

A deslocação e a retenção ilícitas à luz da Convenção da Haia de 1980 e do Regulamento Bruxelas II *bis*, e a sua conformação jurisprudencial^[*]

Chandra Gracias

Juíza de direito

[*] Este texto corresponde, com actualizações, à conferência, à distância, efectuada a convite do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, em Abril do passado ano, e que o estado pandémico não permitiu que fosse publicado. Um especial agradecimento é devido ao Sr. Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, pelos seus múltiplos e valiosos ensinamentos.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. 1. Lógica geral. 2. Conceito de deslocação ou retenção ilícitas, tramitação do procedimento com vista ao regresso da criança, e excepções à emissão de uma decisão de regresso. III. O REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003, RELATIVO À COMPETÊNCIA, AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA MATRIMONIAL E EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL. 1. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2. O critério da residência habitual. 3. As especificidades do Regulamento. IV. A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. V. O FUTURO: O REGULAMENTO (UE) N.º 2019/1111, RELATIVO À COMPETÊNCIA, AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA MATRIMONIAL E EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL E DE RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (REFORMULAÇÃO). VI. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO

Nas sociedades desenvolvidas do final do séc. XX, típicas de um mundo globalizado, digital e tecnológico, caracterizado pela circulação democratizada, livre e incessante de pessoas para múltiplos destinos, com intuítos diferentes, e nem sempre com uma duração temporal inicialmente bem definida, foi-se vulgarizando o surgimento de casais compostos por pessoas com nacionalidades diversas, algumas das quais com rectaguardas familiares, culturais, ou religiosas, distintas, mas residentes no país de origem de um dos seus membros.

Num segundo momento, foi-se tornando cada vez mais comum, e, por isso, mais perceptível, a existência destes casais, até já residentes num país diferente do de qualquer um dos seus membros individualmente considerados.

Independentemente da concreta localização geográfica mundial onde isto se passava, da forma mais ou menos estável como essa união se processava, do nome que assumia, ou se tinha beneficiado, e, na afirmativa, em que medida, de tutela jurídica, o certo é que, aquando da ruptura desta comunhão de vida, havendo filhos comuns *menores de idade*, tal realidade fáctica impeliu o Direito a intervir, mediante a criação de um quadro normativo internacional tão abrangente quanto possível, que pudesse regular, em nome e em proveito daqueles, a sua nova dinâmica familiar plurilocalizada.

Com efeito, teve-se em conta, por um lado, a evolução da concepção jurídico-social no sentido das crianças, sendo titulares de direitos, e não apenas objecto de protecção, beneficiarem de todos os direitos humanos fundamentais, e serem merecedoras de um tratamento diferenciado, e de uma especial e específica protecção em função da sua particular condição, e, por outro lado, a iminência (ou, quantas vezes, o facto consumado) de um dos progenitores – dito progenitor raptor – pretender levar consigo o filho para o seu país de origem, ou de ilegalmente não o deixar regressar no momento temporal que fora previamente acordado.

II. A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

1. LÓGICA GERAL

A ideia preponderante que subjaz à Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças (denominada Convenção da Haia), elaborada no quadro da Conferência da Haia de Direito

Internacional Privado, datada de 25-10-1980^[1], vem prevista no seu artigo 1.º: é a de promover o retorno imediato da criança ou jovem com idade inferior a 16 anos – termo *ad quem* de aplicação da Convenção, visto o seu artigo 4.º, *in fine* –, residente habitualmente num Estado contratante, antes da violação do direito de custódia, indevidamente deslocada ou retida, respeitando efectivamente os direitos de custódia e de visita existentes nos Estados contratantes^[2].

Na óptica da Convenção da Haia^[3], as matérias relacionadas com a guarda e o regime convivial são da competência do tribunal da residência habitual da criança ou jovem (isto quando a situação vier a ser reposta), ao invés do tribunal do país para onde o mesmo foi ilicitamente deslocado, até para inviabilizar que o progenitor raptor possa obter uma decisão que, lhe sendo favorável, dê sustento jurídico à situação desviante que fez nascer.

Esta Convenção está ancorada no princípio do superior interesse da criança ou jovem, pelo que pressupôs que toda a deslocação injustificada é, em si mesma, considerada prejudicial^[4], sendo imperioso aos Estados contratantes reporem o *status quo ante*, para que não se consolidem juridicamente situações inicialmente manipuladas.

Destarte, perante a vital importância do escopo prosseguido pela Convenção, e as consequências nefastas que o perpetuar de uma situação de transferência ou retenção têm na saúde mental,

[1] Com início de vigência na ordem internacional e em Portugal em 01-12-1983 (aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11-05-1983, e publicada no Diário da República, I Série, n.º 108, da mesma data), *ex vi* artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

[2] Quanto à tutela penal dos casos de retenção e deslocação ilícitas, *v. Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE –*, C-454/19 (4.ª Secção), de

19-11-2020, *in* <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233924&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1671051>.

[3] Por oposição à solução controversa de concorrência entre autoridades da residência habitual e nacionalidade da Convenção de 1961 (artigos 1.º, 4.º e 6.º), a Convenção de 1980 veio estabelecer a prevalência (artigo 34.º da Convenção) das suas regras sobre

aquelas, e com elas a eleição da conexão da residência habitual como *pivot* da regulação internacional da protecção das crianças, e que, com naturalidade, foi a solução adoptada pela Convenção de 1996.

[4] Acentuado no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 36/1999, de 30-08-2002 (ponto 1.1), acessível em <https://www.ministeriopublico.pt>.