

# Responsabilidade Parental e rapto parental (nível avançado)

## PROJETO: BOAS PRÁTICAS NA APLICAÇÃO DOS REGULAMENTOS EUROPEUS SOBRE DIREITO DA FAMÍLIA E SUCESSÕES



Co-financiado pelo “Programa Justiça Civil 2014-2020” da União Europeia

Esta publicação foi produzida com o apoio financeiro do Programa Justiça Civil 2014-2020 da União Europeia. O seu conteúdo é da exclusiva responsabilidade da ERA, e não pode, de modo algum, ser interpretado como refletindo as opiniões da Comissão Europeia.

## **Estudo de caso ERA 5: responsabilidade parental (avançado)**

Kylie é uma cidadã maltesa que viveu em Malta até os 22 anos. Nessa altura, foi para o Canadá prosseguir estudos de pós-graduação. Enquanto estava no Canadá, conheceu Julien, um estudante francês. Julien tinha ido para o Canadá prosseguir estudos de pós-graduação no mesmo ano que Kylie. Julien e Kylie fizeram estudos brilhantes e ficaram a fazer investigação para o doutoramento. Começaram um relacionamento e viviam juntos.

Três anos depois, casaram-se numa cerimónia romântica em Malta. Voltaram para o Canadá depois da lua-de-mel em Espanha. Um ano depois, nasceu o primeiro filho, Luis. No ano seguinte, nasceu Elias. Os dois rapazes têm as nacionalidades francesa e maltesa. Kylie fala maltês com os filhos e Julien, francês; Kylie e Julien falam inglês entre si, uma família onde se fala uma miscelânea de línguas. O casal passou por momentos difíceis. Ambos stressados com empregos exigentes e dormindo pouco já que cuidavam dos seus dois filhos pequenos e assumiam ao mesmo tempo as tarefas domésticas.

A mãe de Kylie percebeu que o jovem casal estava com dificuldades e foi passar três meses com ele para ajudar a tratar dos netos. Foi um grande alívio para Kylie, mas criou uma maior pressão no relacionamento, pois Julien tinha a sensação de ser constantemente julgado por uma pessoa que mal conhecia.

Depois da mãe de Kylie ter regressado a Malta, as coisas só pioraram. Kylie percebeu que não tinha nenhum apoio. Descobriu-se que Elias tinha uma perturbação de espectro autista (ASD) e precisava de uma atenção reforçada. Os dois rapazes estavam no ensino pré-escolar e Kylie reduziu o seu horário de trabalho (estava agora envolvida num projeto de pós-doutoramento) para ir buscá-los a tempo e horas. Julien achava que Kylie exagerava o problema de Elias e que ele devia ser tratado como qualquer criança e não devia estar a ser medicado com tão pouca idade. As gritarias começaram entre o casal e deixou de haver paz em casa.

Quando Luis tinha quatro anos e Elias três, Kylie realizou que lhe era impossível lidar com a situação e disse a Julien que queria ir para Malta refletir sobre o que iria fazer da sua vida. Julien concordou que ela devia ir para Malta e levar os filhos com ela durante seis meses. Entretanto, ele tinha sido nomeado para um posto na universidade onde teria cinco anos para dar provas e passar a professor titular. O acordo era que Julien iria a Malta seis meses depois e então discutiriam as coisas mais a fundo. Nessa altura, Kylie disse que Luis estava bem adaptado à sua escola e que Elias estava a seguir uma terapia especial que o deixava muito mais calmo. Pensou que era melhor para os rapazes ficarem mais cinco meses até o final do ano letivo. Enquanto isso, Kylie continuava a partir de Malta o seu trabalho no projeto de pós-doutoramento.

Nessa altura, Julien consultou um advogado em França para lá intentar uma ação de divórcio.

No final do ano letivo, Kylie informou Julien que queria divorciar-se. Como ele já estava informado, rapidamente intentou uma ação de divórcio em França, embora ainda estivesse a morar no Canadá. Solicitou ao tribunal francês que lhe concedesse a guarda exclusiva das crianças, alegando que Kylie era paranóica e, logo, não era uma mãe em quem se podia confiar. Ele queria exercer essa guarda exclusiva no Canadá, e por isso queria que os rapazes regressassem. Também intentou uma ação de regresso em Malta para o regresso de Luis e Elias ao Canadá. Kylie opôs-se ao pedido de regresso, dizendo que os filhos se tinham tornado residentes habituais em Malta. Em alternativa, disse que Julien era psicologicamente abusivo e que haveria um risco, particularmente para Elias, se este regressasse ao Canadá, onde Julien recusava permitir que ele fosse medicado e submetido à terapia de que ele necessitava.

Kylie então intentou igualmente uma ação de divórcio em Malta, alegando que o tribunal Francês não tinha jurisdição. Solicitou igualmente medidas cautelares, nomeadamente, para que as crianças pudessem ficar com ela durante a pendência sobre o mérito do litígio. Ao alegar que as crianças se tornaram residentes habituais em Malta, ela pensava que a ação da responsabilidade parental quanto ao mérito devia ser conduzida em Malta.

Considere as seguintes perguntas:

1. O tribunal Francês pode julgar o litígio sobre responsabilidade parental? Em caso afirmativo, qual é lei que se aplica?
2. O tribunal Maltês pode julgar a ação intentada por Kylie sobre a responsabilidade parental? Se sim, qual é a lei que se aplica?
3. O tribunal em Malta pode emitir as medidas cautelares que Kylie solicita?
4. Onde é que essas medidas cautelares terão efeito?
5. O juiz Maltês deve ordenar o regresso das crianças ao Canadá? Se sim, o que deve ser incluído numa decisão de regresso?

**Resposta** modelo

Pergunta 1) diz respeito ao juiz Francês; Todas as outras questões dizem respeito ao juiz Maltês.

*Metodologia*

*Passo 1. Identifique a **área da lei** em questão.*

*Passo 2. Considere o **aspecto do direito internacional privado** em questão*

*Passo 3. Encontre **fontes legais** na UE e internacionais.*

*Passo 4. Verifique o **alcance** dos textos internacionais e da UE, e quando há mais do que um, a relação entre eles.*

*Passo 5. Encontre a **regra** correta.*

Passo 5. Encontre a **regra** correta.

## 1) O tribunal Francês pode julgar o litígio sobre responsabilidade parental? Na afirmativa, qual é a lei que se aplica?

### Passo 1. Área da lei

A questão do local onde as crianças irão residir enquadra-se na categoria da responsabilidade parental.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, relativo à jurisdição e o reconhecimento e execução de decisões em questões matrimoniais e de responsabilidade parental, que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (Bruxelas IIa, por vezes designado *Bruxelas IIbis*) diz no Artigo 1.º, (1), b), que ele se aplica à "atribuição, exercício, delegação, restrição ou rescisão da responsabilidade parental". O Artigo 1 (2) (a) especifica que tal inclui "direitos de guarda e direitos de acesso".

### Passo 2. Aspeto do direito internacional privado

A questão diz respeito às duas áreas: jurisdição e legislação aplicável.

### Passo 3. Fontes legais

As regras de **jurisdição** em litígios internacionais sobre responsabilidade parental encontram-se no:

- a) Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, relativo à jurisdição e reconhecimento e execução de decisões em questões matrimoniais e de responsabilidade parental, que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (Bruxelas IIa);
- b) Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996 sobre jurisdição, legislação aplicável, reconhecimento, execução e cooperação a respeito de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças (Convenção relativa à Proteção das Crianças).

Em relação à **lei aplicável**, o instrumento relevante é a Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996 sobre jurisdição, lei aplicável, reconhecimento, execução e cooperação a respeito de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças (Convenção relativa à Proteção das Crianças).

É BOM SABER

### Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças

A Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças não regula as questões de jurisdição ou lei aplicável ao mérito do litígio. Aplica-se ao procedimento de regresso (ver a questão e) abaixo). No entanto, ao regular o procedimento de regresso, este pode ser relevante para a jurisdição.

#### Passo 4. **Âmbito dos textos legais**

##### Passo 4.a) **Bruxelas IIa**

**Âmbito geográfico.** Bruxelas IIa é aplicável em todos os Estados-Membros da UE, menos na Dinamarca (Considerandos 30-31).

Note que o Reino-Unido, Irlanda e Dinamarca têm uma posição especial a respeito de todos os instrumentos jurídicos na área da liberdade, segurança e justiça (ver Protocolos 21 e 22 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). O Reino-Unido e a Irlanda podem optar por entrar ou sair de qualquer legislação. Optaram por Bruxelas IIa. A Dinamarca não está vinculada pela legislação nesta área. Não tem a possibilidade do *opt-in*.

O Regulamento é assim aplicável em França, onde este litígio está ser apreciado.

É BOM SABER

#### **Reformulação de Bruxelas IIa**

Note que este Regulamento está atualmente em revisão. A Proposta de emendas da Comissão Europeia foi publicada em 30 de Junho de 2016 e tem o número COM (2016) 411.

**Âmbito material.** Bruxelas IIa aplica-se ao divórcio e à responsabilidade parental (Artigo 1º). O que inclui direitos de guarda e acesso e medidas para proteção de crianças.

O Regulamento aplica-se, portanto, às questões em litígio neste estudo de caso.

**Âmbito pessoal.** O âmbito pessoal refere-se à questão de saber quais são pessoas abrangidas pelo Regulamento. Para a responsabilidade parental, tal é determinado pela residência habitual da criança. Se a criança tiver residência habitual num Estado-Membro da UE (com exceção da Dinamarca), Bruxelas IIa é aplicável (Artigo 8º).

Se a criança não tem residência habitual na UE, o juiz deve determinar se tem residência habitual num Estado que é parte na Convenção de Haia sobre Proteção de Crianças (Artigo 61º (a) Bruxelas IIa e Artigo 52º Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças). Uma lista dos estados partes nesta Convenção está disponível no site da Internet da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)). Na afirmativa, aquela Convenção aplicar-se-á.

Se a criança tiver residência habitual num estado que não faz parte da UE e não é parte na Convenção de Haia sobre a Protecção das Crianças, Bruxelas IIa aplica-se se os pais concordaram com a jurisdição de um Tribunal de um Estado-Membro ao abrigo do artigo 12.º Bruxelas IIa, ou se a criança está presente no Estado-Membro e se a sua residência habitual não pode ser estabelecida e não tenha sido escolhido um tribunal

(Artigo 13.º) Bruxelas IIa). Se nenhuma destas situações existir, os Estados-Membros aplicarão a sua legislação nacional (Artigo 14.º Bruxelas IIa)

#### MOTIVOS DE REFLEXÃO **Questões de alcance entre a Convenção de Bruxelas IIa e a Convenção da Haia sobre Proteção das Crianças**

A interação entre Bruxelas IIa e a Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças em questões de jurisdição não está bem regulamentada. Existem situações em que ambas parecem aplicar-se, mas isso levaria a uma contradição entre a legislação da UE e o direito internacional. Esta seria particularmente a situação se a criança é residente habitual num Estado-Membro da UE, mas em que os pais concordam que o litígio sobre a responsabilidade parental seja apreciado conjuntamente com ação de divórcio num Estado fora da UE mas parte na Convenção de Haia sobre a Proteção das Crianças (como a Albânia, Montenegro, Rússia, Sérvia, Suíça, Turquia). O Artigo 10º da Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças permite tal prorrogação de jurisdição em certas circunstâncias. Contudo, de acordo com o Artigo 8º de Bruxelas IIa, o Estado-Membro da residência habitual da criança tem jurisdição e, nos termos do artigo 61º, Bruxelas IIa, o Regulamento prevalece nessa situação.

Aqui a dificuldade da questão é que o juiz é forçado a escolher entre as suas obrigações ao abrigo da legislação da UE ou ao abrigo do direito internacional.

Espera-se que este dilema seja eliminado com a reformulação de Bruxelas IIa.

**Âmbito temporal.** Bruxelas IIa aplica-se às ações intentadas após 1 de Março de 2005 (Artigos 64.º, (1), e 72.º). Supondo que o litígio está a ocorrer agora, o Regulamento é aplicável.

#### Passo 4.b) **Convenção de Haia sobre a Proteção das Crianças**

**Âmbito geográfico.** A Convenção está em vigor em todos os Estados-Membros da UE e em vários outros estados. Para obter uma lista completa dos estados contratantes, consulte [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

A Convenção não está em vigor no Canadá.

**Âmbito material.** A Convenção abrange questões de proteção das crianças. O que inclui a responsabilidade parental (Artigos 1º e 3º). Assim, a Convenção e Bruxelas IIa têm, em grande medida, o mesmo alcance material.

**Âmbito pessoal.** Em relação ao âmbito pessoal, deve ser feita uma distinção entre as regras de jurisdição e as sobre a lei aplicável. As disposições da Convenção sobre jurisdição aplicam-se a crianças com residência habitual num Estado Contratante que não é igualmente um Estado-Membro da UE. Relativamente à lei aplicável, a



Convenção tem aplicação universal (Artigo 20º). Isto significa que a Convenção aplicar-se-á independentemente de os fatores de conexão indicarem a lei de um Estado Contratante ou de um Estado não Contratante. As nacionalidades e as residências habituais das crianças e dos seus pais são irrelevantes.

**Âmbito temporal.** Esta Convenção entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2002. Aplica-se às medidas tomadas após a sua entrada em vigor (Artigo 53.º (1))

Ela entra em vigor em datas diferentes para os diferentes estados contratantes. Esta informação também está disponível no site da Internet da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

A Convenção entrou em vigor em França em 1 de Fevereiro de 2011.

### Passo 5. Regra

As crianças nunca viveram em França. Assim, o tribunal Francês não tem **jurisdição** com base na regra geral do Artigo 8 º de Bruxelas IIa. Isto significa que o tribunal Francês só pode ter jurisdição com base no Artigo 12.º ou no Artigo 14.º Bruxelas IIa.

i) Artigo 12.º Bruxelas IIa: *Se o tribunal Francês tem jurisdição sobre a ação de divórcio ao abrigo do Artigo 3.º Bruxelas IIa e as partes aceitam que o tribunal Francês também se pode pronunciar sobre a responsabilidade parental, este tribunal tem jurisdição.*

A jurisdição em casos de divórcio não é objeto deste estudo de caso, mas sucintamente:

O Artigo 3º Bruxelas IIa possui várias bases de jurisdição alternativas. Os tribunais franceses não têm jurisdição com base em nenhum desses fundamentos. O tribunal Francês deveria então considerar se outro tribunal da UE teria jurisdição para o divórcio antes de poder utilizar bases de jurisdição nacionais (Artigo 7.º, (1), Bruxelas IIa e TJEU C-68/07 Sundelind Lopez, 29 de Novembro de 2007, ECLI: UE: C: 2007: 740). Assim, o tribunal teria de examinar se o tribunal Maltês tinha ou não jurisdição. O que só poderia ser o caso se Kylie tivesse a sua residência habitual lá e residido lá pelo menos durante seis meses (ela tem nacionalidade Maltesa) (Artigo 3º (1) (a), sexto travessão). A residência habitual de um adulto tem uma componente subjetiva (intencional) e uma componente objetiva. Subjetivamente, parece que Kylie não tinha a intenção de ficar em Malta (ou tinha, sem o dizer ao marido?). Objetivamente, não estabeleceu o centro de seus interesses lá - ela tem família, mas o seu trabalho e o marido e muitos de seus pertences ainda estão no Canadá. Se Kylie fosse considerada residente habitual em Malta, os tribunais malteses teriam jurisdição de divórcio e os tribunais Franceses não poderiam assumir essa jurisdição. Se ela não tem residência habitual em Malta, o tribunal Francês pode recorrer às suas bases nacionais de jurisdição. Nesse caso, o tribunal Francês terá jurisdição com base no artigo 14º do Código Civil Francês. Esta disposição concede jurisdição quando o requerente, Julien no presente caso, é um cidadão Francês, o que ele é.

O Artigo 12.º Bruxelas IIa permite que os pais aceitem que a questão da responsabilidade parental seja apreciada no tribunal do divórcio, mas apenas se o tribunal do divórcio tiver jurisdição com base no Artigo 3.º. Assim, os tribunais Franceses não podem ter jurisdição nessa base.

ii) Artigo 14.º Bruxelas IIa: *Se as crianças são consideradas residentes habituais no Canadá e nenhum Estado-Membro da UE tem jurisdição sobre a responsabilidade parental, o tribunal Francês pode utilizar as suas bases de jurisdição nacionais.*

Assim, a primeira questão é a residência habitual das crianças. Isto é na UE (Malta) ou fora da UE (Canadá)? A residência habitual é um conceito autónomo. O Tribunal de Justiça da UE deu algumas orientações sobre a sua interpretação no C-523/07, A, 2 de Abril de 2009, ECLI: UE: C: 2009: 225; C-497 / 10PPU, *Mercredi*, 22 de Dezembro de 2010, ECLI: UE: C: 2010: 829; E C-376 / 14PPU, C c M, 9 de Outubro de 2014, ECLI: UE: C: 2014: 2268.

No A, o tribunal deliberou que:

O conceito de «residência habitual» nos termos do Artigo 8.º, (1), do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao local que reflete algum grau de integração da criança num ambiente social e familiar. Para este efeito, em particular a duração, regularidade, condições e razões da permanência no território de um Estado-Membro e a mudança da família para esse Estado, a nacionalidade da criança, local e condições de frequência escolar, conhecimento linguístico e família e relações sociais da criança nesse Estado devem ser levados em consideração. Compete ao tribunal nacional estabelecer a residência habitual da criança, tendo em conta todas as circunstâncias específicas de cada caso.

### **Discussão: Residência habitual**

Há espaço para debate nesta questão. Por um lado, as crianças são pequenas e vivem em Malta há ano. O filho mais velho vai à pré-primária em Malta e o mais novo está a ser medicado lá. Têm parentes lá (pelo menos os avós). Falam maltês e têm nacionalidade maltesa. Assim, existe um certo grau de integração social e familiar em Malta. Por outro lado, não é claro que os pais tivessem uma intenção comum e qual seria ela. Os filhos iam igualmente à pré-primária no Canadá e falam Inglês e Francês. O motivo da mudança para Malta foi dar tempo à mãe.

Ao avaliar todos os elementos factuais, é importante manter uma abordagem centrada nas crianças.

Se o juiz francês conclui que as crianças têm residência habitual em Malta, ele não tem jurisdição.



Ainda não há certeza sobre a questão de saber se as crianças podem simultaneamente ter mais de uma residência habitual. A redação dos vários instrumentos parece sugerir que os legisladores têm uma única residência habitual em mente. Existe uma jurisprudência nacional que sugere que duas residências habituais simultâneas são possíveis, mas não é claro que o Tribunal de Justiça seguiria essa abordagem.

Se o juiz Francês chegar à conclusão de que a residência habitual das crianças é no Canadá, ele teria de consultar o direito interno francês para avaliar a jurisdição. Note que o Canadá não ratificou a Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças de 1996. Se o tivesse feito, o tribunal Francês deveria levar em conta essa Convenção antes de declarar ter jurisdição à luz da legislação nacional.

Para identificar a **lei aplicável** (apenas se tem jurisdição), o tribunal Francês referir-se-ia à Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças de 1996. Existem duas regras distintas aqui. Primeiro, a questão de quem tem a responsabilidade parental rege-se pela lei da residência habitual das crianças (Artigo 16º). Segundo, para ordenar a futura residência dos filhos, o tribunal aplica sua própria lei (Artigo 15º (1)). No entanto, se a proteção das crianças assim o exigir, o tribunal Francês pode aplicar a lei de outro Estado com o qual as crianças têm uma conexão substancial (Artigo 15º (2) da Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças).

## **2) O tribunal Maltês pode apreciar a ação intentada por Kylie sobre a responsabilidade parental? Na afirmativa, qual é a lei que se aplica?**

### **Passo 1. Área da lei**

A mesma que em a), ou seja, a responsabilidade parental

### **Passo 2. Aspeto do direito internacional privado**

A questão diz respeito às mesmas duas áreas como em a) acima: jurisdição e lei aplicável.

### **Passo 3. Fontes legais**

Os instrumentos sobre jurisdição e sobre a legislação aplicável foram listados em a) acima.

A Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças não regula as questões de jurisdição ou da lei aplicável ao mérito do litígio. No entanto, pode influenciar a jurisdição do tribunal Maltês para tratar do mérito do caso.

#### Passo 4. **Âmbito dos textos legais**

Isto foi discutido em a) acima. Conforme explicado, a data de entrada em vigor da Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças é diferente para os vários estados. Entrou em vigor em Malta em 1 de Janeiro 2012.

#### Passo 5. **Regra**

Ao avaliar se pode apreciar o caso, o tribunal Maltês deve considerar três questões:

- i) a litispendência (processos paralelos);
- ii) o alegado rapto infantil;
- iii) a sua própria jurisdição.

i) Quanto à **litispendência**, é importante que o tribunal Francês tenha sido recorrido primeiro. O resultado é que o tribunal Maltês deve suspender os seus procedimentos até que o tribunal Francês decidida sobre a sua jurisprudência (Artigo 19.º (2), Bruxelas IIa). Isto porque as ações nos dois tribunais dizem respeito às mesmas crianças e envolvem a mesma causa de ação.

Se o tribunal Francês decidir que tem jurisdição, o tribunal de Maltês deve recusar a sua jurisdição a favor do tribunal Francês (Artigo 19.º, (3), Bruxelas IIa). O tribunal Maltês não pode adivinhar a decisão do tribunal Francês. Se o tribunal Francês recusar o caso por falta de jurisdição, o tribunal Maltês pode retomá-lo e avaliar a sua própria jurisdição.

ii) Mesmo que o tribunal Francês recuse a sua jurisdição, o tribunal Maltês deve ter em conta o **alegado rapto de crianças** e a ação de regresso que Julien intentou.

#### **É BOM SABER**      **Divisão interna de jurisdição**

Se o procedimento de regresso for apresentado no mesmo tribunal do que o tribunal no qual o pai raptor intentou uma ação sobre o mérito, depende da legislação nacional. Alguns Estados concentraram a jurisprudência sobre os litígios de rapto de crianças. Isto significa que apenas um ou vários tribunais do Estado podem julgar procedimentos de regresso.

#### **? Discussão: concentração de jurisdição**

Os participantes podem discutir se existe uma jurisdição concentrada nos seus estados e qual o seu funcionamento.

A Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças não permite que o tribunal do Estado do qual foi ilicitamente retirada a criança ou está indevidamente retida, decida sobre o mérito antes que ele decida que a criança não deve ser devolvida (Artigo 16º).

## ? Discussão: conhecimento dos procedimentos de regresso

Nos estados que implementaram uma jurisdição concentrada, deve haver um mecanismo para outros tribunais saberem que os procedimentos de regresso foram introduzidos. Esses outros tribunais não têm o direito de decidir sobre o mérito enquanto o processo de regresso está a ser examinado. Os participantes podem discutir formas de conhecer os procedimentos de devolução.

iii) Só depois de o tribunal Maltês competente ter considerado o processo de regresso (para mais informações, ver e) infra), é que o tribunal Maltês pode levar em consideração a sua **jurisdição** para se pronunciar sobre o mérito. Para o efeito, o tribunal Maltês deve avaliar a residência habitual das crianças. Ver a discussão em a) acima. Os mesmos elementos devem ser considerados. Se as crianças tiverem a sua residência habitual em Malta, o tribunal Maltês tem jurisdição.

Se o tribunal Maltês achar que as crianças não têm a residência habitual em Malta, devem ser consideradas outras disposições.

Em primeiro lugar, se uma das partes intentar uma ação de divórcio em Malta e o tribunal Maltês tem jurisdição ao abrigo do Artigo 3º Bruxelas IIa, as partes podem acordar que o tribunal Maltês pode também ter jurisdição para assumir o litígio relativo à responsabilidade parental (Artigo 12º Bruxelas IIa). Tal jurisdição deve ser no melhor interesse da criança.

Em segundo lugar, se nenhum tribunal da UE tem jurisdição com base no Regulamento, os tribunais Malteses podem considerar as suas bases de nacionais de jurisdição (Artigo 14.º, Bruxelas IIa). Antes de isso, o tribunal deve considerar se a criança não tem residência habitual num Estado fora da UE que é parte da Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças. O Canadá, o único outro lugar onde as crianças podem ser consideradas residentes, não é parte desta Convenção e, portanto, não se aplica neste caso.

Uma terceira possibilidade se as crianças não têm residência habitual em Malta é declarar que tem jurisdição apenas para as medidas cautelares (Artigo 20.º Bruxelas IIa). Como este é o tópico de uma pergunta separada (ver c) abaixo), não será aqui discutida.

Se o tribunal concluir que não é possível estabelecer a residência das crianças, pode declarar-se competente com base na presença das crianças em Malta (Artigo 13.º Bruxelas IIa). Antes de usar esta disposição, o tribunal deve tentar encontrar a residência habitual.

O Tribunal de Justiça da UE tomou nota (CJEU C-523/07, A, 2 de Abril de 2009, ECLI: UE: C: 2009: 225, § 33):

Assim, a presença física exclusiva da criança num Estado-Membro, como regra alternativa jurisdicional à estabelecida no Artigo 8º do Regulamento, não é suficiente para estabelecer a residência habitual da criança.

O advogado-geral Kokott disse no mesmo caso (CJEU C-523/07, A, Parecer de 29 de janeiro de 2009, ECLI: UE: C: 2009: 39, no § 20):

A residência habitual deve ser distinguida da mera presença. A presença de uma criança num Estado-Membro também estabelece a proximidade dos tribunais, mas essa relação não tem a mesma qualidade de residência habitual. Assim, o Artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003 confere aos tribunais do Estado-Membro em que a criança está presente apenas uma jurisdição residual que é abandonada se a residência habitual noutra Estado pode ser estabelecida.

A disposição é mais utilizada no caso de crianças refugiadas ou crianças deslocadas a nível internacional (Artigo 13º (2)), onde a residência habitual não é clara, ao contrário de situações em que existem duas possibilidades distintas.

#### É BOM SABER **Menção de base de jurisdição**

Aconselha-se aos juízes de mencionar explicitamente a base de jurisdição na decisão. Tal permitirá que os tribunais de execução identifiquem as medidas cautelares, que não podem ser aplicadas a nível transfronteiriço ao abrigo de Bruxelas IIa (CJEU C-256/09, *Purrucker*, 15 de Julho de 2010, ECLI: UE: C: 2010: 437).

Se o tribunal Maltês apreciar o caso, deve encontrar a **lei aplicável** com base na Convenção da Haia sobre Protecção das Crianças. Novamente, na questão a) acima, há dois aspectos para essa avaliação. A questão de quem tem a responsabilidade parental é determinada pela lei da residência habitual das crianças (Artigo 16º). Para emitir uma injunção, o tribunal aplicaria a sua própria lei (lei do tribunal) (Artigo 15º (1)). Se a protecção das crianças assim o exigir, o tribunal Maltês pode aplicar a lei de outro Estado com o qual as crianças tenham uma conexão substancial (Artigo 15.º (2))

### 3) O tribunal Maltês pode emitir as medidas cautelares que Kylie solicita?

#### Passo 1. **Área da lei**

A questão do local onde as crianças vão residir é da ordem da responsabilidade parental.

#### Passo 2. **Aspeto do direito internacional privado**

A questão diz respeito à jurisdição dos tribunais.

#### Passo 3. Fontes legais

Para a jurisdição, as fontes são as mesmas do que as discutidas em a) e b) acima.

A Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças não se aplica à questão de medidas cautelares. Aplica-se apenas ao procedimento de regresso (ver a questão e) abaixo).

Passo 4. **Âmbito dos textos legais** Ver a discussão em a) acima.

Passo 5. **Regra: jurisdição**

**Opção 1:** Se o tribunal em Malta tiver jurisdição sobre o mérito do litígio relativo à responsabilidade parental para eles (esta questão foi discutida em b) acima), este tribunal poderá igualmente emitir medidas cautelares.

**Opção 2:** O Regulamento Bruxelas IIa oferece, além disso, a possibilidade de um tribunal de um Estado-Membro emitir medidas cautelares em casos urgentes "em relação a pessoas ou bens nesse Estado" (Artigo 20.º). Para utilizar esta disposição, o tribunal não precisa de ter jurisdição sobre o mérito.

Além disso, pode utilizar essa disposição, mesmo que o processo esteja pendente noutra tribunal da UE (como no tribunal francês neste caso). O Tribunal de Justiça da UE decidiu que a disposição de litispendência não se aplica a situações em que um tribunal tenha jurisdição sobre o mérito e o outro tribunal apenas esteja a decretar medidas cautelares (CJEU C-296/10, *Purrucker*, 9 de Novembro de 2010, ECLI: UE: C: 2010: 665: neste caso, o primeiro tribunal recorrido decretou medidas cautelares, mas aplica-se o mesmo fundamento quando o segundo tribunal recorrido quer decretar medidas cautelares para situações urgentes.) Estas medidas deixarão de produzir efeito automaticamente quando o tribunal com jurisdição sobre o mérito decretar medidas sobre a mesma questão (Artigo 20.º Bruxelas IIa).

Considere os requisitos do Artigo 20;

Esta é uma situação de urgência? Não parece haver uma ameaça imediata que Julien irá raptar os filhos ou que estes estão em perigo. Além disso, o Tribunal de Justiça da UE decidiu no C-403/09, *Detiček* (23 de Dezembro de 2009) que as medidas cautelares não podem ser utilizadas para reforçar a posição de um pai autor de rapto. Assim, o juiz teria que considerar se este é um caso de rapto internacional de criança. A definição de rapto de crianças é a deslocação ou retenção injustificada da criança (Artigo 3.º Convenção de Haia sobre o Rapto das Crianças e Artigo 2.º, (1), Regulamento Bruxelas IIa). A deslocação ou a retenção é injustificada quando viola os direitos de guarda obtidos em julgamento, por meio de um acordo com efeito legal ou por decisão judicial, se esses direitos forem exercidos. O que deve ser determinado de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção injustificada.

2) Estas medidas visam pessoas em Malta? O Artigo 20º refere-se a "medidas cautelares, inclusive medidas protetoras, relativas a pessoas ou bens naquele Estado". À

primeira vista, as medidas são destinadas às crianças em Malta, mas os juízes devem igualmente considerar a decisão do Tribunal de Justiça da UE in *Detiček*.

O Tribunal declarou no parágrafo 51 que

"[uma] medida cautelar em matéria de responsabilidade parental que ordena uma mudança de guarda de uma criança é tomada não apenas em relação à criança, mas também em relação ao parente a quem a guarda da criança é agora concedida e do outro parente que, após a adoção da medida, é privado dessa guarda"

Este parágrafo é causa de confusão. O Artigo 20º é redigido assim porque se aplica não apenas à proteção da criança, mas também a medidas cautelares no âmbito da ação de divórcio. A origem da medida reside no Regulamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de Maio de 2000, sobre a jurisdição, e reconhecimento e execução de decisões em questões matrimoniais e questões de responsabilidade parental para os filhos de ambos os cônjuges e na Convenção de 28 de Maio de 1998 sobre a jurisdição e reconhecimento e execução de decisões em questões matrimoniais. Esta Convenção foi substituída antes da sua entrada em vigor pelo Regulamento 1347/2000. No Relatório Explicativo da Convenção, a Professora Borrás afirma que esta disposição toca em questões não abrangidas pela Convenção (no § 59). Assim, parece, que a extensão da redação era intencional e não era suposta que fosse restritiva.

#### **A confusão *Detiček***

A decisão *Detiček* parece sugerir que *todas* as partes devem estar no Estado em que as medidas cautelares são solicitadas, mas isso limitaria severamente o âmbito e a utilidade do Artigo 20º. No caso *Detiček*, o tribunal teve outro motivo para proibir a utilização de medidas cautelares. Perguntamo-nos se este parágrafo extra sobre a presença de todos era realmente necessário. A reformulação de Bruxelas IIa provavelmente abordará esta questão para que medidas cautelares possam ser tomadas se a criança estiver presente no Estado-Membro do tribunal.

#### **4) Onde produzirão efeito essas medidas cautelares?**

##### **Passo 1. Área da lei**

Ainda a mesma como sob a), isto é, a responsabilidade parental

##### **Passo 2. Aspeto do direito internacional privado**

A questão diz respeito ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais.

##### **Passo 3. Fontes legais**



As regras de reconhecimento e execução de decisões sobre responsabilidade parental encontram-se em:

- a) Bruxelas IIa;
- b) Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças;

#### **É BOM SABER    Convenção do Luxemburgo**

Além do Regulamento Bruxelas IIa e da Convenção de Haia sobre a Protecção das Crianças, o Conselho da Europa promulgou igualmente uma Convenção nesta área: a Convenção Europeia de 20 de Maio de 1980 sobre Reconhecimento e Execução de Decisões sobre Custódia de Crianças e sobre Restauração da Custódia de Crianças (Convenção do Luxemburgo). Esta Convenção está em vigor em 37 Estados europeus (ver o departamento de tratados do Conselho da Europa).

Esta Convenção não é frequentemente utilizada por duas razões. Primeiro, na UE, Bruxelas IIa prevalece sobre ele (Artigo 60.º d Bruxelas IIa). Em segundo lugar, todos os Estados partes nesta Convenção também são parte da Convenção da Haia sobre de Rapto de Crianças, com exceção do Liechtenstein. A Convenção da Haia com seu mecanismo de regresso específico é mais versátil, pois pode ser utilizada em situações em que não há julgamento judicial anterior, enquanto a Convenção do Luxemburgo aplica-se ao reconhecimento e execução de decisões de custódia.

#### **Passo 4. Âmbito dos textos legais**

##### **Passo 4a) Bruxelas IIa**

**Âmbito geográfico.** O mesmo que acima.

**Âmbito material.** O mesmo que acima.

**Âmbito pessoal.** O Regulamento Bruxelas IIa aplica-se ao reconhecimento e execução das decisões dos Estados-Membros noutros Estados-Membros. Para este aspeto do direito internacional privado, as nacionalidades e residências habituais das partes não são relevantes.

**Âmbito temporal.** O Acordo de Bruxelas IIa aplica-se às decisões proferidas após 1 de Março de 2005 ou a decisões anteriores sob certas condições (Artigos 64.º e 72.º).

##### **Passo 4b) Convenção de Haia sobre a Protecção das Crianças**

**Âmbito geográfico.** O mesmo que acima.

**Âmbito material.** O mesmo que acima.

**Âmbito pessoal.** A Convenção de Haia sobre a Protecção das Crianças regula o reconhecimento e a execução de decisões de um dos Estados contratantes noutro Estado contratante (n.º 1 do artigo 23.º).

**Âmbito temporal.** A Convenção aplica-se ao reconhecimento e execução das medidas tomadas após a sua entrada em vigor entre os Estados contratantes relevantes (Artigo 53.º (2)). Para a entrada em vigor nos diferentes estados, veja o site Internet da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado.

#### Etapa 5. **Regra: reconhecimento e exequibilidade**

Em primeiro lugar, consideraremos o reconhecimento e a execução noutros Estados-Membros da UE.

A resposta a esta questão depende de saber se o tribunal Maltês tem jurisdição sobre o mérito (ver a questão b) acima).

Se o tribunal Maltês tiver jurisdição sobre o mérito (ou seja, com base nos Artigos 8º, 12º, 13 ou 14º), as medidas podem ser reconhecidas e executadas noutros Estados-Membros da UE depois de terem sido declaradas executórias (Artigo 21º e seguintes de Bruxelas IIa )

Se o tribunal Maltês não tiver jurisdição sobre o mérito, mas apenas com base no Artigo 20.º para as medidas cautelares (como explicado na questão c) supra), a decisão não pode beneficiar do reconhecimento e da execução transfronteiriços. Ver, a esse respeito, C-256/09, *Purrucker* (15 de Julho de 2010), no qual o Tribunal de Justiça da UE declarou que as disposições do Regulamento relativas ao reconhecimento e à execução não se aplicam às medidas cautelares

MOTIVOS DE REFLEXÃO

#### **Sem aplicabilidade transfronteiriça para medidas cautelares**

Esta limitação imposta pelo Tribunal de Justiça suscita duas preocupações. Primeiro, nos casos em que as crianças estão em perigo e um tribunal decreta medidas de proteção, o seu efeito é limitado ao território do Estado em que foram decretadas. Isto significa que, se as crianças atravessarem outra fronteira (talvez raptadas por um dos membros do casal), novas medidas teriam de ser solicitadas, se necessário. Em segundo lugar, o juiz que reconhece e executa deve fazer uma avaliação da base da jurisdição do tribunal emissor. Normalmente, é proibido considerar a base de jurisdição de outros tribunais dos Estados-Membros no momento do reconhecimento ou da execução (Artigo 24.º Bruxelas IIa). Esta avaliação da jurisdição agora deve ser feita. Em terceiro lugar, e em relação à segunda preocupação, é o facto de que a avaliação da jurisdição do outro tribunal nem sempre é clara. Muitas vezes, os tribunais não indicam claramente o fundamento da jurisdição na decisão. Além disso, num caso urgente, um tribunal pode exercer a sua jurisdição com base no Artigo 20.º sem passar pelo incómodo do procedimento de avaliar a jurisdição sobre o mérito, já que tal poderá implicar a difícil questão da residência habitual, como referido em a) e em b) acima.

Para o reconhecimento e execução no Canadá, aplicam-se outras regras. Como nem a Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças nem a Convenção do Luxemburgo estão em vigor no Canadá, convenções bilaterais seriam consideradas onde elas existam.

Caso contrário, a legislação nacional do Canadá aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução das medidas lá existentes.

### **5) O juiz Maltês deve ordenar o regresso das crianças ao Canadá? Na afirmativa, o que deve ser incluído numa decisão de regresso?**

#### **Passo 1. Área da lei**

O rapto de crianças, que é uma subsecção específica da responsabilidade parental.

**Passo 2. Aspecto do direito internacional privado** A questão respeita à jurisdição para o regresso, ao próprio mecanismo de regresso e à cooperação entre as autoridades.

#### **Passo 3. Fontes legais**

As regras sobre o regresso de crianças ilicitamente deslocadas ou ilicitamente retidas constam na:

- a) Convenção da Haia, de 25 de Outubro de 1980, sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças (Convenção sobre o de Rapto de Crianças);)
- b) Bruxelas IIa;

#### **É BOM SABER O alcance da Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças**

A Convenção da Haia sobre a Proteção das Crianças não regula o regresso, mas sim outras questões de responsabilidade parental, tais como a residência permanente.

#### **Passo 4. Âmbito dos textos legais**

##### **Passo 4.a) Convenção de Haia sobre o Rapto de Crianças**

**Âmbito geográfico.** A Convenção está em vigor em todos os Estados-Membros da UE e numerosos outros estados (aproximadamente. 100). Para obter uma lista completa dos estados contratantes, consulte o site Internet da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

A Convenção também está em vigor no Canadá.

#### **É BOM SABER Aplicação da Convenção sobre o Rapto de Crianças**

A Convenção não se aplica automaticamente entre todos os estados contratantes. As adesões por estados que não eram membros da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado no momento da conclusão da Convenção devem ser aceites pelos outros estados (Artigo 38º). Portanto, antes de aplicar a Convenção, o juiz deve verificar se ambos os estados em questão estão vinculados entre si.

**Âmbito material.** A Convenção sobre o Rapto de Crianças tem um alcance material muito limitado: aplica-se apenas à deslocação e retenção ilícitas de crianças. Neste caso, a questão é se a mãe manteve ilicitamente as crianças em Malta.

A Convenção cobre apenas o regresso da criança. Não regula outras questões de responsabilidade parental, nem os acordos de residência permanente após o regresso.

**Âmbito pessoal.** A Convenção aplica-se se tanto ao estado da residência habitual da criança como aquele do qual foi retirada ou onde se encontra retida são estados contratantes.

**Âmbito temporal.** A Convenção entrou em vigor em 1 de Dezembro de 1983.

Entrou em vigor no Canadá em 1 de Dezembro de 1983 e em Malta em 1 de Janeiro de 2000. O Canadá aceitou a adesão de Malta em 29 de Agosto de 2003 e a Convenção entrou em vigor entre esses dois estados em 1 de Novembro de 2003.

#### Passo 4.b) **Bruxelas IIa**

**Âmbito geográfico.** O mesmo que o acima.

**Âmbito material.** Bruxelas IIa aplica-se ao divórcio e à responsabilidade parental (Artigo 1º). O que inclui os aspectos civis do rapto internacional de crianças (ver disposições nos Artigos 10º e 11º).

**Âmbito pessoal.** As regras relativas ao rapto de crianças de Bruxelas IIa aplicam-se quando a criança é raptada de um Estado-Membro da UE para outro (artigo 11º). Complementam a Convenção sobre o Rapto de Crianças para situações em que a criança foi raptada de um Estado-Membro da UE para outro Estado-Membro da UE. À leitura dos Considerandos 17 e 18, do artigo 11º e do artigo 60º e), no seu conjunto, surge uma imagem complexa. O Regulamento deixa a Convenção em vigor, mas prevalece sobre ela. O Regulamento não contém o seu próprio conjunto completo de regras para regular o rapto de crianças. Em vez disso, usa a Convenção sobre o Rapto de Crianças e baseia-se nela. Assim, quando uma criança é raptada de um Estado-Membro da UE para outro (exceto a Dinamarca), a Convenção fornece os conceitos básicos, mas o Regulamento adiciona regras extras, por exemplo, no enquadramento do prazo, a obrigação de ouvir a criança, a exceção de risco grave e um mecanismo extra para solicitar o regresso em determinadas circunstâncias ao Estado-Membro da antiga residência habitual da criança se o Estado onde a criança foi raptada recusa o regresso (chamado procedimento de segunda oportunidade).

Neste caso, o tribunal deve considerar apenas a Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças e não os complementos de Bruxelas IIa. Isso ocorre porque as crianças foram levadas do Canadá (fora da UE) para Malta. Os complementos de Bruxelas IIa aplicam-se unicamente quando o país de residência habitual anterior e de destino da retirada ou

da retenção são na UE. O questão das crianças terem nacionalidades da UE não altera este facto.

**Âmbito temporal.** Bruxelas IIa aplica-se aos casos instaurados após 1 de Março de 2005 (Artigos 64.º, (1), e 72.º).

#### Passo 5. **Regra**

Primeiro, deve-se notar que os procedimentos de regresso devem ser tratados com celeridade. O tribunal deve decidir no prazo de seis semanas. A Convenção da Haia sobre Rapto de Crianças prevê que, se o tribunal não chegar a uma decisão nas seis semanas, o requerente ou a Autoridade Central pode perguntar as razões do atraso (Artigo 11º).

#### **É BOM SABER**      **Prazo de seis semanas**

Bruxelas IIa impõe a obrigação de utilizar os procedimentos mais expeditos disponíveis no direito nacional e de emitir uma decisão no prazo de seis semanas, exceto quando circunstâncias excepcionais tornam isso impossível (Artigo 11.º, (3)). O Regulamento não é aplicável neste caso, conforme explicado. No entanto, não é fundamentalmente diferente da Convenção sobre o Rapto de Crianças, mas meramente sublinhou a importância de procedimentos rápidos no interesse das crianças envolvidas.

O primeiro passo que o tribunal deve efetuar é considerar se houve deslocação ou retenção injustificada (Artigo 3º Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças). Os pais eram casados. O juiz deveria verificar se, nos termos da lei canadiana, ambos os pais têm direitos de guarda.

A segunda questão que o tribunal enfrenta é a residência habitual das crianças. Onde residem habitualmente no Canadá no momento da retenção ilícita, ou seja, no momento em que Kylie disse claramente que não regressaria e o consentimento de Julien para a permanência em Malta cessou de existir? Para estabelecer a residência habitual, o tribunal deve ter em conta a jurisprudência do TJUE (ver a) acima). As interpretações feitas por outros tribunais na aplicação da Convenção também são relevantes e devem ser levadas em conta. Note que o tempo relevante de residência habitual é diferente aqui do que nas questões a) e b). Nessas questões, a avaliação é feita no momento da ação, enquanto para o rapto de crianças o momento relevante é aquele imediatamente antes da retirada ou retenção ilícita.

A terceira questão é o momento da introdução da ação. Se ação de regresso de Julien fosse introduzida mais de um ano após a retenção, o tribunal pode recusar o regresso se as crianças já se encontram instaladas no seu novo ambiente. A questão difícil aqui é quando é que se começa a contar: deve ser no momento em que o consentimento de Julien cessou. O seu consentimento nunca foi para uma mudança, mas para uma estadia temporária. Assim, o tempo começa quando o seu consentimento para a permanência (que ele considerava temporária) cessou.

Em quarto lugar, o tribunal deve considerar os motivos para a recusa previstos nos artigos 13 e 20 da Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças.

- Se Julien concordou ou aceitou a retenção em Malta, as crianças não deveriam ser deslocadas ou se ele não estivesse a exercer os seus direitos de guarda (Artigo 13º a) do primeiro parágrafo da Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças).
- Se existe o risco de as crianças enfrentarem danos psicológicos ou físicos após o regresso ou serem confrontados com uma situação intolerável (Artigo 13º b) do primeiro parágrafo da Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças). Kylie tenta alegar isso mesmo. Tendo em consideração o carácter específico do seu problema. No entanto, de acordo com as boas práticas previstas na Convenção, o tribunal deve considerar se Elias podia receber o tratamento necessário no Canadá. O tribunal pode ter em consideração a informação fornecida pela Autoridade Central.
- Se as crianças se opuserem ao regresso e são de idade e grau de maturidade suficientes para que o juiz tenha em conta os seus pontos de vista (Artigo 13º, segundo parágrafo, Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças). Estas crianças são pequenas, mas, sem dúvida, Luis já não é assim tão pequeno para não ser ouvido. Aqui, os participantes devem salientar o Artigo 12º da Convenção sobre os Direitos das Crianças que inclui um teste em dois níveis: se a criança pode expressar os seus pontos de vista, ela deve ter a oportunidade de fazê-lo. Em que medida o juiz levará em consideração essas opiniões depende da idade e grau de maturidade da criança. Os participantes podem entrar numa discussão sobre quando e como vão ouvir as crianças.
- Se o regresso fosse contrário aos princípios fundamentais da proteção dos direitos e liberdades fundamentais de Malta (Artigo 20º da Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças). Este fundamento de recusa é reservado para situações extremas e não se aplica aqui.

Por último, mas importante, o juiz deve ter em conta o enquadramento dos direitos humanos e das crianças: a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 (especialmente o Artigo 3º: o interesse superior da criança deve ser primordial) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Artigos 6º e 8º). O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu em vários casos que o interesse superior da criança deve ser considerado em todos os casos: ver, por exemplo, a decisão da Grande Secção de *X c Letónia*, 27853/09 (26 de Novembro) 2013). O tribunal deve tomar seriamente em consideração os relatórios psicológicos ou outros que lhe são submetidos e deve considerar os fundamentos de recusa à luz dos melhores interesses da criança. No equilíbrio entre a obrigação geral de regresso e as exceções para casos bem definidos, a Convenção da Haia sobre o Rapto de Crianças está em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Todos os juízes devem ter o maior cuidado ao realizar este ato de equilíbrio, a fim de respeitar em primeiro lugar as diversas obrigações internacionais e europeias e, em segundo lugar, os direitos das crianças, que podem ser muito vulneráveis numa situação destas.



## **Discussão: regresso**

Considere se um juiz deve ordenar o regresso de Luis e Elias, dada a lei e as circunstâncias do caso. Existe para eles um grave risco se eles regressarem? Um juiz deve ter o cuidado de não privilegiar o seu próprio país como o melhor lugar para as crianças.

Lembrem-se que uma ordem de regresso não é uma decisão sobre o mérito. É apenas uma decisão para as crianças regressarem, a menos que o parente autor do rapto possa provar que existem circunstâncias excepcionais que justificam o uso de um dos fundamentos de recusa. O mérito do caso devem ser apreciado no tribunal da residência habitual das crianças.

Os juízes devem considerar salvaguardas que podem introduzir nas decisões de regresso. As possibilidades diferem muito na legislação nacional. Os juízes devem ser incitados a pormenorizar o mais possível (ver também o Anexo II).

Os elementos que devem ser considerados incluem:

- quando regressarão as crianças: uma data específica contida na decisão pode ser útil;
- como regressarão as crianças: de comboio, avião; Quem as acompanhará ou elas viajarão sozinhas;
- quem pagará os bilhetes;
- será que a Autoridade Central pode desempenhar um papel na assistência ao regresso (se o juiz ordena-lhe que tomem medidas ou solicita-a para assistência, é uma questão de direito nacional);
- que salvaguardas devem ser implementadas no país de regresso das crianças, por exemplo, apoio à criança com ASD;
- como é que o pai autor do rapto (na maioria das vezes a mãe) pode ser ajudado a encontrar alojamento se deseja viajar com as crianças;
- pode fazer-se algo em relação à autorização de residência do parente autor do rapto no país do qual ele ou ela levou as crianças;
- Como garantir a segurança do parente autor de rapto

## **É BOM SABER      Redes**

Os juízes podem solicitar assistência através de várias redes. A rede de juízes da Haia foi criada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. A União Europeia criou a Rede Judiciária Europeia. Os juízes podem usar a rede dos juízes nos seus países para contactar os seus colegas noutros países. Esse contacto pode referir-se a informações genéricas (por exemplo, qual é a lei de uma determinada província do Canadá sobre a responsabilidade parental dos pais não casados), ou assistência específica num caso particular (por exemplo, possibilidades de visitas supervisionadas numa cidade determinada).

Nota para o instrutor: Os participantes também devem considerar o valor da mediação nesta questão. A mediação poderia permitir às partes resolver todos os problemas de uma assentada só, em vez de os ser em vários tribunais. Eles poderiam abordar a

questão do regresso e da futura residência e acordo de contactos para as crianças num só passo. Os juízes devem considerar referenciar as partes à mediação, pois isso poderia reduzir o conflito. Ao mesmo tempo, a mediação não deve ser um bilhete grátis para o alargamento dos procedimentos e permitir que as crianças se instalem no novo ambiente para que o regresso já não seja possível ou aconselhável. Assim, a mediação deve ser célere. A melhor opção é que as partes instituem procedimentos de regresso e, em seguida, permitir-lhes mediar antes da audiência. Esse é o modelo usado na Alemanha e Holanda.

### **Anexo I. Exemplo de ordem de devolução, excerto de D c D [2016] EWHC 3546 (Fam)**

32. Em geral, no entanto, concluo que qualquer risco de danos do tipo acima identificado pode ser abordado através da investigação proposta pelos serviços sociais ao Norte de Chipre na situação da família. O Tutor recebeu, como eu descrevi, garantias sobre essa investigação que daria prioridade ao bem-estar de D e iria estender-se a uma investigação sobre as alegações da parte da mãe de violência doméstica e assédio. Por conseguinte, mando dar conhecimento de todos os documentos constantes no caso aos serviços sociais do Norte de Chipre e que este julgamento seja transcrito e traduzido e enviado ao Norte de Chipre.

33. Além disso, como condição da minha ordem de regresso, pedi às partes que aceitem uma série de compromissos. O pai comprometeu-se:

- a) A cumprir a ordem do Tribunal de Família de Famagusta datada de 29 de Dezembro de 2015 no que se refere ao ambiente de vida de D.
- b) A cooperar com os serviços sociais no norte de Chipre.
- c) A contactar a mãe, só através dos advogados, até a conclusão da avaliação prévia da família que está a ser realizada pelos serviços sociais no Norte de Chipre.
- d) A não ir ou entrar na propriedade da mãe no Norte de Chipre.
- E) A retirar qualquer processo em curso no Norte de Chipre em relação ao rapto de D pela mãe em Setembro de 2016 e a não iniciar qualquer outro processo, seja criminal ou civil, para punir a mãe do rapto de D em Setembro de 2016.
- f) A não molestar, assediar ou intimidar a mãe nem pedir a qualquer outra pessoa de o fazer.

34. A mãe comprometeu-se:

- a) A seguir ao seu regresso ao Norte de Chipre com D, não deslocará D do Norte de Chipre sem a autorização do pai ou ordem do tribunal.
- b) A cumprir a ordem do Tribunal da Família Famagusta datada de 29 de Dezembro de 2015 no que se refere ao ambiente de vida de D
- c) A cooperar com os serviços sociais no Norte de Chipre.
- d) A não molestar, assediar ou intimidar o pai nem pedir a qualquer pessoa de o fazer.

35. Expliquei aos pais que os compromissos que fizeram são promessas ao tribunal e que, se quebradas, estariam em desacato ao tribunal. Cada um aceitou isso e assinou cópias do formulário de compromisso. Os compromissos devem ser anexados à ordem proferida pelo tribunal e enviados, juntamente com o resto dos documentos, ao Norte de Chipre. Na minha opinião, o envolvimento dos serviços sociais do Norte de Chipre e os compromissos assumidos pelas partes reduzem significativamente o risco de qualquer dano à D resultante do seu regresso ao Norte de Chipre.

36. Portanto, vejo claramente que a ordem correta a dar neste caso é ordenar que D regresse ao Norte de Chipre, conforme descrito acima.

37. A única questão restante é a data do seu regresso. A mãe pede que seja adiada para 7 de Janeiro de 2017 - deseja que D seja uma dama de honor no casamento de sua amiga naquele país- mas, na minha opinião, ela já esteve longe da sua casa há muito tempo e não acho que o adiamento do regresso de quatro semanas possa justificar-se. Tenho consciência, é claro, de que a temporada de férias pode tornar a viagem mais difícil e, portanto, decidi ordenar que ela regresse ao Norte de Chipre no prazo de catorze dias, ou seja, até ao dia 29 de Dezembro de 2016.

### **Anexo III. Leitura adicional**

#### Relatórios e manuais:

Borrás A, "Relatório explicativo sobre a Convenção, elaborado com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, sobre a competência judiciária eo reconhecimento e execução de sentenças em matéria matrimonial" (1998)

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, "Factsheet - International kid abductions" (2016) disponível no site do Conselho da Europa: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial, "Guia Prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas IIa" (2014) disponível no site da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, Guias de Boas Práticas (cinco volumes 2003-2012) Disponíveis em seu site: [www.hcch.net](http://www.hcch.net). Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, Boletim de Juízes sobre Proteção Internacional da Criança (1999-atual) disponível em seu site: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, "Guia Prático sobre o Funcionamento da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças "(2014) disponível no site: [www.hcch.net](http://www.hcch.net) Biblioteca da Câmara dos Comuns, "Documento de Informação nº 7726, 3 de Outubro de 2016. Rapto internacional de crianças" (2016) disponível no site do Parlamento

Lagarde P, "Relatório Explicativo sobre a Convenção de Haia sobre a Proteção da Infância de 1996" (1998) disponível no site da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Pérez-Vera E, "Relatório explicativo sobre o rapto de crianças de Haia de 1980" (1982) disponível no site da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Instituto Suíço de Direito Comparado, "Raptos de filhos por pais transfronteiriços na União Europeia. Estudo para a Comissão LIBE" (2015) disponível no site do Parlamento Europeu.

Bancos de dados que contêm jurisprudência:

[www.incadat.com](http://www.incadat.com) (jurisprudência sobre a Convenção de Sequestro de Crianças de Haia)

[W3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar](http://W3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar) (jurisprudência em Bruxelas IIa) [www.unalex.eu](http://www.unalex.eu) (jurisprudência sobre Bruxelas IIa) [www.curia.eu](http://www.curia.eu) (jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE)

[Hudoc.echr.coe.int](http://Hudoc.echr.coe.int) (jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)

~~~~~

Borrás A, "Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters" (1998)

European Court of Human Rights, "Factsheet – International child abductions" (2016) available at the website of the Council of Europe: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

European Judicial Network in civil and commercial matters, "Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation" (2014) available at the website of the Hague Conference on Private International law: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Hague Conference on Private International Law, Guides to Good Practice (five volumes 2003-2012) available at their website: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Hague Conference on Private International Law, Judges' Newsletter on International Child Protection (1999-current) available at their website: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Hague Conference on Private International Law, "Practical Guide on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention" (2014) available at their website: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

House of Commons Library, "Briefing Paper Number 7726, 3 October 2016. International child abduction" (2016) available at the Parliament's website

Lagarde P, "Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention"(1998) available at the website of the Hague Conference on Private International law: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Pérez-Vera E, "Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction" (1982) available at the website of the Hague Conference on Private International law: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Swiss Institute of Comparative Law, "Cross-border parental child abduction in the European Union. Study for the LIBE Committee" (2015) available at the website of the European Parliament.

Databases  
containing case  
law:

[www.incadat.com](http://www.incadat.com) (case law on the Hague Child Abduction Convention)

[w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar](http://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar) (case law

on Brussels IIa) [www.unalex.eu](http://www.unalex.eu) (case

law on Brussels IIa) [www.curia.eu](http://www.curia.eu)

(case law of Court of Justice of the EU)

[hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int) (case law of the European Court of Human Rights)