscutidos) dos meios utilizados por aquele instrumento e pela circunstância de aquele mecanismo se integrar nos ordenamentos nacionais sem lhes alterar a coerência.

³⁶ Em idêntico sentido, cfr. Paul BEAUMONT/Lara WALKER, «Post *Neulinger* case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention» (*cit. supra*, nota 6), 24. Os autores falam inclusivamente na criação, por parte da referida jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, de um errado incentivo a que os progenitores contestem as decisões estaduais nesta matéria.

da e completa de todas as circunstâncias do caso parece relevar de outro tipo de procedimentos que não o ora em causa, em que avulta a necessidade de uma reacção pronta e rápida, que frustre os objectivos prosseguidos pelo infractor do direito de custódia, neutralizando a alteração da situação por eles *contra legem* criada, e deixando para os tribunais do país da residência habitual da criança a discussão sobre qual o progenitor melhor colocado para exercer as responsabilidades parentais. Daí que o procedimento instaurado seja simples, não obrigando em princípio ao exame da problemática relativa ao superior interesse da criança³⁷, princípio que, como se recorda no relatório explicativo da Convenção³⁸, não deve servir de «critère correcteur de l'objectif conventionnel qui vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement». Pelo que a acima referida exigência se afigura assim infundada, esvaziando ademais a Convenção do seu objecto próprio³⁹, e assimilando o funcionamento do mecanismo nela previsto ao que se espera dos procedimentos de guarda e custódia.

Pelo que a nossa discordância da decisão acima transcrita, acompanhando os votos de vencido a ela apostos, ultrapassa assim o juízo nela feito quanto à aplicação *in casu* da Conferência da Haia, para se projectar afinal no entendimento que o Tribunal vem a fazer deste instrumento convencional, que no nosso entender, lhe nega afinal qualquer sentido útil, desconsiderando as razões que estiveram na base da sua elaboração.

³⁷ Assim expressamente Jacques CHAMBERLAND, «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant» (*cit. supra*, nota 4) 116.

³⁸ Cfr. Elisa PÉREZ VERA, (*loc. cit.* na nota 3), p. 431. Ver ainda Jacques CHAMBERLAND, «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant» (*cit. supra*, nota 4), 116.

³⁹ Assim também Paul BEAUMONT/Lara WALKER, «Post *Neulinger* case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention» (*cit. supra*, nota 6), 25.

DIREITO N(UM)A HORA

GRUPO DE INVESTIGAÇÃO
VULNERABILIDADE E DIREITO



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

VD

VULNERABILIDADE & DIREITO

ISBN 978-989-8787-75-0



9 789898 787750