

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

Workshops
**Direito da Família
e das Crianças**

CEJ

Diretor do CEJ

Fernando Vaz Ventura, Juiz Conselheiro

Diretoras Adjuntas

Ana Teresa Leal, Procuradora-Geral Adjunta

Patrícia Cordeiro da Costa, Juíza Desembargadora

Coordenador do Departamento de Formação

Pedro Raposo de Figueiredo, Juiz de Direito

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

NOTA INICIAL

O plano das Ações de Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciários, na Jurisdição da Família e das Crianças, contempla a realização de Workshops sobre matérias inovadoras, complexas e/ou com dificuldades práticas de aplicação, a carecerem de reflexão conjunta por parte da academia e da magistratura.

Neste ano de 2022-2023 foram três as temáticas abordadas nos Workshops – o Direito Internacional da Família, a Lei Tutelar Educativa e a Adoção –, os quais foram geograficamente deslocados para irem ao encontro do maior número de participantes, correspondendo desta forma aos pedidos que nos foram chegando, mais a mais numa época pós-pandemia.

Com a publicação deste E-book, o Centro de Estudos Judiciários leva ao conhecimento de todos os elementos trabalhados nos Workshops, disseminando gratuitamente pela comunidade jurídica informação atual e relevante.

Agradecemos em especial às Sras. Professoras Doutoras Margarida Santos e Anabela de Sousa Gonçalves e ao Sr. Professor Doutor João Gomes de Almeida os seus contributos e empenho e que garantiram o sucesso dos Workshops.

(CG)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

FICHA TÉCNICA

Nome: *Workshops* Direito da Família e das Crianças

Coleção: Formação Contínua

Ações de Formação:

Direito Internacional da Família

Workshop Adoção – A filiação afetiva

Workshop Lei Tutelar Educativa

Organização:

Jurisdição de Direito da Família e das Crianças:

Ana M. Castro – *Procuradora da República*

Chandra Gracias – *Juíza de Direito e docente do CEJ* até julho de 2023

Maria Oliveira Mendes – *Procuradora da República, Coordenadora da Jurisdição*

Pedro Raposo de Figueiredo – *Juiz de Direito, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ*

Intervenientes:

Ana M. Castro

Ana Teresa Leal – *Procuradora-Geral Adjunta e Diretora-Adjunta do CEJ*

Anabela Susana de Sousa Gonçalves – *Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Chandra Gracias

João Gomes de Almeida – *Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa*

Margarida Santos – *Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria Oliveira Mendes

Pedro Raposo de Figueiredo

Revisão final: Pedro Raposo de Figueiredo

FICHA TÉCNICA

Notas: Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização de um programa leitor de PDF.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.

[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: . ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na internet:<URL:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book:

Identificação da versão	Data de atualização
18/10/2023	

I. DIREITO INTERNACIONAL DA FAMÍLIA 9

1. Divórcio e Regulação das Responsabilidades Parentais Transfronteiriços 11

João Gomes de Almeida

2. Divórcio e Regulação das Responsabilidades Parentais: Casos práticos. Tópicos de Resolução 37

João Gomes de Almeida

3. Rapto Internacional de Crianças: Casos práticos. Tópicos de Resolução 57

João Gomes de Almeida

4. Divórcio; Regulação das Responsabilidades Parentais e Rapto Internacional de Crianças: Casos práticos. Tópicos de resolução 79

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

II. LEI TUTELAR EDUCATIVA E A SUBSIDIARIEDADE DO CPP 89

5. Lei Tutelar Educativa e a Subsidiariedade do CPP: Casos práticos. Propostas de resolução 91

Margarida Santos

III. ADOÇÃO - A FILIAÇÃO AFETIVA 105

6. Adoção – a Filiação Afetiva: Casos práticos e Propostas de solução 107

Ana Teresa Leal

Chandra Gracias

Maria Oliveira Mendes

Pedro Raposo de Figueiredo

Ana M. Castro



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

I. Direito Internacional da Família

Workshops
Direito da
Família e das
Crianças

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. DIVÓRCIO E REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS TRANSFRONTEIRIÇOS

João Gomes de Almeida*

– [Ação de Formação Direito Internacional da Família](#)

Slide 1

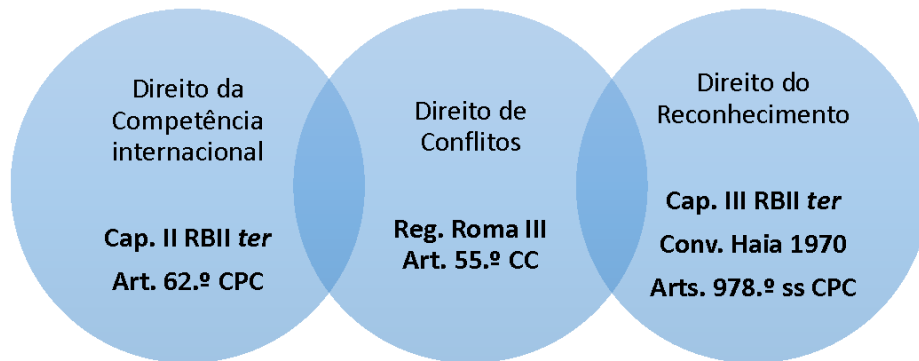
Divórcio e regulação das responsabilidades parentais transfronteiriços

7 de dezembro de 2022

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

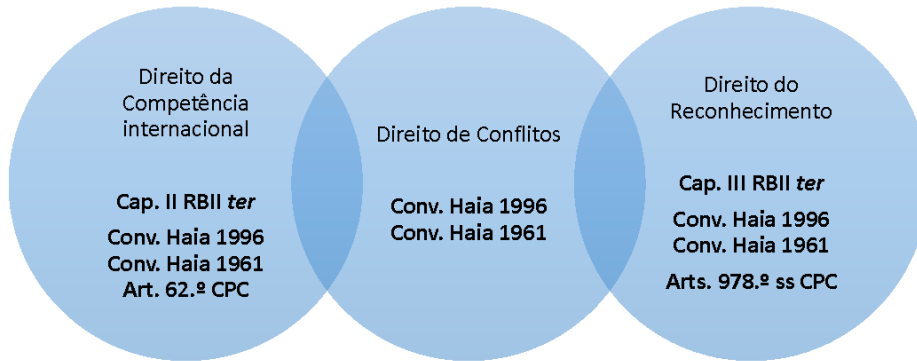
Slide 2

Delimitação e principais normativos: divórcio



Slide 3

Delimitação e principais normativos: responsabilidade parentais



Slide 4

Âmbitos de aplicação

Slide 5

Âmbitos de aplicação

- Determinam quando é que o juiz português **está obrigado** a aplicar as normas do Regulamento Bruxelas II *ter*.
 - Âmbito de aplicação **espacial**: o litígio tem de respeitar a uma situação **com incidência transfronteiriça** (cons. 2 a 4);
 - Âmbito de aplicação **temporal**: as normas (de competência internacional) do RB II *ter* só são aplicáveis aos processos instaurados, aos atos autênticos exarados e aos acordos registados **a partir de 1 de agosto de 2022** (art. 100.º/1);
 - Âmbito de aplicação **material**: o litígio tem de respeitar a uma das ações matrimoniais (art. 1.º/1/a) **ou** a regulação das responsabilidades parentais (art. 1.º/1/b) **].**
 - O RB II *ter* vincula todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca (cons. 96)

Slide 6

Divórcio: âmbito de aplicação material limitado

“Quanto às decisões de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, o presente regulamento **apenas deverá ser aplicável** à dissolução do vínculo matrimonial. **Não deverá abranger questões** como as causas do divórcio, os efeitos patrimoniais do casamento ou outras eventuais medidas acessórias. As disposições do presente regulamento sobre reconhecimento **não deverão abranger as decisões que rejeitam a dissolução do vínculo matrimonial.**” (Cons. 9 do RB II *ter*)

Slide 7

Competência Internacional

Principais regras em matéria de divórcio e responsabilidades parentais transfronteiriços

Slide 8

Normas atributivas de competência internacional: divórcio - caso

A. e **B.** são nacionais belgas e italianos e casados entre si. Residiram habitualmente 4 anos em Portugal. Durante esse período **A.** requereu a separação judicial que foi decretada pelos tribunais portugueses. Após essa decisão, **A.** fixou residência habitual em Espanha e **B.** fixou residência habitual em França. Passados dois anos, em setembro de 2022, **A.** pretende obter decisão de divórcio. Quais os tribunais competentes?

Slide 9

Divórcio: caso

- São internacionalmente competentes:
 - Tribunais **franceses**, por serem os tribunais da residência habitual do cônjuge requerido (art. 3.º/a)/iii); e
 - Tribunais **espanhóis**, por serem os tribunais da residência habitual do cônjuge requerente, qualificados com requisito de permanência igual ou superior a 12 meses (art. 3.º/a)/v); e
 - Tribunais **belgas e italianos**, por ambos serem os tribunais da nacionalidade comum dos cônjuges (art. 3.º/b)); e
 - Tribunais **portugueses**, desde que **A.** intente ação de conversão da separação judicial em divórcio (art. 5.º).
- **A.**, como autor da ação, pode **escolher** instaurá-la em qualquer um destes 5 (cinco) países.

Slide 10

Ac. TJ de 16/07/2009, *Hadadi*, proc.
C-168/08, [EU:C:2009:474](#)

“(…) o sistema de repartição de competências instituído pelo Regulamento n.º 2201/2003 em matéria de dissolução do vínculo matrimonial **não visa excluir a pluralidade de foros competentes**. Pelo contrário, prevê-se expressamente a existência paralela de vários foros competentes hierarquicamente equiparados.” (cons. 49)

“(…) quando ambos os cônjuges têm a nacionalidade de dois mesmos Estados-Membros, o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 2201/2003 opõe-se a que a competência dos tribunais de um desses Estados-Membros seja afastada pelo facto de o demandante não apresentar outros elementos de conexão com esse Estado. **Pelo contrário, os tribunais dos Estados-Membros da nacionalidade dos cônjuges são competentes ao abrigo dessa disposição, podendo estes últimos escolher o tribunal do Estado-Membro em que pretendem instaurar o processo.**” (cons. 58)

Slide 11

Ac. TJ de 25/11/2021, *IB contra FA*, proc.
C-289/20, [EU:C:2021:955](#)

“Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão prejudicial apresentada que o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que **um cônjuge que divide a sua vida entre dois Estados-Membros apenas pode ter a sua residência habitual num desses Estados-Membros**, pelo que só os tribunais do Estado-Membro em cujo território se situa essa residência habitual são competentes para decidir do pedido de dissolução do vínculo matrimonial.” (cons. 62)

Slide 12

Ac. TJ de 01/08/2022, MPA, C-501/20,
[EU:C:2022:619](#)

- Mulher, espanhola; marido português; ambos agentes contratuais da União Europeia no Togo, desde 2015; separação de facto em 2018 e permaneceram ambos no Togo.
- Perguntou-se se o facto de a presença no Togo se dever ao exercício de funções como agentes contratuais da União era determinante para apurar a residência habitual (defendendo a mulher que mantinha residência habitual em Espanha).
- Apesar de a permanência no Togo ter “(...) uma ligação direta com o exercício das suas funções, há que precisar que não é, em si mesma, suscetível de impedir que essa permanência apresente tal grau de estabilidade (...) nem de permitir considerar que a ausência física dos interessados do território [de Espanha] é, neste caso, puramente temporária ou ocasional.” (Cons. 58)

Slide 13

Divórcio: critério residual (art. 6.º)

- O Estado-Membro do foro só pode fundar a sua competência internacional para julgar um divórcio transnacional em normas distintas das consagradas nos artigos 3.º a 5.º do Regulamento Bruxelas II ter quando:
 - **nenhum** Estado-Membro seja internacionalmente competente para julgar esse litígio nos termos dos artigos 3.º a 5.º do citado Regulamento; e
 - o cônjuge requerido **não tenha** “domicílio” na Irlanda e **não seja** nacional dos restantes Estados-Membros,

exceto nos casos em que o cônjuge requerido tenha nacionalidade do Estado-Membro do foro ou “domicílio” no Estado-Membro do foro, no caso da Irlanda.

Corresponde à melhor doutrina e à jurisprudência do TJ (Ac. de 29/11/2007, *Sundelind Lopez*, proc. C-68/07, [EU:C:2007:740](#), confirmada pelo Ac. de 01/08/2022, *MPA*, C-501/20, [EU:C:2022:619](#))

Slide 14

Resp. parentais: regra geral (art. 7.º RB II *ter*)

- Assente no conceito de **residência habitual da criança**. Jurisprudência do TJUE (em sede RB II *bis*):
 - Acórdão *A*, proc. [C-523/07](#), cons. 36 e 44;
 - Acórdão *Mercredi*, proc. [C-497/10 PPU](#), cons. 54 a 56 (RH criança idade lactente);
 - Acórdão *W e V contra X*, proc. [C-499/15](#), cons. 61 a 63 (RH criança exige presença física) e Acórdão *UD contra XB*, proc. [C-393/18 PPU](#), cons. 69 e 70 (RH menor exige física apesar de coação);
 - Acórdão *OL contra PQ*, proc. [C-111/17](#), cons. 70 (RH criança idade lactente);
 - Acórdão *HR*, proc. [C-512/17](#), cons. 64 (RH criança idade lactente assenta essencialmente em circunstâncias objetivas);

Slide 15

Resp. parentais: regras especiais (art. 8.º e 9.º RB II *ter*)

- Deslocação **lícita e mudança RH** do menor para **outro Estado-Membro**: tribunais da anterior RH mantêm, durante 3 meses, competência para alterar decisão sobre **direitos de visita**, se o titular desses direitos continuar com RH nesse Estado.
- Deslocação ou retenção **ilícitas e mudança de RH** do menor para **outro Estado-Membro**: tribunais da anterior RH mantêm competência **excepto** se estiver preenchida al. *a)* ou *b)* do art. 9.º do RB II *ter*.

NOTA: se a mudança de RH do menor for para **Estado terceiro**, estes artigos **não são aplicáveis** (Acórdão *SS contra MCP*, proc. [C-603/20 PPU](#), cons. 46 e ss.).

Slide 16

Resp. parentais: autonomia privada (art. 10.º RB II *ter*)

RB II *ter* introduz alterações **significativas**:

- Elimina autonomia da extensão de competência nas ações matrimoniais (art. 12.º/1 RB II *bis*);
- No regime do pacto de jurisdição, introduz:
 - Um novo exemplo de ligação estreita do menor com o Estado-Membro (RH anterior; art. 10.º/1/a)/iii) do RB II *ter*);
 - O acordo ou aceitação tem de ser expressa; única exceção: a não oposição de partes supervenientes é entendida como aceitação implícita (art. 10.º/2 RB II *ter*).
- Ver cons. 23 e 24 do RB II *ter*.

Slide 17

Resp. parentais: regra subsidiária (art. 11.º RB II *ter*)

- Releva apenas nos casos em que *não há* residência habitual num Estado-Membro *nem* opção pelos tribunais de um Estado-Membro.
- Competentes os tribunais do Estado-Membro onde se encontra o menor.

Slide 18

Resp. parentais: “*forum non conveniens*” (art. 12.º e 13.º RB II *ter*)

- Concretiza-se o que sucede nas situações em que não é recebida a aceitação da competência (art. 12.º/3 RB II *ter*).
- Concretiza-se possibilidade (art. 15.º/2/c) do RB II *bis*) de um tribunal incompetente, que considere estar melhor colocado, requerer a transferência ao tribunal do Estado-Membro competente (art. 13.º RB II *ter*).
 - A decisão pertence ao tribunal competente;
 - A decisão parece ser discricionária “(...) o tribunal requerido **pode** aceitar (...)” (art. 13.º/2 do RB II *ter*);
 - Estabelece-se um **indeferimento tácito** do pedido em caso de incumprimento do prazo de 6 semanas.
- Deixa de ser necessária a aceitação de uma das partes (art. 15.º/2 2.º parágrafo RB II *bis*) nos casos em que a iniciativa é de um tribunal.
- O tribunal escolhido pelas partes com competência exclusiva *não* pode transferir a competência (art. 12.º/5 RB II *ter*).

Slide 19

Resp. parentais: competência residual (art. 14.º RB II *ter*)

- Só é aplicável nos casos em que **nenhum** tribunal **de um (qualquer)** Estado-Membro seja competente ao abrigo das restantes normas atributivas de competência internacional.
- Os casos de maior aplicação serão aqueles em que o menor tem residência habitual em **Estado terceiro** e **não houve** escolha de um tribunal de um Estado-Membro.

Slide 20

Reconhecimento

Principais regras em matéria de divórcio e responsabilidades parentais transfronteiriços

Slide 21

Divórcio: instrumentos normativos

	RB II ter	Conv. Haia 1970	CPC
Decisões	"positivas"	"positivas"	quaisquer
Estados	EM, exceto Dinamarca	Albânia, Austrália, Hong Kong, Dinamarca, Egito, Moldávia, Noruega e Suíça	restantes
AA Temporal (regra geral)	01/08/22	retroativo	retroativo
AA Material	divórcio, separação judicial, anulação do casamento	divórcio e separação judicial	"sobre direitos privados"
Sistema de reconhecimento	automático (regra), a título principal e incidental	proc. individualizado (em Portugal)	proc. individualizado
Tribunal competente para o processo	Tribunal de comarca (regra)	Tribunal da Relação	Tribunal da Relação

Slide 22

Resp. parentais: instrumentos normativos

	RB II <i>ter</i>	Conv. Haia 1996	Conv. Haia 1961	CPC
Estados	EM, exceto Dinamarca	53 Estados Contratantes	Macau	restantes
AA Temporal (regra geral)	01/08/22	medidas tomadas após entrada em vigor da Conv. no EC de origem e requerido		04-02-1969
AA Material	responsabilidade parental	responsabilidade parental	responsabilidade parental	retroativo "sobre direitos privados"
Sistema de reconhecimento	automático (reconhecimento e excecutoriedade)	automático (reconhecimento) e proc. individualizado (excecutoriedade)	automático (reconhecimento) e proc. individualizado (excecutoriedade)	proc. individualizado
Tribunal competente para o processo	Tribunal de comarca (regra)	Tribunal da Relação	Tribunal da Relação	Tribunal da Relação

Slide 23

RB II *ter*: proibição do controlo de competência do tribunal de origem

Art. 69.º

“Não se pode proceder ao controlo da competência do tribunal do Estado-Membro de origem. O critério de ordem pública, referido no artigo 38.º, alínea a), e no artigo 39.º, alínea a), não pode ser aplicado às regras de competência enunciadas nos artigos 3.º a 14.º.”

Slide 24

RB II *bis*: proibição de controlo do mérito**Art. 70.º**

“O reconhecimento de uma decisão em matéria matrimonial **não pode ser recusado** com o fundamento de a lei do Estado-Membro requerido não permitir o divórcio, a separação ou a anulação do casamento com base nos mesmos factos.”

Art. 71.º

“A decisão proferida noutro Estado-Membro **não pode em caso algum ser revista quanto ao mérito.**”

Slide 25

Divórcio: fundamentos de não reconhecimento

“O reconhecimento e a execução de decisões, atos autênticos e acordos com origem num Estado-Membro deverão ter por base o **princípio da confiança mútua**. Por conseguinte, os fundamentos do não reconhecimento **deverão ser reduzidos ao mínimo indispensável**, (...)” (RB II *ter*: cons. 55)

- Ordem pública internacional (art. 38.º/a));
- Garantia do direito de defesa (art. 38.º/b));
- Incompatibilidade de decisões (art. 38.º /c) e d)).

Slide 26

Resp. parentais: fundamentos de não reconhecimento

- Ordem pública internacional, atendendo ao superior interesse da criança (art. 39.º/a));
- Garantia do direito de defesa (art. 39.º/b));
- Audição de pessoa que exerce responsabilidade parental (art. 39.º/c));
- Incompatibilidade de decisões (art. 39.º /d) e e));
- Não ter sido respeitado o processo de colocação da criança noutra Estado-Membro (arts. 39.º/f) e 82.º);
- Audição da criança (art. 39.º/2).

Slide 27

Obrigado

joaoalmeida@fd.ulisboa.pt

2. DIVÓRCIO E REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS: CASOS PRÁTICOS. TÓPICOS DE RESOLUÇÃO

João Gomes de Almeida*

Casos práticos
Tópicos de resolução

– [Ação de Formação Direito Internacional da Família](#)

CASO PRÁTICO

Aníbal, nacional português, casou com **Bianca**, nacional espanhola, em 1994. Fixaram domicílio conjugal em Madrid, em 1995. Do casamento, nasceram dois filhos, ambos luso-espanhóis: **Carlos**, nascido em 15 de dezembro de 2005, e **Dani**, nascido em agosto de 2009.

Aníbal trabalha numa multinacional ligada ao turismo e às tecnologias da informação. Desde 2015 que exerce a sua atividade profissional ocasionalmente em Lisboa. Em março de 2021, fruto de uma promoção profissional, passou a exercer a sua atividade profissional de forma estável e permanente em Lisboa. Para o efeito, vive, durante os dias úteis da semana, num apartamento em Lisboa propriedade do seu pai e faz a sua vida social e profissional em Lisboa. As férias, dias feriados e fins de semanas passa-os em Madrid, na casa do casal, onde vivem **Bianca**, **Carlos** e **Dani**.

No dia 1 de outubro de 2022, **Aníbal** intenta ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge junto dos tribunais portugueses. No dia 15 de outubro de 2022, **Bianca** intenta ação de divórcio junto dos tribunais espanhóis e, contestando a ação intentada por **Aníbal**, alega que os tribunais portugueses são internacionalmente incompetentes, pois os cônjuges (e os seus dois filhos) têm residência habitual em Madrid. Por sua vez, **Aníbal**, contestando a ação intentada junto dos tribunais espanhóis, alega que a mesma não pode prosseguir enquanto não for proferida decisão de mérito na ação por si intentada junto dos tribunais portugueses.

QUESTÕES

Questão 1: Determine se os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para julgar a ação intentada por **Aníbal** e como deve atuar o tribunal espanhol relativamente à ação intentada por **Bianca**.

Admita agora que **Aníbal** pede adicionalmente aos tribunais portugueses a regulação do exercício das responsabilidades parentais relativas a **Carlos** e **Dani**. Junta um documento particular, assinado por ele e **Bianca**, datado de 1 de junho de 2022, no qual consta o seguinte: “**Aníbal** e **Bianca** acordam, de forma livre e esclarecida, em atribuir competência internacional aos tribunais portugueses para decidir sobre a responsabilidade parental relativa aos seus dois filhos, **Carlos** e **Dani**, com expressa renúncia de qualquer outro”.

Questão 2: Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para regular as responsabilidades parentais de **Carlos** e **Dani**?

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

Questão 3: *Quid iuris* se já estivesse pendente uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais de **Carlos e Dani** nos tribunais espanhóis?

Admita agora que o tribunal português considerou-se internacionalmente competente. **Bianca**, apesar de regularmente citada, decide não participar no processo.

Questão 4: O tribunal português deve ouvir as crianças, **Carlos e Dani**? Em caso afirmativo, como deve proceder?

O tribunal português profere decisão em 2 de dezembro de 2022, decretando o divórcio e regulando as responsabilidades parentais: confiou a guarda das crianças a **Bianca** e regulou o direito de visita de **Aníbal**, os quais incluem contactos pela Internet e por telefone, bem como encontros pessoais com as crianças, em Espanha, dois fins de semana por mês e por um período de 20 dias durante as férias do verão.

Questão 5: **Aníbal** requer ao tribunal português a emissão da certidão a que se refere o artigo 47.º. Deve o tribunal emitir essa certidão?

Questão 6: Admitindo que a certidão foi emitida e que **Aníbal** requereu a execução da decisão portuguesa perante a autoridade competente espanhola, pronuncie-se sobre as seguintes alegações de **Bianca**, que entende que deve ser recusada a execução da decisão portuguesa porque:

- (i) **Bianca** não participou na mesma e a decisão obsta ao exercício das minhas responsabilidades parentais;
- (ii) **Carlos e Dani** não foram ouvidos;
- (iii) A decisão não foi tomada atendendo ao superior interesse da criança;
- (iv) A decisão é incompatível com a decisão proferida pelos tribunais espanhóis de 7 de dezembro de 2022, que concedeu apenas a **Aníbal** o contacto com as crianças por telefone e Internet e um fim de semana a cada dois meses.

TÓPICOS DE RESOLUÇÃO

Questão 1: Determine se os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para julgar a ação intentada por Aníbal e como deve atuar o tribunal espanhol relativamente à ação intentada por Bianca.

1. Âmbitos de aplicação. São quatro os âmbitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II ter (doravante os considerandos e artigos indicados sem indicação de fonte pertencem a este Regulamento).

Em primeiro lugar, há que verificar se a situação em litígio tem *incidência transfronteiriça* (cf. considerandos 2 a 4). Nesta questão estamos perante uma ação de divórcio em que os cônjuges têm nacionalidade diferentes (portuguesa e espanhola). Isso é quanto basta para o litígio ser transnacional ou, nas expressões do Regulamento, implicar “um elemento internacional” (considerando 2) ou ter “implicações transfronteiriças” (considerandos 3 e 4).

Em segundo lugar, há que verificar se o âmbito de aplicação territorial, ou em razão do território, se encontra preenchido. O Regulamento é aplicável no território de todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca (considerandos 95 e 96). Como a ação é intentada junto dos tribunais portugueses este âmbito de aplicação está preenchido.

Em terceiro lugar, há que verificar o âmbito de aplicação temporal. Nos termos do artigo 100.º, n.º 1, o Regulamento é aplicável apenas às ações intentadas, aos atos autênticos formalmente exarados e aos acordos registados a partir de 1 de agosto de 2022.

A determinação da data em que foi instaurada uma ação deve ser feita de acordo com o artigo 17.º. Temos um conceito autónomo tripartido. Há que olhar para o Direito processual do Estado-Membro do foro e determinar quando se considera intentada uma ação (neste caso de divórcio). No Direito processual português ela considera-se intentada na data em que foi apresentada ao tribunal a respetiva petição (art. 259.º do CPC). Logo, essa é a data relevante, nos termos do artigo 16.º, al. a). A ação foi intentada em *1 de outubro de 2022*, logo depois de 1 de agosto de 2022. O âmbito de aplicação temporal está preenchido.

Em quarto lugar, há que verificar o âmbito de aplicação material. Para isso há que analisar o artigo 1.º. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, al. a), o Regulamento aplica-se às ações matrimoniais (divórcio, separação judicial e anulação do casamento). Apesar de o Regulamento não definir os conceitos de casamento e divórcio, não há dúvidas que neste caso estamos perante um casamento “tradicional” (entre pessoas de sexo diferente) e perante uma ação que visa dissolver esse caso casamento.

Nota extra: discutiu-se, no Regulamento Bruxelas II *bis* (o anterior), se o conceito de casamento aí perfilhado abrangia os casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Neste novo Regulamento a utilização da expressão neutra “cônjuges” (cf. ponto 5.1 do Anexo II e ponto 6.1 do Anexo VII) quando antes se utilizavam as expressões “esposo” e “esposa” aponta no sentido de que o legislador pretendeu abranger os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Verificados todos os âmbitos de aplicação, o Regulamento é aplicável.

2. Regras de competência internacional em matéria matrimonial. Considerações gerais.

As regras de competência internacional estão previstas nos arts. 3.º a 6.º. Não estamos aqui perante uma conversão de uma separação em divórcio, nem foi efetuado pedido reconvenicional, razão pela qual não são aplicáveis nem o art. 5.º, nem o art. 4.º.

A nova formulação do art. 6.º – que funde os anteriores arts. 6.º e 7.º do Regulamento Bruxelas II *bis* – é, parece-nos, melhor e traduz de forma mais perfeita aquela que era a posição da doutrina maioritária e da jurisprudência do TJ sobre estes dois preceitos do Regulamento Bruxelas II *bis*.

Só é possível recorrer a outras normas (que não os arts. 3.º a 5.º) de competência internacional vigentes no Estado-Membro do foro (no caso Portugal) quando:

- (i) os arts. 3.º a 5.º não atribuem competência internacional a nenhum tribunal de qualquer Estado-Membro; e
- (ii) o cônjuge requerido não tem nacionalidade de um outro Estado-Membro ou, no caso da Irlanda, domicílio. No caso sob análise, nunca seria possível recorrer às normas de competência internacional de fonte interna (CPC) pois: os tribunais espanhóis seriam competentes nos termos do artigo 3.º, al. a), subal.
- (iii) e o cônjuge requerido (Bianca) tem nacionalidade de outro Estado-Membro (Espanha).

Conclusão: a competência internacional dos tribunais portugueses terá de estabelecer-se nos termos do art. 3.º; caso contrário, terão de se declarar incompetentes nos termos do art. 18.º.

3. Concretização da residência habitual de Aníbal. A questão que se coloca é a de saber qual é a residência habitual de **Aníbal**, uma vez que:

Em março de 2021, fruto de uma promoção profissional, passou a exercer a sua atividade profissional de forma estável e permanente em Lisboa. Para o efeito, vive, durante os dias úteis da semana, num apartamento em Lisboa propriedade do seu pai e faz a sua vida social e profissional em Lisboa. As férias, dias feriados e fins de semanas passa-os em Madrid, na casa do casal, onde vivem **Bianca**, **Carlos** e **Dani**.

Pergunta aos formandos: será que Aníbal tem duas residências habituais: uma pessoal, em Madrid (Espanha), e outra profissional, em Lisboa (Portugal)?

A questão de saber se um cônjuge poderia ter, num dado momento, mais de uma residência habitual já foi colocada ao TJ. No Acórdão de 25 de novembro de 2021, *IB contra FA*, C-289/20, EU:C:2021:955, em sede do Regulamento Bruxelas II *bis*, o TJ respondeu negativamente, concluindo que, num dado momento, uma pessoa só pode ter uma residência habitual.

Em síntese, foram estes os argumentos do TJ:

- Nenhuma das disposições do Regulamento Bruxelas II *bis* emprega o conceito de residência habitual na forma plural.

- A jurisprudência do TJ sobre o conceito de residência habitual (do menor) acentua a residência habitual como centro permanente onde se situam os interesses da pessoa. Conclui que a ideia de centro de interesses não aponta no sentido de o conceito residência habitual poder suscitar problemas de conteúdo múltiplo, isto é, de permitir que, em simultâneo, uma pessoa tenha mais do que uma residência habitual.
- O TJ entende que com as normas atributivas de competência internacional em matéria de divórcio, separação judicial e anulação do casamento previstas no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), visa-se assegurar um equilíbrio entre a mobilidade das pessoas no interior da União Europeia e a segurança jurídica. O TJ considera que admitir a possibilidade de um cônjuge ter mais de uma residência habitual em simultâneo acarretaria o risco de a competência internacional determinada, em última análise, não pelo critério da «residência habitual», mas por um critério baseado na simples residência de um ou de outro dos cônjuges, o que infringiria o Regulamento Bruxelas II *bis*. O risco à previsibilidade jurídica seria acrescido por outros regulamentos atribuírem competências noutras matérias, como obrigações alimentares ou regimes matrimoniais, ao tribunal internacionalmente competente para julgar a ação de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento.
- Por fim, considerou o TJ que a sua anterior jurisprudência em matéria de plurinacionalidade comum dos cônjuges (Acórdão de 16 de julho de 2009, *Hadadi*, C-168/08, EU:C:2009:474) não aponta em sentido contrário, pois a conclusão de que o conceito de nacionalidade consagrado no Regulamento Bruxelas II *bis* não se encontra limitado à *nacionalidade efetiva* não é relevante para a interpretação do conceito de residência habitual consagrado no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento Bruxelas II *bis*.

Nota: perguntar aos formandos se concordam com a argumentação do TJ.

Seguindo a jurisprudência do TJ, **Aníbal** não tem duas residências habituais. Há agora que determinar se ele tem residência habitual em Madrid ou em Lisboa. A consequência desta opção é relevantíssima: se **Aníbal** tiver residência habitual em Madrid, então apenas os tribunais espanhóis são internacionalmente competentes (art. 3.º, al. a), subal. i)) e os tribunais portugueses devem oficiosamente declarar-se incompetentes (art. 18.º); se **Aníbal** tiver residência habitual em Portugal, então os tribunais portugueses também são internacionalmente competentes para julgar a ação de divórcio (art. 3.º, al. a), subal. vi)).

Pergunta: perguntar aos formandos para concretizar a residência habitual de **Aníbal**.

A opinião do TJ parece ser a de que **Aníbal** teria residência habitual em Lisboa:

59 No presente processo, como resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe, é pacífico que IB, nacional do Estado-Membro do órgão jurisdicional nacional no qual intentou a ação, preenchia o requisito de residência no território desse Estado-Membro pelo menos nos seis

meses imediatamente anteriores à apresentação do seu pedido de dissolução do vínculo matrimonial, em aplicação do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), sexto travessão, do Regulamento n.º 2201/2003. Está igualmente demonstrado que IB exercia, durante a semana, de forma permanente e estável, desde 2017, uma atividade profissional por tempo indeterminado em França, em cujo território ocupava um apartamento para efeitos do exercício da referida atividade.

60 Estes elementos visam demonstrar que a residência de IB no território desse Estado-Membro apresenta caráter estável e, além disso, permitem revelar, pelo menos, uma integração do interessado num ambiente social e cultural no referido Estado-Membro.

61 Embora esses elementos deixem a priori pensar que os requisitos estabelecidos no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), sexto travessão, do Regulamento n.º 2201/2003 podem estar preenchidos, incumbe, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se todas as circunstâncias de facto específicas do caso concreto permitem efetivamente considerar que o interessado transferiu a sua residência habitual para o território do Estado-Membro a que pertence o referido órgão jurisdicional.

Aceitando que **Aníbal** tinha residência habitual em Lisboa, os tribunais portugueses dever-se-iam considerar internacionalmente competentes para julgar a ação.

4. Litispendência e ações dependentes. O regime de litispendência e ações dependentes em matéria de processos matrimoniais encontra-se previsto nos n.º 1 e n.º 3 do artigo 20.º. Este regime só é diretamente aplicável às situações de litispendência ou de ações dependentes de cariz transnacional envolvendo apenas tribunais de Estados-Membros.

No caso presente, temos ações intentadas em dois Estados-Membros. O regime é aplicável sempre que essas ações sejam ações abrangidas pelo âmbito de aplicação material do Regulamento (divórcio, separação judicial e anulação do casamento). Tal significa que o regime da litispendência e ações dependentes é acionado desde que duas ações matrimoniais sejam intentadas junto de tribunais de Estados-Membros diferentes e haja identidade de partes.

Resulta da redação do preceito que não existe uma hierarquização entre as ações matrimoniais. Consequentemente, uma qualquer ação matrimonial intentada num tribunal de um Estado-Membro impede, durante a sua pendência, que qualquer outra ação matrimonial seja julgada nos tribunais de outro Estado-Membro. É o caso pois existe identidade de partes e estão pendentes ações de divórcio em Portugal e em Espanha.

5. Princípio da prioridade temporal. O regime da litispendência e ações dependentes, assente na regra *qui prior est tempore potior est iure* e na definição tripartida de instauração do processo (art. 17.º), permite resolver com facilidade a generalidade das situações de processos paralelos pendentes em tribunais de diversos Estados-Membros. No caso presente, a ação apresentada junto dos tribunais espanhóis foi intentada mais tarde (em segundo lugar). Por esse motivo, e nos termos do artigo 20.º, n.º 1, o tribunal espanhol deve oficiosamente suspender a instância até que os tribunais portugueses estabeleçam (ou não) a sua competência.

Aníbal não tem razão quando afirma que os tribunais espanhóis devem manter a suspensão da instância até que os tribunais portugueses profiram uma decisão sobre o mérito da causa. Nos termos do art. 20.º, n.ºs 1 e 3, os tribunais espanhóis devem aguardar que os tribunais portugueses decidam se são ou não internacionalmente *competentes*. Se os tribunais portugueses decidirem que são internacionalmente *incompetentes*, os tribunais espanhóis podem levantar a suspensão e prosseguir a ação; se os tribunais portugueses decidirem que são internacionalmente *competentes*, os tribunais espanhóis devem declarar-se internacionalmente incompetentes, tendo **Bianca** a possibilidade de apresentar pedido reconvenicional junto dos tribunais portugueses.

Conclusão final: caso se considere que **Aníbal** tem residência habitual em Lisboa, os tribunais portugueses seriam internacionalmente competentes e os tribunais espanhóis deveriam suspender a instância no processo iniciado junto deles por **Bianca** até que os tribunais portugueses se declarassem internacionalmente competentes, momento em que os tribunais espanhóis se deveriam declarar internacionalmente incompetentes para julgar a ação apresentada por **Bianca**.

Questão 2: Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para regular as responsabilidades parentais de Carlos e Dani?

1. Revisitação dos âmbitos de aplicação. Na questão anterior analisaram-se os âmbitos de aplicação tendo por base um litígio relativo a ações matrimoniais. Nesta questão introduz-se o problema das responsabilidades parentais, o que impõe uma reanálise (pelo menos de alguns) dos âmbitos de aplicação do Regulamento.

O âmbito de aplicação espacial e territorial mantêm-se sem alterações substantivas: a situação continua a ter incidência transfronteiriça e coloca-se perante tribunais portugueses, pelo que se suscita no território de um Estado-Membro vinculado à aplicação do Regulamento.

O Regulamento regula matérias distintas, embora conexas: as ações matrimoniais e as responsabilidades parentais dos filhos. Agora há uma extensão da matéria em litígio, mas ela é igualmente abrangida pelo âmbito de aplicação material, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, al. a).

Chama-se a atenção para os conceitos autónomos de responsabilidade parental, direito de guarda e direito de visita definidos no artigo 2.º, n.º 2, 7), 9) e 10).

Chama-se também a atenção para o facto de **Carlos** tem mais de 16 anos de idade (fará 17 no dia 15 de dezembro de 2022). Ainda assim, as normas sobre responsabilidade parental aplicam-se pois considera-se criança qualquer pessoa com menos de 18 anos (art. 2.º, n.º 2, 6)), mesmo que fosse emancipado (considerando 17).

O âmbito de aplicação material está preenchido.

Pode suscitar dúvidas o preenchimento do âmbito de aplicação temporal, uma vez que o acordo celebrado entre os progenitores relativo à competência dos tribunais portugueses data do dia 1 de junho de 2022, ou seja, o acordo foi celebrado em data *anterior* a 1 de agosto de 2022.

Ora o artigo 100.º, n.º 1, estabelece que o Regulamento é aplicável apenas às ações intentadas, aos atos autênticos formalmente exarados e aos acordos registados a partir de 1 de agosto de 2022.

Pergunta aos formandos: está ou não está preenchido o âmbito de aplicação temporal?

Resposta: Está. O facto jurídico relevante é a data da instauração da ação e não a data da celebração do pacto de jurisdição.

Isso mesmo resulta de forma mais clara, pensa-se, da definição de “ato autêntico” e “acordo registado”, que constam do art. 2.º, n.º 2, 2) e 3).

1. «Ato autêntico»: um documento formalmente exarado ou registado como ato autêntico em qualquer Estado-Membro nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento e cuja autenticidade:
2. esteja associada à assinatura e ao conteúdo do ato, e

3. tenha sido confirmada por uma autoridade pública ou outra autoridade habilitada para esse efeito. Os Estados-Membros devem comunicar essas autoridades à Comissão nos termos do artigo 103.º;
4. «Acordo», para efeitos do capítulo IV: um documento que não é um ato autêntico, tenha sido celebrado pelas partes em matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento e tenha sido registado por uma autoridade pública tal como comunicado por um Estado-Membro à Comissão nos termos do artigo 103.º para esse efeito;

e também do considerando 14:

(14) De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o termo «tribunal» deverá ser interpretado em sentido lato, de modo que abranja também as autoridades administrativas ou outras autoridades como os notários que, em certas questões matrimoniais ou questões de responsabilidade parental, exercem a sua competência. Qualquer acordo aprovado pelo tribunal na sequência da análise do mérito em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais deverá ser reconhecido ou aplicado como uma «decisão». **Outros acordos que adquiram um efeito jurídico vinculativo no Estado-Membro de origem na sequência da intervenção formal de uma autoridade pública ou de outra autoridade tal como comunicado por um Estado-Membro à Comissão para esse efeito, deverão produzir efeitos noutros Estados-Membros de acordo com as disposições específicas do presente regulamento sobre atos autênticos e acordos.** O presente regulamento não deverá permitir a livre circulação de simples acordos privados. No entanto, **os acordos que não sejam nem uma decisão nem um ato autêntico, mas que tenham sido registados por uma autoridade pública competente para o fazer deverão circular.** Essas autoridades públicas podem incluir os notários que efetuam o registo dos acordos, mesmo quando estes exercem uma profissão liberal. (negritos adotados)

2. A admissibilidade de pactos de jurisdição em matéria de responsabilidade parental: considerações gerais. À semelhança do Regulamento Bruxelas II *bis*, permite-se, no art. 10.º que celebração de pactos de jurisdição que atribuem competência internacional aos tribunais de determinado Estado-Membro em matéria de responsabilidade parental. O art. 10.º é uma evolução face ao artigo 12.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, já que prevê uma regulamentação *unitária* para a admissibilidade dos pactos de jurisdição, deixando de distinguir entre pactos celebrados no contexto de ações matrimoniais e pactos celebrados no contexto de outras ações.

3. Condições para o estabelecimento de competência através de um pacto: 1.ª condição cumulativa: ligação estreita da criança ao Estado-Membro designado (art. 10.º, n.º 1, al. a)).

O pacto só será admissível quando haja uma ligação estreita entre a criança e o Estado-Membro designado no pacto. No artigo 10.º, n.º 1, al. a) indica-se uma lista exemplificativa de situações em que há uma conexão estreita.

No nosso caso, verifica-se pelo menos uma das ligações indicadas (as crianças têm nacionalidade portuguesa) e, dependendo do modo como foi concretizada a residência habitual de **Aníbal**, poderá existir uma outra ligação (um dos progenitores tem residência habitual em Portugal).

4. 2.ª condição cumulativa: existência de acordo entre as partes no processo (art. 10.º, n.º 1, al. b)). Resulta das duas subalíneas do artigo 10.º, n.º 1, al. b), que o acordo pode ser extrajudicial e, nesse caso, pode ser efetuado até à data da instauração do processo ou pode ser efetuado no decurso e dentro do processo.

Validade formal do acordo: o art. 10.º, n.º 2, estabelece que, no caso de acordos extrajudiciais, o pacto deve ser celebrado por escrito, datado e assinado. No nosso caso, estes requisitos de forma uniformes estão cumpridos.

Chama-se, no entanto, a atenção para o considerando n.º 23, no qual se afirma que:

(...) Antes de exercer a sua competência com base num acordo ou numa aceitação relativos à atribuição de competência, o tribunal deverá analisar se o referido acordo ou aceitação teve por base uma escolha livre e informada das partes em causa e não é resultado de uma das partes ter tirado partido da situação ou posição fraca da outra parte. (...)

Se o acordo fosse efetuado durante e dentro do processo, as regras formais que devem ser seguidas são as do Estado-Membro do foro (art. 10.º, n.º 2 e considerando n.º 23), relevando-se que o tribunal deve assegurar que todas as partes foram informadas do seu direito de não aceitar a competência (art. 10.º, n.º 2). Trata-se de uma obrigação algo semelhante à que existe no artigo 26.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis*.

Identificação das partes: o acordo deve ser celebrado pelas pessoas que são (ou serão) partes no processo. Regra geral, serão os progenitores das crianças. Podem também ser outras pessoas que sejam os titulares do exercício das responsabilidades parentais (por exemplo, no caso de colocação de crianças numa instituição). Todavia, há que prestar atenção à jurisprudência do TJ proferida em sede de Bruxelas II *bis*:

- No Acórdão de 31 de maio de 2018, *Valcheva*, C-335/17, EU:C:2018:359, o TJ concluiu que os avós a quem foi atribuído um direito de visita eram titulares da responsabilidade da criança;
- No Acórdão de 19 de abril de 2018, *Saponaro*, C-565/16, EU:C:2018:265, o TJ referiu, quando ao procurador público grego:

29 Há, portanto, que considerar que um procurador que, segundo o direito nacional, tem a qualidade de parte no processo em ações como a que está em causa no processo principal e que representa o interesse do menor, é uma parte no processo, na aceção do artigo 12.º, n.º 3, alínea b), do Regulamento n.º 2201/2003. Por conseguinte, a sua oposição a uma extensão de competência não pode ser ignorada.

Pergunta aos formandos: atendendo à jurisprudência do caso *Saponaro* como deve ser caracterizada a participação do Ministério Público nos processos de responsabilidade parental que correm termos nos tribunais portugueses? Deve ser considerado, ou não, uma parte de pleno direito?

A resposta a esta questão é muito importante, porque nos termos do artigo 10.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, 2.º parágrafo, as partes de pleno direito podem opor-se aos pactos de jurisdição; havendo oposição, o pacto não produz efeitos.

5. 3.ª condição cumulativa: o exercício da competência pelo tribunal designado no pacto tem de ser *no superior interesse da criança* (art. 10.º, n.º 1, al. c)). Em primeiro lugar, chama-se a atenção para o considerando 19:

As regras de competência em matéria de responsabilidade parental **são definidas em função do superior interesse da criança e devem ser aplicadas em função desse interesse. Todas as referências ao superior interesse da criança deverão ser interpretadas à luz do artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 («Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança»)**, aplicadas ao abrigo do direito e dos procedimentos nacionais. (negritos aditados)

O artigo 24.º da Carta estabelece:

Artigo 24.º

Direitos das crianças

1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.
2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.
3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.

O artigo 3.º da CNUDC estabelece:

Artigo 3.º

1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.
2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização.

O superior interesse da criança na jurisprudência do TJ:

- No Acórdão de 12 de novembro de 2014, L, C-656/13, EU:C:2014:2364, o TJ esclareceu que a análise do superior interesse da criança tem de ser casuística:

58 Importa acrescentar que, quando é submetido um processo a um tribunal nos termos do artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2201/2003, **o superior interesse da criança só pode ser assegurado através de uma análise, em cada caso concreto, da questão de saber se a extensão de competência pretendida é compatível com esse superior interesse**, e que uma extensão de competência, nos termos do artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2201/2003, apenas produz efeitos para o processo específico submetido ao tribunal cuja competência é objeto de extensão (v., neste sentido, acórdão E, EU:C:2014:2246, n.ºs 47 e 49). (negritos aditados)

- No Acórdão de 19 de abril de 2018, *Saponaro*, C-565/16, EU:C:2018:26, esclareceu que a aceitação da competência não deve ser suscetível de ter um impacto negativo na situação do menor:

No Acórdão de 27 de outubro de 2016, D. (C-428/15, EU:C:2016:819, n.º 58), relativo à interpretação do artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2013, consagrado à transferência para um tribunal mais bem colocado para apreciar a ação, o Tribunal de Justiça concluiu que a exigência de que a transferência sirva o superior interesse da criança implica que o tribunal competente se certifique, à luz das circunstâncias concretas do processo, de que a transferência equacionada deste último para um tribunal de outro Estado-Membro não é suscetível de ter um impacto negativo na situação do menor.

Pergunta para os formandos: a aceitação da competência pelo tribunal português acarreta o prejuízo para a situação do menor?

A resposta a esta questão deve ser dada no caso concreto e é decisiva para a aceitação da competência. O pacto só produzirá os seus efeitos se o tribunal português considerar que o exercício da competência que lhe é atribuída pelo pacto respeita o superior interesse criança. Em suma: o tribunal tem uma palavra decisiva a dizer quanto a admissibilidade do pacto.

Questão 3: *Quid iuris* se já estivesse pendente uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais de Carlos e Dani nos tribunais espanhóis?

1. Litispêndência em matéria de responsabilidade parental. Considerações gerais. As regras de litispêndência internacional em matéria de responsabilidade resultam do artigo 20.º, n.ºs 2 a 5.

Para que haja uma situação de litispêndência terá de haver identidade de partes, pedido e causa de pedir e a responsabilidade parental tem de ser em relação a(s) mesma(s) criança(s).

Tudo isso se verifica no nosso caso.

2. A regra geral: prioridade temporal. Tal como na litispêndência e ações dependentes em matéria de ações matrimoniais, a regra geral é a da prioridade temporal. Segundo esta regra, o tribunal demandado em segundo lugar (no caso, o tribunal português) deve suspender a instância até que esteja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar (no caso, o tribunal espanhol), nos termos do art. 19.º, n.º 2.

Se os tribunais espanhóis se considerassem competentes, o tribunal português declarar-se-ia incompetente; se os tribunais espanhóis se considerassem incompetentes, o tribunal português poderia prosseguir com a ação (art. 19.º, n.º 3).

3. A nova regra especial: prevalência dos tribunais designados através de um pacto de jurisdição exclusivo. O Regulamento introduz no art. 20.º, n.ºs 4 e 5, um novo critério de resolução da litispêndência. Este critério é claramente inspirado no artigo 31.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Bruxelas I *bis*.

Estabelece-se a prevalência dos tribunais que tenham sido chamados a pronunciar-se na sequência de um pacto de jurisdição que lhes atribua competência exclusiva.

Segundo o art. 20.º, n.º 4, a partir do momento em que foi intentada a ação num tribunal em virtude de um pacto de jurisdição exclusivo, os tribunais dos outros Estados-Membros devem suspender quaisquer ações que estejam pendentes e em que haja a tríplice identidade, até que o tribunal competente por via do pacto estabeleça (ou não) que é competente.

Se se considerar competente, os outros devem declarar-se oficiosamente incompetentes (art. 20.º, n.º 5).

4. Quando é que um pacto de jurisdição efetuado nos termos do art. 10.º atribui competência exclusiva?

Como vimos acima, as partes podem fazer pactos de jurisdição:

- (i) até à data da instauração do processo e “fora” dele; ou
- (ii) durante o decurso do processo e “dentro” dele.

O Regulamento é explícito ao estabelecer que um pacto firmado no decurso e “dentro” do processo é um pacto de jurisdição que atribui competência exclusiva (art. 10.º, n.º 4).

Mas o pacto de jurisdição do nosso caso foi celebrado antes de intentada a ação. E sobre estes pactos, o art. 10.º nada estabelece quanto à sua natureza. Já existe alguma divergência doutrinária sobre este ponto.

Há autores que defendem que o pacto de jurisdição celebrado “fora” do processo é sempre *não exclusivo*, isto é, só atribui competência aos tribunais designados, não retirando competência aos demais tribunais que seriam competentes em virtude de outras regras do Regulamento (mormente, os espanhóis por serem os do Estado-Membro da residência habitual das crianças).

Outros autores defendem que nada impede as partes de atribuírem competência exclusiva ao pacto celebrado fora do processo; têm e de o fazer expressamente. O pacto de jurisdição exclusivo tem um efeito atributivo de competência e um efeito privativo de competência. Em favor desta tese, pode avançar-se a própria redação do artigo 20.º, n.º 4 e n.º 5, que mencionam todo o artigo 10.º e não apenas o artigo 10.º, n.º 1, al. b), subal. ii):

1. Quando for chamado a pronunciar-se um tribunal de um Estado-Membro ao qual é atribuída **competência exclusiva por uma aceitação de competência referida no artigo 10.º**, os tribunais dos outros Estados-Membros suspendem a instância até ao momento em que o tribunal chamado a pronunciar-se com base no acordo ou na aceitação declare que não é competente for força do acordo ou da aceitação.
2. Quando e na medida em que o tribunal estabeleceu a competência exclusiva por força da aceitação da competência **a que se refere o artigo 10.º**, os tribunais dos outros Estados-Membros declaram-se incompetentes a favor desse tribunal.

E sobretudo o considerando 38:

(38) O funcionamento harmonioso da justiça obriga a minimizar a possibilidade de instaurar processos concorrentes e a evitar que sejam proferidas decisões inconciliáveis em Estados-Membros diferentes. Importa prever um mecanismo claro e eficaz para resolver os casos de litispendência e de conexão e para obviar aos problemas resultantes das divergências nacionais quanto à determinação do momento a partir do qual os processos são considerados pendentes. Para efeitos do presente regulamento, é conveniente fixar esta data de forma autónoma. Todavia, a fim de reforçar a eficácia dos acordos exclusivos relativos à atribuição de competência, as disposições do presente regulamento sobre litispendência **não deverão constituir um obstáculo caso os pais atribuam competência exclusiva aos tribunais de um Estado-Membro.**

O considerando também não distingue entre pactos celebrados “dentro” e “fora” do processo.

Embora com dúvidas, eu inclino-me mais para esta solução.

Assim, se concordarem comigo, as partes atribuíram competência exclusiva aos tribunais portugueses, o que significa que, apesar de demandado em primeiro lugar, o tribunal espanhol deveria suspender oficiosamente a instância até que o tribunal português determinasse se é ou não internacionalmente competente para julgar a ação (art. 20.º, n.ºs 4 e 5).

Questão 4: O tribunal português deve ouvir as crianças, Carlos e Dani? Em caso afirmativo, como deve proceder?

1. Direito de a criança expressar a sua opinião. Uma das novidades deste Regulamento foi o acentuar do direito da criança expressar a sua opinião. Ele surge, em matéria de responsabilidade parental no art. 21.º; em matéria de rapto internacional de crianças, no art. 26.º; é uma das causas de recusa do reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental (art. 39.º, n.º 2); e a não audição da criança impede o recurso ao regime de reconhecimento das decisões “privilegiadas” (art. 47.º, n.º 3, al. b)).

No nosso caso, a norma relevante é o art. 21.º:

Artigo 21.º

Direito de a criança expressar a sua opinião

1. No exercício da sua competência ao abrigo da secção 2 do presente capítulo, os tribunais dos Estados-Membros devem, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais, dar a uma criança que seja capaz de formar as suas próprias opiniões a oportunidade real e efetiva de as expressar, diretamente ou através de um representante ou de um organismo adequado.
2. Se o tribunal, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais, der à criança a oportunidade de expressar as suas opiniões nos termos do presente artigo, deve ter devidamente em conta as opiniões da criança, em função da sua idade e maturidade.

Uma das crianças tem mais de 16 anos e a outra mais de 13 anos. Não parece que estejamos perante um caso urgente. Assim, parece-me que as crianças devem ser ouvidas.

Veja-se o considerando 39:

Os processos em matéria de responsabilidade parental ao abrigo do presente regulamento, assim como os processos de regresso ao abrigo da Convenção da Haia de 1980, deverão, enquanto **princípio básico, dar a uma criança visada por um desses procedimentos e que seja capaz de formar as suas próprias opiniões, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a oportunidade real e efetiva de expressar essas opiniões, devendo estas ser devidamente tidas em conta na avaliação do superior interesse da criança.** A oportunidade de a criança expressar as suas próprias opiniões, em conformidade com o artigo 24.º, n.º 1, da Carta e à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, desempenha um papel importante na aplicação do presente regulamento. O regulamento deverá, contudo, deixar que sejam o direito e os procedimentos nacionais de cada Estado-Membro a determinar quem ouvirá a criança e como a criança será ouvida. Por conseguinte, o presente regulamento não deverá ter como propósito determinar se a criança deverá ser ouvida pelo próprio juiz pessoalmente ou por um perito com formação adequada que transmita a sua opinião ao tribunal posteriormente, ou se deverá ser ouvida na sala de audiências ou em qualquer outro local ou através de outros meios. **Além disso, embora continue a ser um direito da criança, ouvir a criança não pode constituir uma obrigação absoluta, devendo antes a questão ser avaliada**

tendo em conta o superior interesse da criança, por exemplo, nos casos que envolvam acordos entre as partes.

2. Como ouvir as crianças? Se concordarmos que as crianças devem ser ouvidas, resta agora saber como. O Regulamento não se pronuncia sobre esta matéria. Remete mesmo para o Direito vigente no Estado-Membro do foro. Caberá a esse Direito determinar se a criança é ouvida em tribunal ou noutra local, pelo juiz ou por um perito.

No entanto, deve-se chamar a atenção para o facto de as crianças residirem habitualmente em Espanha. Poderá haver colaboração da mãe e das crianças e estas deslocarem-se a Portugal para ser ouvidas. Mas também pode suceder o inverso.

Nestes casos, pode ser necessário recorrer à cooperação judiciária, mais propriamente, ao Regulamento (UE) 2020/1783 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de prova em matéria civil ou comercial (obtenção de prova) (reformulação).

Sem pretensão de ser muito exaustivo, assinala-se que pode ser feito um pedido para a audição ser efetuada pelo tribunal requerido (eventualmente com a participação das partes e de um representante do tribunal – arts. 12.º a 14.º) ou, em alternativa, um pedido para a audição ser feita diretamente pelo tribunal português, através de videoconferência (art. 20.º). A principal diferença prática entre os meios indiretos e os meios diretos tem que ver com a coercividade: apenas nos primeiros se pode recorrer a medidas coercivas; no entanto, considerando que isto é um direito das crianças e não uma obrigação, parece-me duvidoso o recurso a meios coercivos para ultrapassar uma vontade das crianças de não participarem no processo.

Questão 5: Aníbal requer ao tribunal português a emissão da certidão a que se refere o artigo 47.º. Deve o tribunal emitir essa certidão?

1. Decisões “privilegiadas”. Há dois regimes de reconhecimento diferentes. O “normal” de reconhecimento automático (art. 39.º, n.º 1) e suspensão de *exequatur* (art. 34.º, n.º 1) e um para dois tipos de decisões “privilegiadas” (art. 42.º), em que são ainda mais limitados os fundamentos de recusa de reconhecimento, executoriedade e execução (art. 50.º).

As decisões privilegiadas são de dois tipos:

- (i) decisões que concedam direitos de visita; e
- (ii) uma decisão sobre o mérito relativa ao direito de guarda, proferida na sequência de uma decisão de recusa do regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida (art. 42.º).

No nosso caso, temos uma decisão que, parcialmente, é uma decisão privilegiada, uma vez que concede a **Aníbal** direitos de visita.

2. Condições para utilizar o regime de reconhecimento e execução das decisões privilegiadas. É importante salientar que existem condições para se poder recorrer ao regime especial de reconhecimento das decisões privilegiadas. Estas constam do artigo 47.º, n.º 3:

1. O tribunal só emite a certidão se estiverem preenchidas as seguintes condições:
2. Todas as partes implicadas tiverem tido a oportunidade de ser ouvidas;
3. A criança tiver tido a oportunidade de expressar a sua opinião em conformidade com o artigo 21.º;
4. A decisão tiver sido proferida à revelia e:
 - (a) a parte revel tiver sido citada ou notificada do ato introdutório da instância ou ato equivalente em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa, ou
 - ii) se estiver estabelecido que a parte revel aceitou a decisão de forma inequívoca.

Diz-se no caso que a **Bianca** apesar de regularmente citada, decidiu não participar. Isto significa que estamos dentro da al. d), subal. i), não sendo óbice à emissão da certidão.

Terá de ter sido dada oportunidade às crianças de expressar a sua opinião, caso contrário não se poderá recorrer a este regime privilegiado.

Salienta-se que é opção da parte utilizar este regime especial ou o regime normal. Embora este regime seja mais vantajoso, nada impede a parte de pedir o reconhecimento e execução segundo o regime normal.

De igual modo também é possível recorrer ao regime normal de reconhecimento e execução quando não estejam previstas as condições para utilizar o regime especial.

3. Conclusão. Parece que o tribunal português deve emitir a certidão. Esta só pode ser atacada junto dos tribunais portugueses e com os fundamentos previstos no artigo 48.º (art. 47.º, n.º 6).

Questão 6: Admitindo que a certidão foi emitida e que Aníbal requereu a execução da decisão portuguesa perante a autoridade competente espanhola, pronuncie-se sobre as seguintes alegações de Bianca, que entende que deve ser recusada a execução da decisão portuguesa porque:

1. Análise dos fundamentos de recusa do regime normal e do regime especial. Os fundamentos de recusa do regime normal estão previstos no artigo 39.º. Os fundamentos de recusa do regime especial estão previstos no artigo 50.º.

De seguida analisam-se as alegações de **Bianca**, à luz dos dois regimes de reconhecimento e execução.

2. Bianca não participou na mesma e a decisão obsta ao exercício das minhas responsabilidades parentais. *Regime especial:* alegação irrelevante, porque não é fundamento de recusa (art. 50.º). Poderia ser motivo de impugnação da certidão, porque poderia estar em causa uma das condições necessárias para emissão da certidão (art. 48.º, n.º 2). *Regime normal:* poderiam estar em causa dois fundamentos de recusa no regime normal (art. 39.º, al. b) e c)).

Em qualquer caso, a alegação seria improcedente, porque **Bianca** foi regularmente citada, logo teve oportunidade para apresentar a sua defesa e para ser ouvida.

3. Carlos e Dani não foram ouvidos. Situação semelhante à anterior. *Regime especial:* alegação irrelevante, porque não é fundamento de recusa (art. 50.º). Poderia ser motivo de impugnação da certidão, porque poderia estar em causa uma das condições necessárias para emissão da certidão (art. 48.º, n.º 2). *Regime normal:* poderiam estar em causa dois fundamentos de recusa no regime normal (art. 39.º, n.º 2).

A alegação só seria procedente se o tribunal português não tivesse dado oportunidade às crianças de serem ouvidas. Não é decisivo que as crianças não tenham sido ouvidas; decisivo é que tenham (ou não) tido oportunidade de serem ouvidas.

No regime normal assinala-se a diferente redação do artigo 39.º, n.º 2. Neste preceito estabelece-se que o tribunal do Estado-Membro requerido pode recusar (poder discricionário); nos casos do artigo 39.º, n.º 1, o tribunal do Estado-Membro requerido deve recusar (vinculatividade).

4. A decisão não foi tomada atendendo ao superior interesse da criança. *Regime especial:* alegação irrelevante, não é fundamento de recusa. *Regime normal:* pode ser relevante, mas a alegação é incompleta. Só será fundamento de recusa se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, tendo em conta o superior interesse da criança (art. 39.º, n.º 1, al. a)).

5. A decisão é incompatível com a decisão proferida pelos tribunais espanhóis de 7 de dezembro de 2022, que concedeu apenas a Aníbal o contacto com as crianças por telefone e Internet e um fim de semana a cada dois meses. A alegação é fundamento de recusa quer no *regime especial* (art. 50.º), quer no *regime normal* (art. 39.º, n.º 1, al. d)). Esta alegação seria sempre procedente e seria fundamento de recusa. A lógica é simples: entende-se que uma

decisão posterior é mais conforme o superior interesse da criança, pois atendeu às circunstâncias mais atuais da criança.

7. Fundamentos de suspensão ou recusa adicionais. Para além do artigo 39.º (regime normal) e do art. 50.º (regime especial), há ainda a possibilidade de suspender ou recusar a execução de decisões em matéria de responsabilidade parental:

- Quando execução expusesse a criança a um grave risco de danos físicos ou psicológicos devido a impedimentos temporários (suspensão) ou de carácter duradouro (recusa) que tenham surgido depois de a decisão ter sido proferida ou em virtude de qualquer outra alteração significativa das circunstâncias (art. 56.º, n.º 4 a 6);
- Com base no restante Direito vigente no Estado-Membro de execução, desde que este não seja incompatível com os artigos 41.º, 50.º e 56.º (art. 57.º).

6. Conclusão. Por força da última alegação, a execução da decisão portuguesa deveria ser recusada pelos tribunais espanhóis.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: CASOS PRÁTICOS. TÓPICOS DE RESOLUÇÃO

João Gomes de Almeida*

Casos práticos
Tópicos de resolução

– Ação de Formação Direito Internacional da Família

CASO PRÁTICO

Ana, nacional portuguesa, e **Benny**, nacional irlandês, são os pais de duas crianças, ambas, luso-irlandesas, **Charles**, nascido em 1 de outubro de 2006, e **Diane**, nascida em 1 de dezembro de 2012.

A família residia habitualmente na Irlanda desde 2006. Em 10 de agosto de 2022, **Ana** viajou para Portugal com as crianças, para passar as férias de verão com os avós maternos das crianças. Em 30 de agosto de 2022, Ana comunica telefonicamente a **Benny** que não irá regressar à Irlanda e que ela e as duas crianças vão passar a viver em Portugal, tendo ela já encontrado uma casa para morarem e escolas para as duas crianças na cidade de Lisboa.

Benny, no dia 15 de setembro de 2022, intenta ação pedindo o regresso das crianças junto dos tribunais portugueses.

QUESTÕES

Questão 1: Sabendo que **Ana** e **Benny** não são casados entre si e que, segundo o Direito material irlandês, o pai natural dos menores não beneficia de pleno direito do direito de guarda, aprecie a admissibilidade da ação intentada por **Benny**.

Questão 2: Admita agora (e para as questões seguintes) que existia uma decisão judicial irlandesa que atribuía o direito de guarda relativo a **Charles** e a **Diane** conjuntamente a **Ana** e a **Benny**. A resposta alterava-se? E a data em que essa apreciação seria feita é de algum modo relevante?

Questão 3: **Ana** alega que era vítima de violência doméstica levada à cabo por **Benny**, juntando vários relatórios de várias deslocações às urgências médicas para tratar ferimentos físicos e declaração assinada por **Ella**, irlandesa vizinha do casal, em como tinha presenciado **Benny** injuriar, ameaçar e agredir **Ana**. Diga se o tribunal português:

- (i) Pode proferir decisão de recusa sem ouvir **Benny**?
- (ii) Pode proferir decisão de recusa sem conceder à criança a oportunidade de ser ouvida?
- (iii) Pode proferir decisão de recusa se vigorar na Irlanda uma decisão judicial que impede **Benny** de se aproximar de **Ana** e das crianças e os serviços sociais Irlandeses estarem disponíveis para acolher **Ana** e as crianças no âmbito do programa nacional destinado a proteger as vítimas de violência doméstica?

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

Questão 4: Admita agora, que na pendência do processo, **Ana** e **Benny** acordam que a melhor solução para as crianças é o não regresso e que o direito de guarda sobre as mesmas deve ser atribuído a **Ana**, sem prejuízo de ser necessário o consentimento de **Benny** para efetuar uma alteração de residência habitual, e que **Benny** teria o direito de visita uma vez por mês e 15 dias durante as férias de verão. O tribunal português pode atribuir efeitos vinculativos a este acordo?

Questão 5: Considere agora que não houve acordo entre os progenitores e que o tribunal português de primeira instância proferiu uma decisão de regresso.

- (i) O tribunal pode declará-la executória, independentemente de qualquer recurso?
- (ii) *Quid iuris* se **Ana**, antecipando que a decisão lhe seria desfavorável, se deslocou, com as crianças, para França.

Questão 6: Admita agora que, após ouvir **Ana**, **Benny**, **Charles** e **Diane** o tribunal português proferiu uma decisão de não regresso. Durante a pendência do processo, **Benny** informou o tribunal português de que se encontra pendente, desde 1 de dezembro de 2022, em tribunal irlandês, uma ação relativa a regulação das responsabilidades parentais de **Charles** e **Diane**.

- (i) Determine quais os tribunais que tinham competência internacional para regular o exercício das responsabilidades parentais.
- (ii) O tribunal português fundamenta a decisão de não regresso com base na oposição da criança. Como deve atuar o tribunal português?
- (iii) O tribunal irlandês profere, em 13 de dezembro de 2022 e após ouvir **Ana**, **Benny**, **Charles** e **Diane**, uma decisão que atribui o direito de guarda em exclusivo a **Benny** e concede direitos de visita a **Ana**, fixando a residência habitual das crianças na Irlanda. Como pode esta decisão ser executada em Portugal?

TÓPICOS DE RESOLUÇÃO

Questão 1: Sabendo que Ana e Benny não são casados entre si e que, segundo o Direito material irlandês, o pai natural dos menores não beneficia de pleno direito do direito de guarda, aprecie a admissibilidade da ação intentada por Benny.

1. Âmbitos de aplicação. São quatro os âmbitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II *ter* (doravante os considerandos e artigos indicados sem indicação de fonte pertencem a este Regulamento).

Em primeiro lugar, há que verificar se a situação em litígio tem *incidência transfronteiriça* (cf. considerandos 2 a 4). Nesta questão estamos perante uma alegada situação de rapto internacional de crianças e basta a deslocação dos menores da Irlanda para Portugal para verificarmos que a situação implica “um elemento internacional” (considerando 2) ou ter “implicações transfronteiriças” (considerandos 3 e 4).

Em segundo lugar, há que verificar se o âmbito de aplicação territorial, ou em razão do território, se encontra preenchido. O Regulamento é aplicável no território de todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca (considerandos 95 e 96). Como a ação é intentada junto dos tribunais portugueses este âmbito de aplicação está preenchido.

Em terceiro lugar, há que verificar o âmbito de aplicação temporal. Nos termos do artigo 100.º, n.º 1, o Regulamento é aplicável apenas às ações intentadas, aos atos autênticos formalmente exarados e aos acordos registados a partir de 1 de agosto de 2022.

A determinação da data em que foi instaurada uma ação deve ser feita de acordo com o artigo 17.º. Temos um conceito autónomo tripartido. Há que olhar para o Direito processual do Estado-Membro do foro e determinar quando se considera intentada uma ação (neste caso de divórcio). No Direito processual português ela considera-se intentada na data em que foi apresentada ao tribunal a respetiva petição (art. 259.º do CPC). Logo, essa é a data relevante, nos termos do artigo 16.º, al. *a*). A ação de regresso foi intentada em *15 de setembro de 2022*, logo depois de 1 de agosto de 2022. O âmbito de aplicação temporal está preenchido.

Em quarto lugar, há que verificar o âmbito de aplicação material. Para isso há que analisar o artigo 1.º. Nos termos do artigo 1.º, n.º 3, as regras do Regulamento Bruxelas II *ter* são aplicáveis aos casos de rapto internacional de crianças que afetem mais de um Estado-Membro, em complemento das regras da Convenção da Haia de 1980 sobre Rapto Internacional de Crianças (doravante Convenção da Haia de 1980). Logo, o âmbito de aplicação material está verificado.

Verificados todos os âmbitos de aplicação, o Regulamento é aplicável.

2. Âmbitos de aplicação da Convenção da Haia de 1980. Vejamos, agora, sucintamente, os âmbitos de aplicação da Convenção da Haia de 1980.

Em primeiro lugar a Convenção só se preocupa com a deslocação ou retenção ilícitas que tenham um carácter internacional

Em segundo lugar a Convenção só se aplica nos casos em que a criança ilicitamente deslocada ou retida tinha residência habitual num Estado Contratante imediatamente antes dessa deslocação ou retenção (art. 4.º da Convenção da Haia de 1980). A criança tem de ter idade inferior a 16 anos. *Em terceiro lugar*, as regras da Convenção aplicam-se apenas as deslocações ou retenções ilícitas que ocorreram depois da entrada em vigor da Convenção nos dois Estados Contratantes envolvidos (o da residência habitual anterior e o da deslocação ou retenção ilícitas), nos termos do art. 35.º da Convenção da Haia de 1980. No seio da União Europeia, esta questão já não é relevante atendendo a que a Convenção se encontra em vigor há muito tempo (em Portugal desde 1 de dezembro de 1983 e na Irlanda desde 1 de outubro de 1991), mas a questão pode ser relevante para as relações com Estados Contratantes recentes (a Convenção entrou em vigor no Botswana no passado dia 1 de fevereiro).

Em quarto lugar o âmbito de aplicação material é o da *deslocação ou retenção ilícitas* de crianças, conforme resulta dos artigos 1.º e 3.º da Convenção da Haia de 1980.

3. Relação entre a Convenção da Haia de 1980 e o Regulamento Bruxelas II *ter*. Aqui o Regulamento Bruxelas II *ter* torna mais claro o que já resultava do considerando n.º 17 do Regulamento Bruxelas II *bis* e dos pontos 77 e 78 do Parecer 1/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia:

“(17) Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de uma criança, deve ser obtido sem demora o seu regresso; para o efeito, deverá continuar a aplicar-se a Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, completada pelas disposições do presente regulamento, nomeadamente o artigo 11.º. (...)”

e

“77 O Regulamento n.º 2201/2003 completa e precisa, nomeadamente no seu artigo 11.º, as referidas regras convencionais. (...)”

78 Do conteúdo de todas as disposições do Regulamento n.º 2201/2003 evocadas no número anterior decorre que as mesmas se baseiam nas regras da Convenção de Haia de 1980 ou preveem consequências a extrair da aplicação destas últimas. Estas duas categorias de disposições constituem assim um conjunto normativo indivisível, aplicável aos procedimentos de regresso de crianças ilicitamente deslocadas dentro da União.”

No Regulamento Bruxelas II *ter* consagrou-se esta ideia no artigo 96.º:

“Se uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida num Estado-Membro que não o da sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, continuam a ser aplicáveis as disposições da Convenção da Haia de 1980, complementadas pelos capítulos III e VI do presente regulamento. Se uma decisão que decreta o regresso da criança nos termos da Convenção da Haia de 1980 que foi proferida num Estado-Membro tiver de ser reconhecida e executada noutra Estado-Membro na sequência de nova deslocação ou retenção ilícita da criança, é aplicável o capítulo IV.”

Em suma, as regras do Regulamento Bruxelas II *ter* só serão aplicáveis nos casos em que a anterior residência habitual da criança e o local da sua deslocação ou retenção ilícitas sejam Estados-Membros da União Europeia vinculados ao Regulamento Bruxelas II *ter* (todos, com exceção da Dinamarca).

4. Conceito de deslocação ou retenção ilícitas. Quer a Convenção da Haia de 1980, quer o Regulamento Bruxelas II *ter*, definem o conceito de deslocação ou retenção ilícita.

A Convenção da Haia de 1980, no seu artigo 3.º:

“A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

1. Tenha sido efectuada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção; e
2. Este direito estiver a ser exercido de maneira efectiva, individualmente ou em conjunto, no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de custódia referido na alínea a) pode designadamente resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o direito deste Estado.”

O Regulamento Bruxelas II *ter* na alínea 11) do n.º 2 do artigo 2.º:

“11) «Deslocação ou retenção ilícitas»: a deslocação ou a retenção de uma criança, quando:

1. viole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor nos termos do direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e
2. no momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efectivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção.”

As duas definições são, essencialmente, *idênticas*. Verifica-se uma aparente omissão na definição do Regulamento Bruxelas II *ter*, que não menciona a atribuição do direito de guarda por decisão administrativa. Dizemos aparente, porque o conceito de decisão judicial no Regulamento Bruxelas II *ter* permite também abarcar decisão de autoridades administrativas quando elas tenham competência em matéria de responsabilidade parental (cf. artigo 2.º, n.º 1 e n.º 2, alínea 1) do Regulamento Bruxelas II *ter*).

No caso é mais próximo de uma situação de retenção do que de deslocação, pois parece que a deslocação pelo período das férias não tinha merecido oposição do outro progenitor.

Mas para, neste caso, a retenção ser considerada *ilícita* têm de se verificar dois pressupostos:

- (i) que **Benny** tenha o direito de guarda e
- (ii) que **Benny** estivesse efetivamente a exercê-lo, não fosse a retenção.

Nos casos em que não haja decisão judicial, decisão administrativa ou acordo sobre a atribuição das responsabilidades parentais, a questão vai depender de saber se **Benny** tinha ou não o direito de guarda sobre as crianças por mero efeito do Direito aplicável.

Antes da deslocação, as crianças tinham residência habitual na Irlanda. De acordo com a Convenção da Haia de 1996 (aplicável quer na Irlanda quer em Portugal), a atribuição de responsabilidades parentais *ope legis* é regulada pela lei da residência habitual da criança, ou seja, pela lei irlandesa. Segundo a lei irlandesa, ao pai não casado com a mãe não é atribuído, por mero efeito da lei, o direito de guarda sobre as crianças. Conclusão: **Benny** não era titular do direito de guarda e, como tal, a retenção feita por **Ana** das crianças em Portugal não pode ser considerada uma deslocação ou retenção ilícitas, pois não violou o (inexistente) direito de guarda de **Benny**.

A retenção é lícita.

Pergunta para os formandos: será que esta solução (que depende do direito material irlandês) viola a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em particular o seu art. 7.º e 24.º?

“Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

(Artigo 7.º)

”1 As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2 Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

3 Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.” (Artigo 24.º)

A questão foi abordada pelo TJ no Acórdão de 5 de outubro de 2010, *J. McB contra L.E.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582.

O TJ concluiu, à semelhança do TEDH, que não há violação da carta na não atribuição *ope legis* ao pai natural não casado, desde que o Direito do Estado permite que ele peça a atribuição antes da deslocação ou retenção (cons. 52 a 64).

Questão 2: Admita agora (e para as questões seguintes) que existia uma decisão judicial irlandesa que atribuía o direito de guarda relativo a Charles e a Diane conjuntamente a Ana e a Benny. A resposta alterava-se? E a data em que essa apreciação seria feita é de algum modo relevante?

5. Direito de guarda proveniente de decisão judicial. Nesta segunda questão, foi atribuído a **Ana** e a **Benny**, por decisão judicial irlandesa, um direito de guarda conjunto sobre as crianças.

Deste modo, **Ana** não pode decidir *sozinha* a residência habitual das crianças. A retenção das crianças em Portugal para além do período de férias constitui uma violação do direito de guarda de **Benny** e é, por isso, uma retenção ilícita.

Questão *ad laterem*: a questão não menciona, mas podem surgir problemas complexos quando se tratem de decisões judiciais que atribuem a guarda a apenas uma pessoa, e que, apesar de não transitadas em julgado, produzam os seus efeitos.

Quid iuris se uma nova decisão irlandesa atribuísse o direito de guarda e o de fixar a residência habitual das crianças apenas a **Ana**. Com base nessa decisão **Ana** mudasse a residência habitual das crianças para Portugal e, posteriormente à mudança, **Benny** recorresse da decisão e os tribunais superiores anulassem a mesma, passado um ano. Houve ou não deslocação ilícita das crianças por parte de **Ana**?

Resposta: a questão é muito sensível, mas foi já abordada pelo TJ no Acórdão de 9 de outubro de 2014, *C contra M*, EU:C:2014:2268. Neste acórdão ele decidiu:

1. Os artigos 2.º, ponto 11, e 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, devem ser interpretados no sentido de que, quando a deslocação da criança ocorreu em conformidade com uma decisão judicial executória provisoriamente que foi em seguida revogada por uma decisão judicial que fixava a residência da criança no domicílio do progenitor que permanece no Estado-Membro de origem, o órgão jurisdicional do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada, chamado a pronunciar-se sobre um pedido de regresso da criança, deve verificar, ao proceder à avaliação de todas as circunstâncias específicas do caso, se a criança ainda tinha a sua residência habitual no Estado-Membro de origem imediatamente antes da retenção ilícita alegada. No âmbito desta avaliação, há que ter em conta o facto de a decisão judicial que autorizava a deslocação poder ser executada provisoriamente e ter sido objeto de recurso.
2. O Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que, quando a deslocação da criança ocorreu em conformidade com uma decisão judicial executória provisoriamente que foi em

seguida revogada por uma decisão judicial que fixava a residência da criança no domicílio do progenitor que permanece no Estado-Membro de origem, a retenção da criança noutro Estado-Membro na sequência dessa segunda decisão é ilícita e o artigo 11.º desse regulamento é aplicável se se considerar que a criança ainda tinha a sua residência habitual no referido Estado-Membro imediatamente antes dessa retenção. Se, pelo contrário, se considerar que nesse momento a criança já não tinha a sua residência habitual no Estado-Membro de origem, a decisão que julga improcedente o pedido de regresso baseado nessa disposição é adotada sem prejuízo da aplicação das regras relativas ao reconhecimento e à execução de decisões proferidas num Estado-Membro previstas no capítulo III do mesmo regulamento.

Em suma, tudo parece assentar no decurso de tempo e na questão de saber se a criança mudou (licitamente) de residência habitual enquanto vigorou a decisão que conferia o direito de guarda exclusivo a **Ana**.

6. O conceito de criança para efeitos de rapto internacional de crianças. De acordo com o caso, **Charles** nasceu em 1 de outubro de 2006 e **Diane**, nasceu em 1 de dezembro de 2012.

A ação foi intentada a 15 de setembro de 2022, ou seja, a 15 dias de **Charles** fazer 16 anos e quando **Diane** tinha 9 anos de idade (faria 10 anos cerca de mês e meio depois da data de propositura da ação).

De acordo com o artigo 2.º, n.º 2, alínea 6) do Regulamento Bruxelas II *ter*, criança, para efeitos do Regulamento, é qualquer pessoa com menos de 18 anos. Aparentemente ambos seriam crianças.

É necessário, porém, salientar que o conceito de criança na Convenção da Haia de 1980 é diferente, como decorre do seu artigo 4.º:

“A Convenção aplica-se a qualquer criança com residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de 16 anos.”

Não nos podemos esquecer que resulta as regras do Regulamento Bruxelas II *ter* em matéria de rapto internacional de crianças *visam complementar* a Convenção da Haia de 1980. Como tal, e logicamente, o conceito de criança relevante para efeitos de rapto internacional de crianças é o da Convenção e não o do Regulamento. Isso mesmo é expressamente referido no considerando n.º 17 do Regulamento e resulta também do artigo 22.º do Regulamento Bruxelas II *ter*:

“(…) A Convenção da Haia de 1980, e, conseqüentemente, também o capítulo III do presente regulamento, que complementa a aplicação da Convenção da Haia

de 1980 nas relações entre os Estados-Membros, deverá continuar a ser aplicável às crianças até aos 16 anos de idade.” (considerando n.º 17)

”Os artigos 23.º a 29.º e o capítulo VI do presente regulamento são aplicáveis e complementam a Convenção da Haia de 1980 quando uma pessoa, instituição ou outro organismo que alegue a violação do direito de guarda pedir, diretamente ou com a assistência de uma autoridade central, a um tribunal de um Estado-Membro que profira uma decisão, baseada na Convenção da Haia de 1980, que ordene o regresso de **uma criança com menos de 16 anos** que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida num Estado-Membro que não o da sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas.” (art. 22.º)

Em suma: os artigos 23.º a 29.º e o Capítulo IV do Regulamento só são aplicáveis a situações de rapto internacional de crianças, entendendo-se como tal as pessoas com menos de 16 anos de idade.

7. Idade da criança e momento em que é aferida a competência. A regra geral do Regulamento é a costumeira: a competência internacional dos tribunais afere-se com referência à data em que foi proposta a ação.

A 15 de setembro de 2022, as duas crianças tinham menos de 16 anos de idade. Porém, a 1 de outubro de 2022, **Charles** terá 16 anos de idade. A Convenção da Haia de 1980, no seu artigo 4.º estabelece como regra que “a aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de 16 anos.”

Como se refere no Relatório Explicativo, a Convenção adotou a posição mais restritiva:

“(…) no action or decision based upon the Convention’s provisions can be taken with regard to a child after its sixteenth birthday.”¹

Isto significa, quanto a **Charles**, que muito dificilmente seria possível proferir uma decisão de regresso, uma vez que ela teria de ser proferida em menos de 15 dias.

Recorda-se que o novo artigo 24.º estabelece regras mais detalhadas sobre o “processo judicial expedito”, estabelecendo nomeadamente que:

1. Deve ser usado o procedimento mais expedito no direito nacional (art. 24.º/1 – perguntar aos formandos qual é o procedimento a adotar em Portugal);
2. Salvo casos excecionais, o tribunal de 1.ª instância deve decidir no prazo de seis semanas (art. 24.º/2);
3. Salvo casos excecionais, o tribunal de instância superior deve decidir no prazo de seis semanas contadas da data em que estiver em condições para examinar o recurso (art. 24.º/3).

¹ Elisa Pérez-Vera, “Explanatory Report of the Hague 1980 Child Abduction Convention” (Haia: Bureau Permanent de la Conférence, 1980), 450, ponto 77.

Questão 3: Ana alega que era vítima de violência doméstica levada a cabo por Benny, juntando vários relatórios de várias deslocações às urgências médicas para tratar ferimentos físicos e declaração assinada por Ella, irlandesa vizinha do casal, em como tinha presenciado Benny injuriar, ameaçar e agredir Ana. Diga se o tribunal português:

(i) Pode proferir decisão de recusa sem ouvir Benny?

8. Oportunidade de audição da parte que requer o regresso. As regras do Regulamento Bruxelas II *ter* visam promover o regresso, sem demora, da criança ilicitamente deslocada ou retida ao Estado-Membro da sua residência habitual antes da deslocação ou retenção ilícitas. Deste modo, compreende-se que a audição da parte que requer o regresso *é sempre obrigatória* quando o tribunal do Estado-Membro da deslocação ou retenção pretende proferir uma decisão que *não* ordene o regresso da criança (art. 27.º, n.º 1).

Deste modo, o tribunal *não pode* proferir uma decisão de recusa sem previamente dar a **Benny** a oportunidade de ser ouvido no processo. Em certa medida, parece-me que esta regra assegura simultaneamente o direito a julgamento equitativo, assegurando que a parte que requer o regresso da criança tem a oportunidade de expor o seu caso perante o tribunal, e, secundariamente, funciona como dissuasor da emissão de decisões de recusa de regresso.

Nos casos em que o tribunal do Estado-Membro da deslocação ou retenção ilícitas profira uma decisão de regresso da criança ao anterior Estado-Membro da residência habitual, essa decisão pode ser feita dispensando a audição da parte que requer o regresso. Neste caso é o superior interesse da criança, conjugado com a necessidade de um procedimento célere e o alinhamento entre a decisão e o pedido efetuado pela parte que requer o regresso, que permite a dispensa de audição.

Pergunta aos formandos: imaginem que o tribunal português profere decisão de recusa sem dar a **Benny** a oportunidade de ser ouvido? Como pode ele reagir?

Resposta: recorrer da decisão com fundamento em violação do artigo 24.º/1.

(ii) Pode proferir decisão de recusa sem conceder à criança a oportunidade de ser ouvida?

9. O direito da criança a ser ouvida. É indiscutível, a luz dos artigos 26.º e 21.º do Regulamento Bruxelas II *ter* que a criança tem o direito de expressar a sua opinião num processo de regresso.

Estas normas, conjuntamente com o considerando 39.º, são bem vindas porque destacam e acentuam a visibilidade deste direito da criança, que já existia e está consagrado quer no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quer no artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

No nosso caso prático, o foco será a **Diane** porque, como vimos anteriormente, **Charles** rapidamente terá 16 anos de idade e deixará de poder recair sobre ele qualquer tipo de decisão proferida nos termos da Convenção da Haia de 1980.

Diane tem 9 anos de idade, quase 10, aquando da propositura da ação. O tribunal deve, em primeiro lugar, verificar se a criança é capaz de formar as suas próprias opiniões. Nessa análise, deve atender-se à idade e ao grau de maturidade (até por referência ao artigo 24.º, n.º 1 da Carta), mas a nova redação não limita a aferição a esses elementos. A idade e o grau de maturidade são agora indicados como elementos para aferir o “peso” que o tribunal deve dar às opiniões das crianças.

Se concluir que a criança é capaz de formar as suas próprias opiniões, o tribunal deve dar uma oportunidade real e efetiva à criança de as prestar (art. 21.º/1 *in fine* e *ex vi* art. 26.º). Cabe ao Direito nacional determinar o modo como a audição da criança se processa, o que deve ser feito atendendo ao superior interesse da criança (audição direta ou por representante; audição por perito nomeado pelo Tribunal; videoconferência).

Apesar do que se tem dito, não é possível responder negativamente à questão. Em regra, o Regulamento Bruxelas II *ter* pretende destacar que a criança tem direito a ser ouvido nos processos de rapto internacional que a envolvam. Mas esse é um direito e não uma obrigação da criança, o que significa, desde logo, que a criança pode ser recusar participar no processo, sem que tal afete a margem decisória do tribunal. Sempre se dirá que este é o caso simples: pois aqui, seria ainda dada à criança a *oportunidade* de ser ouvida, ela é que prescindiria dessa oportunidade. Mas, de igual modo, o tribunal pode, num determinado caso concreto, concluir que a criança não tem capacidade para formar as suas próprias opiniões, o que o dispensa de dar a oportunidade à criança de ser ouvida.

Outra situação mais duvidosa e complexa, é aquela em que o tribunal conclui que a criança é capaz de formar as suas próprias opiniões (e, regra geral e fazendo uma generalização abstracta, diremos que as crianças de 9/10 anos de idade são capazes de formar as suas próprias opiniões), mas conclui igualmente que o superior interesse da criança, no caso concreto, aponta no sentido de não a ouvir, porque, por exemplo, a audição deve, no caso concreto, ser feita presencialmente e a deslocação da criança acarreta riscos. Este caso é mais duvidoso, porque duas ordens de razão:

- (i) o artigo 21.º/1 parece apontar no sentido de que o tribunal deve dar oportunidade de audição às crianças *sempre que elas sejam capazes de formar as suas opiniões*;
- (ii) a generalidade das situações em que pode haver risco para as crianças, este pode ser mitigado ou eliminado por outras vias de audição (por perito, por videoconferência, por representante, deslocando um representante do tribunal à criança, recorrendo a audição efetuada nos termos do Regulamento de Obtenção de Prova através de um tribunal do Estado onde está a criança).

Em contraponto, o considerando 39 parece admitir a possibilidade de prescindir da audição da criança, se tal for a solução mais adequada aos seus superiores interesses, dando como exemplo os casos que envolvam acordos entre as partes:

“Além disso, embora continue a ser um direito da criança, ouvir a criança não pode constituir uma obrigação absoluta, devendo antes a questão ser avaliada tendo em

conta o superior interesse da criança, por exemplo, nos casos que envolvam acordos entre as partes.”

De qualquer modo, não há um *dever incondicional* de dar à criança uma oportunidade de ser ouvida. Há apenas esse dever, depois de o tribunal aferir se ela é ou não capaz de formar as suas próprias opiniões.

Em conclusão: atendendo à idade de **Ana** parece-me que o Tribunal deveria conceder-lhe a oportunidade de ser ouvida. Ainda assim, tal poderia não suceder caso o tribunal concluísse que ela não era capaz de formar as suas próprias opiniões.

(iii) Pode proferir decisão de recusa se vigorar na Irlanda uma decisão judicial que impede Benny de se aproximar de Ana e das crianças e os serviços sociais Irlandeses estarem disponíveis para acolher Ana e as crianças no âmbito do programa nacional destinado a proteger as vítimas de violência doméstica?

10. Fundamentos de recusa da Convenção da Haia de 1980. Considerações iniciais. São vários os fundamentos de uma decisão de recusa de regresso na Convenção da Haia de 1980:

1. A ação de regresso foi instaurada passado mais de um ano da data da deslocação ou retenção ilícitas e a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente (art. 12.º, 2.º parágrafo);
2. O requerente não exercia efetivamente o direito de guarda na época da deslocação ou retenção ilícitas ou consentiu posteriormente com a deslocação ou retenção ilícitas (art. 13.º, alínea *a*);
3. 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 (art. 13.º, alínea *b*);
4. A criança opõe-se ao regresso e tem já uma idade e um grau de maturidade que permitem tomar em consideração as suas opiniões sobre este assunto (art. 13.º, 2.º parágrafo);
5. O regresso da criança não é consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (art. 20.º).

Estes fundamentos de recusa são exceções à regra geral da Convenção de regresso, sem demoras, da criança ao Estado da sua residência habitual antes da deslocação ou retenção ilícitas. Por isso, devem ser objeto de uma interpretação estrita.

11. O fundamento assente no risco grave para a criança (art. 13.º, alínea *b*) da Convenção da Haia de 1980. O preceito prevê três tipos de riscos graves para a criança:

1. Risco grave de que a criança, no seu regresso, fique sujeita a perigos de ordem física;
2. Risco grave de que a criança, no seu regresso, fique sujeita a perigos de ordem psíquica; ou
3. Risco grave de que a criança, no seu regresso, fique, de qualquer outro modo, numa situação intolerável.

Cada um destes tipos de risco grave pode fundamentar, por si só, uma decisão de recusa de regresso da criança. Ainda assim, os três tipos de riscos graves costumam ser alegados em conjunto.

12. Risco grave da criança. Pode discutir-se, em tese, se há um risco grave da criança, quando que é alegado é violência doméstica do progenitor que ficou sem a criança sobre o progenitor raptor.

Em primeiro lugar, assinala-se que embora os riscos devem ser aferidos em função da criança, tem sido entendido que, em circunstâncias excecionais, os perigos para os progenitores podem criar um risco grave para a criança. Em segundo lugar, pode afirmar-se que, em caso de violência doméstica de um progenitor sobre outro, a vivência dessa situação pela criança pode constituir um risco grave de perigo de ordem psíquica, bem como um risco grave de separação do progenitor raptor, caso este entenda que não tem condições de segurança para regressar, na sequência de uma decisão de regresso da criança.

Pergunta aos formandos: o que acham? Há aqui uma situação de risco grave para a criança?

13. Alegação de risco grave. tribunal deve considerar se as alegações são dessa natureza e se contêm pormenor e substância suficientes para constituir um risco grave. É muito improvável que alegações amplas ou gerais sejam suficientes. No caso, a **Ana** parece apresentar elementos concretos que consubstanciam as alegações de violência doméstica.

Pergunta aos formandos: o que acham? os elementos probatórios são suficientes para uma análise *prima facie*?

14. Possibilidade de decretar medidas provisórias que permitam o contacto entre a criança e o progenitor que ficou sem a criança. art. 27.º/2

15. Medidas de proteção e comunicação. art. 27.º/3 a 5

Questão 4: Admita agora, que na pendência do processo, Ana e Benny acordam que a melhor solução para as crianças é o não regresso e que o direito de guarda sobre as mesmas deve ser atribuído a Ana, sem prejuízo de ser necessário o consentimento de Benny para efetuar uma alteração de residência habitual, e que Benny teria o direito de visita uma vez por mês e 15 dias durante as férias de verão. O tribunal português pode atribuir efeitos vinculativos a este acordo?

16. A procura de uma solução e a possibilidade de concentração de competências em matéria de rapto e de responsabilidade parental. O Regulamento introduz no artigo 25.º a possibilidade de recorrer a meios alternativos de resolução de litígios, em particular a mediação. Esta possibilidade de recurso a mediação, desde que não protela o proferimento de uma decisão, é vista com bons olhos, uma vez que uma solução alcançada com o acordo de ambos os progenitores é uma solução com maiores probabilidades de ser por ambos cumprida.

Para além disso, há que referir que a solução acordada por **Ana e Benny** envolve não só a resolução da questão do rapto internacional, mas também a regulação das responsabilidades parentais, matéria para a qual seriam primariamente competentes os tribunais do Estado-Membro da residência habitual das crianças antes da deslocação ou retenção ilícitas (Irlanda; art. 9.º).

Contudo, como resulta de forma clara do início do artigo 9.º essa competência é sem prejuízo da competência atribuída nos termos de um pacto de jurisdição, previsto no artigo 10.º.

Aliás, para além dos casos de concentração da competência em matéria de ações matrimoniais e de responsabilidade parental, a outra concentração que me parece muito útil na prática é a de concentrar a competência para a ação de regresso nos termos da Convenção da Haia de 1980 e para regular as responsabilidades parentais. Isso mesmo é indiciado no considerando n.º 43.

“(…) Se, no decurso do processo de regresso previsto na Convenção da Haia de 1980, os pais chegarem a acordo não só sobre o regresso ou a retenção da criança, mas também sobre outras matérias de responsabilidade parental, o presente regulamento deverá, em determinadas circunstâncias, permitir que eles acordem em que o tribunal chamado a pronunciar-se ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 tenha competência para conferir efeitos jurídicos vinculativos ao seu acordo, incorporando-o numa decisão, aprovando-o ou utilizando qualquer outra forma prevista no direito e nos procedimentos nacionais. Os Estados-Membros que tenham concentrado a competência deverão, por conseguinte, considerar a possibilidade de permitir que o tribunal onde foi instaurado o processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 exerça também a competência acordada ou aceite entre as partes nos termos do presente regulamento em matéria de responsabilidade parental quando tenha sido alcançado acordo entre as partes no decurso desse processo de regresso.” (Considerando n.º 43)

17. Condições para o estabelecimento de competência através de um pacto: 1.ª condição cumulativa: ligação estreita da criança ao Estado-Membro designado (art. 10.º, n.º 1, al. a)).

O pacto só será admissível quando haja uma ligação estreita entre a criança e o Estado-Membro designado no pacto. No artigo 10.º, n.º 1, al. indica-se uma lista *exemplificativa* de situações em que há uma conexão estreita.

No nosso caso, verifica-se pelo menos uma das ligações indicadas (as crianças têm nacionalidade portuguesa).

18. 2.ª condição cumulativa: existência de acordo entre as partes no processo (art. 10.º, n.º 1, al. b)). Resulta das duas subalíneas do artigo 10.º, n.º 1, al. b), que o acordo pode ser extrajudicial e, nesse caso, pode ser efetuado até à data da instauração do processo *ou* pode ser efetuado no decurso e dentro do processo. No nosso caso parece que o acordo seria feito durante o processo.

Validade formal do acordo: sendo o acordo efetuado durante e dentro do processo, as regras formais que devem ser seguidas são as do Estado-Membro do foro (art. 10.º, n.º 2 e considerando n.º 23), relevando-se que o tribunal deve assegurar que todas as partes foram informadas do seu direito de não aceitar a competência (art. 10.º, n.º 2). Trata-se de uma obrigação algo semelhante à que existe no artigo 26.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis*.

Identificação das partes: o acordo deve ser celebrado pelas pessoas que são (ou serão) partes no processo. Regra geral, serão os progenitores das crianças. Podem também ser outras pessoas que sejam os titulares do exercício das responsabilidades parentais (por exemplo, no caso de colocação de crianças numa instituição). Todavia, há que prestar atenção à jurisprudência do TJ proferida em sede de Bruxelas II *bis*:

- No Acórdão de 31 de maio de 2018, *Valcheva*, C-335/17, EU:C:2018:359, o TJ concluiu que os avós a quem foi atribuído um direito de visita eram titulares da responsabilidade da criança;
- No Acórdão de 19 de abril de 2018, *Saponaro*, C-565/16, EU:C:2018:265, o TJ referiu, quando ao procurador público grego:

29 Há, portanto, que considerar que um procurador que, segundo o direito nacional, tem a qualidade de parte no processo em ações como a que está em causa no processo principal e que representa o interesse do menor, é uma parte no processo, na aceção do artigo 12.º, n.º 3, alínea b), do Regulamento n.º 2201/2003. Por conseguinte, a sua oposição a uma extensão de competência não pode ser ignorada.

Pergunta aos formandos: atendendo à jurisprudência do caso *Saponaro* como deve ser caracterizada a participação do Ministério Público nos processos de responsabilidade parental que correm termos nos tribunais portugueses? Deve ser considerado, ou não, uma parte de pleno direito?

A resposta a esta questão é muito importante, porque nos termos do artigo 10.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, 2.º parágrafo, as partes de pleno direito podem opor-se aos pactos de jurisdição; havendo oposição, o pacto não produz efeitos.

19. 3.ª condição cumulativa: o exercício da competência pelo tribunal designado no pacto tem

de ser no superior interesse da criança (art. 10.º, n.º 1, al. c)). Em primeiro lugar, chama-se a atenção para o considerando 19:

As regras de competência em matéria de responsabilidade parental **são definidas em função do superior interesse da criança e devem ser aplicadas em função desse interesse. Todas as referências ao superior interesse da criança deverão ser interpretadas à luz do artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 («Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança»)**, aplicadas ao abrigo do direito e dos procedimentos nacionais. (negritos aditados)

O artigo 24.º da Carta estabelece:

Artigo 24.º

Direitos das crianças

1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.
2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.
3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.

O artigo 3.º da CNUDC estabelece:

Artigo 3.º

1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.
2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização.

O superior interesse da criança na jurisprudência do TJ:

- No Acórdão de 12 de novembro de 2014, *L, C-656/13*, EU:C:2014:2364, o TJ esclareceu que a análise do superior interesse da criança tem de ser casuística:

58 Importa acrescentar que, quando é submetido um processo a um tribunal nos termos do artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2201/2003, **o superior interesse da criança só pode ser assegurado através de uma análise, em cada caso concreto, da questão de saber se a extensão de competência pretendida é compatível com esse superior interesse**, e que uma extensão de competência, nos termos do artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2201/2003, apenas produz efeitos para o processo específico submetido ao tribunal cuja competência é objeto de extensão (v., neste sentido, acórdão E, EU:C:2014:2246, n.os 47 e 49). (negritos aditados)

- No Acórdão de 19 de abril de 2018, *Saponaro, C-565/16*, EU:C:2018:26, esclareceu que a aceitação da competência não deve ser suscetível de ter um impacto negativo na situação do menor:

No Acórdão de 27 de outubro de 2016, D. (C-428/15, EU:C:2016:819, n.º 58), relativo à interpretação do artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2013, consagrado à transferência para um tribunal mais bem colocado para apreciar a ação, o Tribunal de Justiça concluiu que a exigência de que a transferência sirva o superior interesse da criança implica que o tribunal competente se certifique, à luz das circunstâncias concretas do processo, de que a transferência equacionada deste último para um tribunal de outro Estado-Membro não é suscetível de ter um impacto negativo na situação do menor.

Pergunta para os formandos: a aceitação da competência pelo tribunal português acarreta o prejuízo para a situação do menor?

A resposta a esta questão deve ser dada no caso concreto e é decisiva para a aceitação da competência. O pacto só produzirá os seus efeitos se o tribunal português considerar que o exercício da competência que lhe é atribuída pelo pacto respeita o superior interesse criança. Em suma: o tribunal tem uma palavra decisiva a dizer quanto a admissibilidade do pacto. Diria que neste caso, a aceitação da competência não acarreta prejuízo para as crianças, já que ela que vai permitir viabilizar o acordo que soluciona não só a situação de rapto internacional, como a regulação das responsabilidades parentais.

Questão 5: Considere agora que não houve acordo entre os progenitores e que o tribunal português de primeira instância proferiu uma decisão de regresso.

(i) O tribunal pode declará-la executória, independentemente de qualquer recurso?

20. Direito processual civil internacional material: a possibilidade de declarar a decisão que ordena o regresso executória. Sim. Essa possibilidade é expressamente consagrada no pelo artigo 27.º, n.º 6:

“Uma decisão que ordene o regresso da criança pode ser declarada executória a título provisório, não obstante qualquer recurso, se o regresso da criança antes da decisão sobre o recurso for exigido pelo superior interesse da criança.”

(ii) *Quid iuris* se Ana, antecipando que a decisão lhe seria desfavorável, se deslocou, com as crianças, para França.

21. A possibilidade de execução noutros Estados-Membros das decisões que ordenam o regresso. A decisão portuguesa de regresso pode ser executada em França (arts. 2.º, n.º 1, alínea *a*), 35.º, n.º 1 e 36.º, n.º 1, alínea *c*)).

Tal significa que **Benny** tem dois caminhos alternativos que pode seguir:

- (i) pedir a execução da decisão de regresso portuguesa em França; ou
- (ii) instaurar nova ação, junto dos tribunais franceses, a pedir o regresso da criança.

Se optar por pedir a execução da decisão portuguesa precisa de apresentar:

1. cópia da decisão portuguesa (art. 35.º, n.º 1, alínea *a*)); e
2. certidão (art. 35.º, n.º 1, alínea *b*)).

A certidão é emitida pelo tribunal português de 1.ª instância (juízos de família e menores ou, na sua falta, juízos locais cíveis ou, na sua falta, juízos de competência genérica), nos termos do artigo 36.º, n.º 1, alínea *c*) e segundo o formulário que consta como Anexo IV.

A certidão não é objeto de impugnação (art. 36.º, n.º 3), só podendo ser pedida a sua rectificação (art. 37.º)

Questão 6: Admita agora que, após ouvir Ana, Benny, Charles e Diane o tribunal português proferiu uma decisão de não regresso. Durante a pendência do processo, Benny informou o tribunal português de que se encontra pendente, desde 1 de dezembro de 2022, em tribunal irlandês, uma ação relativa a regulação das responsabilidades parentais de Charles e Diane.

Determine quais os tribunais que tinham competência internacional para regular o exercício das responsabilidades parentais.

22. Competência em matéria de responsabilidades parentais nos casos de rapto internacional de crianças. Sobre esta matéria dispõe o artigo 9.º do Regulamento Bruxelas II *ter*.

Sem prejuízo de um pacto de jurisdição – que nesta questão não foi celebrado – são internacionalmente competentes os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção ilícitas (Irlanda; art. 9.º), pois na hipótese não se verifica nenhuma das exceções previstas nas alíneas *a)* e *b)* do referido preceito.

Os tribunais internacionalmente competentes em matéria de responsabilidades parentais eram os tribunais irlandeses.

Pergunta aos formandos: não é o caso da hipótese, mas poder-se-ia aplicar o art. 9.º do Regulamento Bruxelas II *ter*, por exemplo, para atribuir competência internacional aos tribunais portugueses num caso em que uma criança com residência habitual em Portugal fosse deslocada ou retida ilicitamente num Estado que não é um Estado-Membro da União Europeia?

Resposta: não. O TJ já esclareceu, em sede da regra paralela do Regulamento Bruxelas II *bis* (art. 10.º), que:

“Resulta destas considerações que a regulamentação específica que o legislador da União quis instituir com a adoção do Regulamento n.º 2201/2003 visa os casos de raptos de crianças de um Estado-Membro para outro. Daqui decorre que a regra de competência correspondente, a saber, a regra resultante do artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, não pode ser interpretada no sentido de que se aplica ao caso do rapto de uma criança para um Estado terceiro.” (considerando n.º 57 do Acórdão de 24 de março de 2021, *SS contra MCP*, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231)

(ii) O tribunal português fundamenta a decisão de não regresso com base na oposição da criança. Como deve atuar o tribunal português?

23. Procedimento no caso de decisão de recusa fundamentada *exclusivamente* em risco grave da criança ou na oposição da criança. O artigo 29.º do Regulamento Bruxelas II *ter* desenvolve as regras operacionais que já existiam no artigo 11.º, n.ºs 6 a 8, embora com algumas diferenças. Em primeiro lugar, o procedimento apenas é aplicável nos casos em que a decisão de não regresso se baseie no artigo 13.º, alínea *b)* (risco grave da criança) ou no artigo 13.º, segundo parágrafo

(oposição da criança). Embora não resulte do artigo, diremos que também se aplica quando a decisão de não regresso se baseie exclusiva e cumulativamente nestes dois fundamentos (neste sentido, cf. título do Anexo I do Regulamento).

Estabelece-se uma obrigação de o tribunal que proferiu a decisão de não regresso (no caso, o tribunal português) informar o tribunal do Estado-Membro no qual está pendente uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais, se ele souber que tal ação está pendente (no caso, o tribunal irlandês; cf. art. 29.º, n.º 3).

O tribunal português deve remeter ao tribunal irlandês onde a ação de regulação das responsabilidades parentais, *no prazo de um mês a contar da data em que foi proferida a decisão de não regresso*, os seguintes elementos:

1. cópia da decisão de não regresso; e
2. certidão utilizando o formulário que consta como Anexo I do Regulamento; e
3. transcrição, resumo ou atas das audições perante o tribunal e quaisquer outros documentos que considere pertinentes.

O tribunal pode remeter esta informação diretamente para o tribunal irlandês ou pode remeter a informação através das autoridades centrais.

Parece-me que a ideia é dar a conhecer ao tribunal que tem pendente a ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais a decisão de não regresso, com dois objetivos:

1. Fomentar a comunicação entre tribunais e prover o tribunal que vai decidir sobre a regulação das responsabilidades parentais com informação que pode ser relevante (v.g. oposição da criança ao regresso ou avaliação, por outro tribunal, da situação de risco grave para a criança em caso de regresso);
e
2. Promover a possibilidade de decisão privilegiada que reverta a decisão de não regresso (arts. 29.º, n.º 6, e 42.º, n.º 1, alínea b)).

Pergunta aos formandos: o que sucede se a ação estiver pendente num tribunal de um Estado-Membro que *não é* o da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção ilícitas (por exemplo, porque os progenitores fizeram um pacto de jurisdição, art. 10.º)?

Resposta: questão difícil, mas eu diria que aí não lugar a reconhecimento privilegiado; só há lugar a reconhecimento nos termos normais.

Nos casos em que não esteja ainda pendente ação de regulação das responsabilidades parentais, o prazo alarga para *três meses* e o quem deve informar e apresentar os documentos é a parte que instaurar a ação (art. 29.º, n.º 5).

Pergunta para os formandos: será que estamos perante um ónus ou não atendendo à redação do artigo 29.º, n.º 6? Se não for cumprido o art. 29.º, n.º 3 ou n.º 5, pode haver uma decisão em

matéria de responsabilidades parentais que pode beneficiar do regime de reconhecimento e execução de decisões privilegiadas?

“Não obstante uma decisão a que se refere o n.º 1, **qualquer** decisão sobre o mérito do direito de guarda resultante dos processos referidos nos n.ºs 3 e 5 que implique o regresso da criança é executória noutro Estado-Membro, em conformidade com o capítulo IV.” (negritos aditados)

Resposta: parece-me que a resposta definitiva se retira da conjugação do artigo 29.º, n.º 6 com o artigo 47.º, em particular com o seu n.º 4:

“Sem prejuízo do n.º 3 do presente artigo, a certidão para uma decisão a que se refere o artigo 42.º, n.º 1, alínea b), só é emitida se, na sua decisão, o tribunal tiver tido em conta os motivos e os factos em que assentava a decisão anterior proferida noutro Estado-Membro nos termos do artigo 13.º, primeiro parágrafo, alínea b), ou do artigo 13.º, segundo parágrafo, da Convenção de Haia de 1980.”

A luz destes dois preceitos eu diria que:

1. A preterição dos prazos *não* deve afetar a aplicação do regime; porém
2. Se o tribunal da anterior residência habitual não for informado da decisão, ele não poderá tomar em conta os motivos e os factos em que assentava a decisão de não regresso e, como tal, não poderá emitir a certidão.

(iii) O tribunal irlandês profere, em 13 de dezembro de 2022 e após ouvir Ana, Benny, Charles e Diane, uma decisão que atribui o direito de guarda em exclusivo a Benny e concede direitos de visita a Ana, fixando a residência habitual das crianças na Irlanda. Como pode esta decisão ser executada em Portugal?

24. Os dois caminhos possíveis: reconhecimento e execução normal ou reconhecimento e execução de decisões privilegiadas.

Regime de reconhecimento e execução normal das decisões em matéria de responsabilidades parentais (arts. 30.º e 34.º).

Neste caso, há que atender aos fundamentos de recusa de reconhecimento e execução (art. 39.º) e ao artigo 56.º, n.º 6.

O risco aqui era o de se entender que havia um fundamento de recusa assente na violação da ordem pública internacional do Estado Português, atento o superior interesse da criança, uma vez que se tinha previamente uma decisão de não regresso atendendo à oposição da criança.

Pergunta para os formandos: parece-vos que seria um caso de impedir a execução com fundamento na violação da ordem pública internacional?

Resposta: tenho imensas dúvidas.

Em alternativa, e os caminhos são verdadeiramente alternativos, podendo a parte que requer o reconhecimento e execução escolher livremente qualquer um deles, pode adotar-se o regime de reconhecimento e execução das decisões privilegiadas.

Chama-se a atenção para o artigo 47.º. A decisão irlandesa só pode seguir este caminho se (cf. artigo 47.º, n.º 3):

1. tiver ouvido todas as partes implicadas (o que sucedeu);
2. as crianças tiverem tido a oportunidade de expressar a sua opinião (o que sucedeu);
3. a decisão não foi proferida a revelia (o caso da hipótese) ou sendo-o, a parte revel foi citada em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa ou aceitou a decisão de forma inequívoca;
4. a decisão tiver tido em conta os motivos e factos em que assentava a decisão anterior de não regresso proferida pelo tribunal de outro Estado-Membro (não é dito na hipótese e disto depende a possibilidade de recorrer a este regime privilegiado).

A grande diferença dos regimes está nos fundamentos de recusa: o reconhecimento da decisão privilegiada só pode ocorrer com fundamento em decisão *posterior incompatível* em matéria de responsabilidade parental em relação à mesma criança (art. 50.º). Adicionalmente a execução pode ser suspensa ou recusada nos casos do artigo 56.º, n.º 4 e 6.

4. RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: CASOS PRÁTICOS. TÓPICOS DE RESOLUÇÃO

Anabela Susana de Sousa Gonçalves*

Casos práticos
Tópicos de resolução

– Ação de Formação Direito Internacional da Família

CASO PRÁTICO 1

FACTOS

Anita e Luc são ex-companheiros. Anita é nacional da Hungria e trabalhou para a União Europeia, Luc é nacional francês. Conheceram-se em Bruxelas, onde moraram juntos e a sua filha comum Julie nasceu em Bruxelas. Separaram-se quando a filha tinha um mês.

Anita e Luc têm sérias discussões sobre a residência habitual da filha de dois meses. Anita gostaria de deixar Bruxelas, pois não trabalha mais na cidade e argumenta que sempre manteve a sua 'residência habitual' na Hungria. Ela argumenta que nunca esteve realmente integrada na Bélgica, pois não gosta da língua francesa, falava com a sua filha sempre em húngaro e tinha um emprego por tempo determinado em Bruxelas. A propósito, a sua mãe e irmã moraram temporariamente com ela e com a criança, em Bruxelas, para ajudá-la a cuidar de Julie. Julie ouviu muito húngaro e não está integrada em nenhum lugar da Bélgica.

Luc invoca que a residência habitual da filha é na Bélgica. Ele não tinha muito contacto com a filha, pois trabalhava como soldado e na verdade só esteve uma vez com a filha, quando ela nasceu. Ele morou com Anita em Bruxelas apenas seis meses, antes de Julie nascer. Ele gostaria que o tribunal belga interviesse na questão das responsabilidades parentais.

QUESTÃO

1) Qual é o tribunal competente para decidir as responsabilidades parentais relativamente a Julie?

O instrumento jurídico aplicável para determinar o tribunal competente para decidir as responsabilidades parentais numa situação plurilocalizada, como a que está presente no caso prático é o *Regulamento 2019/1111 de 25 de junho de 2019 sobre competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças* (Bruxelas II *ter*). Este Regulamento veio revogar o Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*), com efeitos a partir de 1 de agosto de 2022 (art. 10.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II *ter*), data a partir da qual é aplicável o Regulamento Bruxelas II *ter* (art. 105º, n.º 2).

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nos termos do art. 1º, n.º 1, al. b), o Regulamento Bruxelas II ter aplica-se às questões cíveis que envolvam a responsabilidade parental, desde a sua atribuição, o seu exercício, delegação, limitação até à cessação [al. b)]. De acordo com a definição estabelecida no art. 2º, n.º 2 (7), o conceito de responsabilidade parental integra «o conjunto dos direitos e obrigações relativo à pessoa ou aos bens de uma criança, conferido a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor, nomeadamente o direito de guarda e o direito de visita».

O art. 7º do Regulamento Bruxelas II ter estabelece a norma de competência geral no âmbito da responsabilidade parental, atribuindo jurisdição aos tribunais da residência habitual da criança no momento em que o processo é instaurado em tribunal. O Considerando 19 do Regulamento fundamenta as regras de competência internacional em matéria de responsabilidade parental no princípio do superior interesse da criança e, conseqüentemente, no princípio de proximidade.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), residência habitual para efeitos do Regulamento deve ter uma interpretação autónoma¹, à luz do contexto das regras e dos fins prosseguidos pelo mesmo no contexto da responsabilidade parental, ou seja, de acordo com o superior interesse da criança, alcançado através do princípio da proximidade². Nesse sentido, a residência habitual para efeitos do art. 7º deve ser entendida como o local que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar e deve apresentar certa estabilidade ou regularidade, características determinadas por alguns indícios do caso concreto que traduzem a integração social e familiar da criança³. Além da presença física da criança, os indícios a serem determinados no caso específico devem permitir concluir que essa presença não é de natureza temporária ou ocasional e revelar a integração da criança num ambiente social e familiar localizado naquele Estado⁴, sendo a residência habitual caracterizada por uma certa estabilidade ou regularidade⁵.

A noção referida envolve elementos objetivos que traduzem a integração social e familiar da criança, mas também elementos subjetivos que se corporizam na intenção dos titulares das responsabilidades parentais se fixarem com a criança em certo estado com carácter de

¹ TJUE, *Korkein hallinto-oikeus-Finlândia*, Processo C-523/07, de 02 de abril de 2009, §35; *idem*, *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, Processo 497/10PPU, de 22 de outubro de 2010, § 45; *idem*, J.McB. contra L.E., Processo C-400/PPU, de 05 de outubro de 2010, § 41; *idem*, C. c. M, Processo C-376/14 PPU, 09 de outubro de 2014, §50. Interpretação autónoma também reconhecida pela Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000)*, União Europeia, 2005, p. 13; *idem*, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, União Europeia, 2014, p. 26.

² Neste sentido, v. a jurisprudência do TJUE: TJUE, *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, Cit., § 46; *idem*, *A, Pedido de decisão prejudicial Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, Cit, § 31 e 35; *idem*, *C contra M*, C-376/14 PPU, de 9 de outubro de 2014, EU:C:2014:2268, § 50; *idem*, TJUE, *W, V contra X*, Cit., § 60.

³ TJUE, *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, Cit., § 44, §47; *idem*, *Korkein hallinto-oikeus*, Cit. § 44; *idem*, *C contra M*, Cit., § 51.

⁴ Sublinhando que a presença física pode corresponder a uma residência temporária, v. a decisão do TJUE, *Korkein hallinto-oikeus*, Cit., § 38; *idem*, *C contra M*, Cit., § 51.

⁵ Assim afirmado pelo TJUE no caso *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, Cit., § 44.

permanência⁶. O ambiente da criança é geralmente um ambiente familiar que deve ser valorizado no apuramento da residência habitual da criança. Note-se que a intenção dos pais de se fixarem com a criança num Estado-Membro pode ser tida em conta quando se corporiza em circunstâncias exteriores, como a aquisição a locação de uma habitação num Estado-Membro⁷. Todavia, a mera intenção dos pais não é decisiva para fixar a residência habitual da criança, sendo necessário que este indício seja coordenado com outros elementos⁸.

Assim sendo, tendo Julie nascido na Bélgica, onde sempre viveu com a sua mãe e independentemente da intenção desta se estabelecer na Hungria, a residência habitual da criança é na Bélgica.

Note-se que, e também de acordo com a jurisprudência do TJUE, é necessário que a criança tenha estado fisicamente presente num Estado-Membro para que seja reconhecida a sua residência habitual nesse Estado-Membro⁹. Nesta medida, os argumentos de Anita não parecem ser convincentes. O facto de ela ter mantido a sua residência habitual na Hungria pode ter um significado emocional, mas não é relevante. Da mesma forma, o facto de a pequena Julie conseguir ouvir apenas o idioma húngaro não é decisivo, uma vez que Julie é uma criança de tenra idade.

VARIAÇÃO N.º 1

Anita quer mudar a sua residência para Portugal quando a criança tem um mês e Luc concorda com a mudança para Portugal.

QUESTÕES

2) A residência habitual da criança pode ser alterada legalmente?

A criança só pode mudar a sua residência habitual com os dos titulares das responsabilidades parentais ou autorização destes. Na falta da aprovação de um dos pais, pode ocorrer um rapto de criança com consequências desvantajosas. Neste caso, Luc concordou com a mudança da criança para Portugal e, conseqüentemente, a residência habitual de Julie mudou licitamente.

3) Luc reconhece repentinamente que não pode manter contato com Julie depois da mudança para Portugal. Por essa razão, quer mudar o regime de direitos de visita que tinha sido anteriormente fixado por um tribunal de Bruxelas. Qual o país que tem competência para decidir sobre os direitos de visita de forma a que o pai possa manter contacto com a filha?

⁶ Também neste sentido, v. Marc-Philippe Weller & Bettina Rentsch, «'Habitual residence': A Plea for 'Seetled Intention'» in *General Principles of Private International Law*, Edited by Stefan Leible, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016, p. 184.

⁷ TJUE, A., *Pedido de decisão prejudicial: Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, Processo C-523/07, de 02 de abril de 2009, EU:C:2009:225, § 40.

⁸ TJUE, *OL contra PQ*, Processo C-111/17 PPU, de 08.06.2017, ECLI:EU:C:2017:436, § 47.

⁹ TJUE, *W, V c. X*, Processo C-499/15, de 17.02.2017, ECLI:EU:C:2017:118, § 61.

Nos termos do artigo 8º do Regulamento Bruxelas II *ter*, Luc pode recorrer ao tribunal em Bruxelas. Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e aí adquire uma nova residência habitual, os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm, a título de exceção ao artigo 7º, a competência durante um período de três meses após a deslocação, para efeitos de alteração de uma decisão sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança, quando o titular do direito de visita, nos termos da decisão sobre o direito de visita, continuar a ter a sua residência habitual no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança. Todavia, de acordo com o art. 8º, n.º 2, titular do direito de visita pode aceitar a competência dos tribunais portugueses, Estado da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência.

Por isso, caso Luc continue a ter a sua residência habitual na Bélgica, o tribunal de Bruxelas manterá a sua competência para decidir a alteração dos direitos de visita, durante um período de três meses após a deslocação da criança para Portugal. Caso contrário, a competência é do tribunal da residência habitual da criança, no caso o tribunal português, nos termos do art. 7º do Regulamento Bruxelas II *ter*.

VARIAÇÃO N.º 2

Agora assumo que Julie não é uma criança pequena, mas tem quatro anos.

Os pais separaram-se quando a criança tinha um mês de idade. Luc manteve sempre contato com Julie, no entanto, como é soldado, muito raramente consegue estar com a filha.

Questões Relacionadas

4) Anita pode argumentar ter estabelecido a residência habitual dela e de Julie na Hungria? A opinião de Julie é relevante?

Os dados relevantes para o estabelecimento da residência habitual da criança não se alteram nesta hipótese. Não é relevante se os pais viviam juntos ou se, entretanto, se separaram; se um dos pais mantém ou não um contacto regular com a criança; a opinião da criança para a definição da sua residência habitual.... Perante a situação fáctica é difícil argumentar que a criança tem residência habitual na Hungria, ou em qualquer outro lugar, que não a Bélgica.

VARIAÇÃO N.º 3

Anita e Luc são casados e ambos têm nacionalidade húngara. Julie tem quatro anos. Anita gostaria de se divorciar na Hungria, pois tem bons amigos neste país que trabalham como advogados. Anita gostaria que o tribunal húngaro decidisse sobre as responsabilidades parentais.

Questões Relacionadas

5) É possível que o tribunal húngaro com competência em divórcio decida também as questões relativas às responsabilidades parentais? Quais são os requisitos?

O tribunal húngaro tem competência para decidir o divórcio enquanto tribunal da nacionalidade de ambos os cônjuges, nos termos do art. 3º, al. b), do Regulamento Bruxelas II *ter*. A possibilidade de o tribunal húngaro decidir as questões relativas às responsabilidades parentais decorrerá do art. 10º, que estabelece a possibilidade de as partes poderem escolher o tribunal competente, através de um pacto de jurisdição. A jurisdição resultante desta norma permite a concentração de jurisdições.

Nos termos do art. 10º, n.º 1, os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental quando:

- a criança tiver uma ligação substancial com esse Estado-Membro [al. a)];
- as partes (ou outro titular da responsabilidade parental), o mais tardar no momento da instauração do processo judicial, concordarem livremente com a competência ou aceitarem expressamente a competência no decurso do processo e o tribunal garantir que todas as partes sejam informadas do seu direito de não aceitar a competência [al. b)];
- e o exercício da competência atender ao superior interesse da criança [al. c)].

O Regulamento ajuda a concretizar o que se deve entender por ligação estreita, enumerando algumas situações. A ligação substancial com um Estado-Membro, de acordo com a al. a), do n.º 1, do art. 10º, pode resultar do facto de, pelo menos:

- um dos titulares da responsabilidade parental ter a residência habitual nesse Estado-Membro (i);
- ou que esse Estado-Membro seja a antiga residência habitual da criança (ii); ou se a criança for nacional desse Estado-Membro (iii).

Quanto ao requisito do acordo, o art. 10º, n.º 1, al. b), do Regulamento Bruxelas II *ter* exige:

- um acordo de livre vontade até à data em que a ação é proposta em tribunal (i);
- ou uma aceitação explícita da competência no decurso do processo, depois de informação por parte do tribunal às partes de que têm o direito de não aceitar a competência (ii).

Por fim, o art. 10º estabelece que o exercício da jurisdição deve corresponder ao superior interesse da criança, que tem de ser valorado em função das circunstâncias do caso concreto, devendo-se aferir que a competência do tribunal eleito não tenha um impacto negativo na situação da criança.

CASO PRÁTICO 2

FACTOS

António e Beatriz são um casal português, com residência em Paris, que está a divorciar-se (a ação já foi proposta, mas ainda não está decidida). António é gestor de recursos humanos numa empresa de grande dimensão e Beatriz não trabalha, ficando em casa a tomar conta do filho.

Beatriz resolve levar o filho de ambos, de quatro anos, Mathieu, para Portugal, para visitar os seus familiares, durante umas férias que estavam previstas durar duas semanas. Mathieu, apesar de ter nascido em Paris, tinha nacionalidade portuguesa.

António concordou com a visita do filho a Portugal.

Passadas duas semanas, Beatriz e Mathieu não regressaram como planeado.

António telefona repetidamente a Beatriz, que não lhe atende as chamadas. Finalmente, quando o faz, informa António que pretende ficar a residir com Mathieu em Portugal. Adicionalmente, informa António que não irá permitir que Mathieu regresse a Paris, nem sequer em férias. Finalmente, caso António queira ver o seu filho, terá de o fazer em Portugal, na casa que arrendou, sob supervisão dos familiares de Beatriz.

Beatriz, entretanto, arranjou um emprego e matriculou Mathieu numa escola.

QUESTÕES

1) A situação configura um rapto internacional de crianças?

A situação configura um rapto internacional de crianças para efeito de aplicação do *Regulamento 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças* (Bruxelas II ter). De acordo com o art. 2º, n.º 2 (11), que acompanha a noção presente no art. 3º da Convenção de Haia, rapto internacional de crianças é definido como aquela situação em que a retenção ou deslocação da criança noutro Estado-Membro:

- «a) viole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor nos termos do direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e
- b) no momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção».

Ou seja, é necessário: a violação do direito de guarda conferido pelo direito do Estado da residência habitual da criança antes da deslocação; e que o direito de guarda esteja efetivamente

a ser exercido, ou devesse estar, não fosse a situação de rapto. Estes pressupostos estão preenchidos no caso concreto.

O direito de guarda é entendido, para efeitos do Regulamento Bruxelas II *ter*, nos termos do art. 2º, n.º 2 (9), como compreendendo «os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência», equivalendo à noção prevista no art. 5º, al. a) da Convenção de Haia de 1980.

2) O que pode António fazer e quais os documentos a apresentar?

De acordo com o art. 8º da *Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (Convenção de Haia de 1980), o pai pode participar o facto à Autoridade Central da residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência por forma a assegurar o regresso da criança. A mesma disposição legal estabelece os documentos que o requerente (António) deve apresentar à Autoridade Central, como: informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribua a deslocação ou a retenção da criança; a data de nascimento da criança; os motivos em que o requerente se baseia para exigir o regresso da criança; todas as informações disponíveis relativamente à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual se encontre presumivelmente a criança.

De acordo com o art. 12º da Convenção de Haia o processo de regresso deve ser conduzido no Estado onde a criança foi raptada. O Regulamento Bruxelas II *ter* sustenta que o Estado da residência habitual da criança ainda tem a última palavra sobre o regresso. O Regulamento permite processos paralelos relativos ao direito de guarda no Estado da residência habitual da criança. António deve iniciar processos paralelos relativos ao direito de guarda no Estado da residência habitual da criança em França.

VARIAÇÃO

Foi apresentado o pedido de regresso da criança. A Autoridade Central francesa contactou a Autoridade Central Portuguesa que, por sua vez, contactou Beatriz, numa tentativa de conseguir o retorno voluntário da criança a França, sem sucesso.

QUESTÕES

3) Suponha-se que estamos novamente em período de pandemia (COVID 19) e a mãe alega que o regresso da criança a França, colocaria a criança num grave risco para a sua saúde física, uma vez que a situação de pandemia desaconselha uma viagem nessa altura e o sistema de saúde francês não garante uma assistência eficaz como o português. Adicionalmente, alega que tem o seu emprego em Portugal e não poderia regressar a França, porque não tem aí meios de subsistência. Aprece as alegações de Beatriz.

O art. 13º, al. b), da Convenção de Haia permite excepcionalmente uma decisão de retenção ou de não regresso se ficar provado que regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável. Para apurar os efeitos do regresso sobre a criança, o parágrafo final do art. 13º estabelece que as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança.

Olhando para a norma o risco grave para a criança após o seu regresso pode configurar três hipóteses: um risco grave que coloque em perigo a sua saúde física; um risco grave que coloque em perigo a sua saúde psíquica; um risco grave que coloque a criança numa situação intolerável. Cada um destes riscos deve ser ponderado segundo as circunstâncias do caso concreto.

A gravidade do risco deve ser avaliada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, mas o risco deve ser real, sério e colocar a criança numa situação de perigo que esta não deve tolerar. O Guia de Boas Práticas da Conferência de Haia referente à aplicação do art. 13º, al. b), da mesma Convenção, propõe a análise da situação de risco grave em três etapas. Em primeiro lugar deve-se averiguar em pormenor a substância das alegações de risco grave, sendo insuficientes, à partida, as alegações genéricas¹⁰.

Em seguida, o tribunal deve considerar a situação na sua globalidade. Ou seja, além de analisar as provas da existência de risco grave por parte de quem se opõe ao regresso da criança, deve também considerar as medidas de proteção da criança existentes no Estado da sua residência habitual. Por fim, na terceira etapa o tribunal, fazendo a ponderação das circunstâncias globais referidas, toma uma de duas decisões. Se da análise das provas e das medidas de proteção da criança considerar que não existe um risco grave, ordena o regresso da criança. Se, pelo contrário, dessa análise global considerar que existe um risco grave para a criança no seu regresso, emite uma decisão de retenção ou de não regresso.

Um caso similar a este foi decidido pelo Tribunal da Relação do Porto, tendo este, corretamente em nossa opinião, decidido que a situação de pandemia era mundial, e não era possível prever a sua evolução, nem afirmar que as crianças ficariam mais expostas num ou noutro país¹¹. O raciocínio deste Tribunal parece-nos correto, pois o risco a apreciar deve ser real e efetivo. Ora, durante o período de pandemia, Portugal teve por diversas vezes situações de grande disseminação da doença, não sendo possível afirmar que as crianças ficariam mais seguras em Portugal.

As recomendações da Conferência de Haia para a aplicação da Convenção de Haia de 1980 em tempos de Covid têm em consideração que a pandemia implicou o encerramento de fronteiras,

¹⁰ Conferência de Haia, *Guia de Boas Práticas, Parte VI, Artigo 13º, n.º 1, alínea b)*, tradução para português pela Direção Geral da Política da Justiça, outubro de 2020.

¹¹ Tribunal da Relação do Porto, de 24-09-2020, Processo 4033/19.5T8AVR-A.P1, Relator Aristides Rodrigues de Almeida, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/04d3e36347b03afe80258610004e6c80?OpenDocument&Highlight=0,rapto,internacional,de,crian%C3%A7as>, consultado em 20 de dezembro de 2021. Para um comentário desta decisão, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O rapto internacional de crianças na jurisprudência portuguesa em tempos de pandemia», no prelo.

a diminuição de serviços públicos e as restrições às viagens internacionais, o que pode ter influência sobre o regresso rápido e seguro da criança ao seu país de residência habitual¹². Para garantir o cumprimento das obrigações que resultam da Convenção é recomendado aos Estados, entre outras, a necessidade de estar em contacto com a Autoridade Central do país da residência habitual da criança para garantir o conhecimento atual e total da situação nesse país e a execução suave das decisões de retorno. Também é aconselhado que, quando for possível, deve-se considerar medidas práticas que permitam o regresso seguro da criança, como a colocação da criança em listas prioritárias de voos, a contratação de um seguro médico e de viagem para o caso de infeção por COVID e, quando necessário, assegurar a existência de instalações de quarentena no destino.

A alegação da mãe de que não tem meios de subsistência em França, sem demonstrar qualquer influência desse facto sobre a criança, não é relevante.

Por fim, a criança, mesmo não regressando, teria o direito a ter contactos regulares com o pai e, se o pai e a mãe insistirem em ter uma relação de conflitualidade, a criança vai estar sujeita a essa conflitualidade. Cabe aos pais alterarem a situação.

4) Parta-se da hipótese de que o tribunal português decidiu que Mathieu não deve regressar, porque o regresso exporia a criança a um grave risco para a sua saúde psicológica e a colocaria numa situação de perigo intolerável, tendo em consideração a existência de relatórios da Segurança Social francesa atestando a existência de situações de violência doméstica do pai em relação à mãe. Aprecie esta decisão e diga quais os passos seguintes?

O tribunal português considerou que a exposição da criança a violência doméstica integra a hipótese do art. 13º, 1º §, al. b) da Convenção de Haia e decidiu pelo não regresso da criança. Aplica-se, ao caso, o art. 29º do Regulamento Bruxelas II *ter*. De acordo com o art. 29º, n.º 2, junto com a decisão de retenção, o tribunal do país que proferiu a decisão de não regresso emitirá uma certidão, por sua própria iniciativa, no idioma da decisão, utilizando o formulário que consta do anexo I. Podemos ter, em seguida, duas situações.

A primeira situação encontra-se no art. 29º, n.º 3. Se no momento em que o país do rapto profere a decisão de retenção, já tiver sido proposta no tribunal em que a criança tinha a sua residência habitual antes do rapto uma ação relativamente ao mérito do direito de guarda, e o tribunal de rapto tiver conhecimento do referido processo, no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção, enviará, diretamente ou por intermédio da Autoridade Central ao tribunal da residência habitual da criança: uma cópia da decisão de retenção da criança; a certidão emitida nos termos do art. 29, n.º 2; uma transcrição, sumário ou ata das audições perante o tribunal e quaisquer outros documentos pertinentes à referida decisão, caso se justifique (art. 29º, n.º 3).

¹² Permanent Bureau of the HCCH, *Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in Times of COVID- 19*, 2020, p. 1, <https://assets.hcch.net/docs/2aee3e82-8524-4450-8c9a-97b250b00749.pdf>, consultado em: 12 de dezembro de 2021.

A segunda situação está enunciada no art. 29º, n.º 5. Não existindo qualquer ação de mérito sobre o direito de guarda da criança no Estado da sua residência habitual antes do rapto, se uma das partes propuser uma ação no tribunal do país de residência habitual da criança para este apreciar o mérito do direito de guarda, no prazo de três meses a contar da notificação de uma decisão de retenção da criança, essa parte deverá apresentar ao referido tribunal: uma cópia da decisão que recusou o regresso da Criança; a certidão emitida nos termos do art. 29, n.º 2; e a transcrição, sumário ou ata das audições perante o tribunal que recusou o regresso da criança, caso seja pertinente.

Em qualquer uma destas duas situações, uma decisão posterior proferida pelo tribunal da residência habitual da criança, no âmbito de um processo relativo ao mérito do direito de guarda, que implique o regresso da criança, substituirá qualquer decisão de retenção, «e o regresso deverá ser efetuado sem necessidade de qualquer formalidade específica para o reconhecimento e a execução dessa decisão em qualquer outro Estado-Membro», como refere o Considerando 48.

Assim, o art. 29º, n.º 6, e o Considerando 52 estabelecem que qualquer decisão relativa ao mérito do direito de guarda que implique o regresso da criança pode ser executada noutro Estado-Membro, em conformidade com o capítulo IV, secção II, do Regulamento. Será emitida uma certidão para decisões privilegiadas, o que significa que a decisão será executória sem qualquer procedimento especial necessário para o seu reconhecimento e execução em qualquer outro Estado-Membro ou a possibilidade de oposição ao seu reconhecimento.

Pelo contrário, se a ação for proposta no tribunal da residência habitual da criança após o prazo de três meses previsto no n.º 5, do art. 29º, ter expirado ou a decisão sobre o regresso da criança não cumprir as condições para a emissão da certidão para decisões privilegiadas, será aplicável o regime jurídico previsto no Capítulo IV, Seção I para o reconhecimento e a execução da decisão em matéria de direitos de guarda.

Se a decisão do tribunal francês implicar que Mathieu deve permanecer em Portugal, Portugal torna-se a sua nova residência habitual.

II. Lei Tutelar Educativa e a Subsidiariedade do CPP

Workshops
**Direito da
Família e das
Crianças**

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. LEI TUTELAR EDUCATIVA E A SUBSIDIARIEDADE DO CPP: CASOS PRÁTICOS. PROPOSTAS DE RESOLUÇÃO

Margarida Santos*

Notas prévias
Casos práticos
Proposta de resolução

– Ação de Formação *Workshop* Lei Tutelar Educativa

Notas prévias

* Importa sublinhar que este “novo” modelo tutelar educativo, com uma nova perspetiva – que fundamenta a sua legitimação, os fins e pressupostos da intervenção – tem implicações no processo tutelar, desde logo a sua “semelhança com o processo penal” (ponto 11, da Exposição de Motivos, da LTE¹).

“Há, todavia, que precisar os termos desta afinidade” (ponto 11, da Exposição de Motivos, da LTE):

- o DPP serve de fonte – por constituir um ordenamento que realiza as garantias da pessoa em face de pretensões de pretensões estaduais na esfera dos direitos fundamentais;
- na medida em que a intervenção tutelar pode limitar os DF – ainda que com a finalidade de promover outros DF dos jovens – dota-se o processo de garantias que realizam o conteúdo essencial de princípios consagrados na CRP;
- “[e]m qualquer caso, as disposições são invariavelmente modeladas por princípios ordenados em que releva o interesse do menor”.

* O superior interesse do jovem (artigo 3.º da CDC)² deve ser sempre elemento-chave nesta ponderação dos interesses conflitantes, que devem ser otimizados (se possível), apelando, nomeadamente, ao estado de desenvolvimento psíquico e intelectual do jovem e à salvaguarda da sua dignidade.

* Ponto 13, da Exposição de Motivos, da LTE:

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII.

² Cf. Relatório do Comité dos Direitos da Criança, de 27 de setembro de 2019, reportado aos 5.º e 6.º relatórios periódicos nacionais sobre a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em

https://gfcj.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_cdc_setembro_2019.pdf: “17. The Committee welcomes the translation into Portuguese and the dissemination of its general comment No. 11(2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, as well as the integration of the best interests of the child into legislation on adoption, self-determination of gender identity and on custody in case of divorce. It is concerned, however, at the continued absence of legislation on and guidelines for the determination and application of the best interests of the child in justice, health care, child protection, care placement, immigration, asylum procedures and education. The Committee is moreover concerned that this lack of guidance may result in contradicting interpretations of the law and decisions by different instances”.

- “... o processo perfilha uma orientação (...) na procura de uma eficácia permanentemente ligada a três noções: a da dignidade do menor [garantias]; a de tempo processual [personalidade em rápida transformação] e a da intercorrência entre exigências de educação e necessidades de proteção [intercomunicabilidade entre os sistemas]”.
- os princípios de humanização constantes do CPP “foram reelaborados à luz da natureza e das finalidades do processo e deram lugar a regras de elevada densidade tutelar...”.

* O princípio da obtenção da verdade material, de acordo com o qual o Tribunal deve esclarecer-se autonomamente, de forma processualmente válida, no sentido reconhecido pelo direito processual penal, é igualmente um dos fundamentos do processo tutelar educativo³. Daí que sejam aplicáveis ao processo tutelar educativo as proibições de produção e de valoração da prova constantes do CPP, que no caso visam proteger a dignidade do jovem⁴.

– As especificidades que se introduzem visam defender o interesse do jovem, num contexto em que podem pesar situações ou estados psicológicos diferentes dos que habitualmente caracterizam a fase adulta (cf. ponto 16, da Exposição de Motivos, da LTE).

QUESTÃO

1) Em inquérito tutelar educativo será lícito o recurso aos meios de obtenção de prova consagrados no CPP, designadamente revistas, buscas e escutas telefónicas?

– No ponto 16, da Exposição de Motivos, da LTE, estabelece-se que “Aos meios de obtenção da prova previstos no processo penal adita-se o relatório social. Esta especialidade justifica-se pela natureza da prova – compreendendo simultaneamente o facto e a personalidade – e pela conveniência em não se dispersarem as fontes e em rodear da necessária discrição”⁵.

– Especificamente valem como meio de obtenção de prova a informação e o relatório social – artigo 71.º LTE.

³ Assim, Anabela Miranda Rodrigues/António Carlos Duarte-Fonseca, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 170. Aliás, vale notar que a possibilidade de leitura dos autos é (agora atenuada desde a revisão de 2013 ao CPP) prevista nos artigos 356.º e 357.º do CPP – “reforçando o facto de que no âmbito da justiça juvenil se quis, e bem, facilitar a prova dos factos para chegar àquilo que realmente interessa – a efectiva intervenção tutelar educativa baseada na verdade material e não na verdade possível, escudada em formalismos desprovidos de lógica perceptível” – Júlio Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa Comentada – no âmbito das principais orientações internacionais, da jurisprudência nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 354.

⁴ *Idem*, pp. 170 e 133

⁵ A exigência de prova do facto para desencadear a intervenção tutelar educativa constituiu uma novidade em relação ao direito anterior, na medida em que o facto praticado pelo *menor* não tinha qualquer repercussão na medida aplicada, relevando apenas como índice ou sintoma de inadaptação.

– A doutrina⁶ tem largamente vindo a aceitar a admissibilidade de aplicação dos meios de obtenção de prova específicos do regime processual penal no domínio do processo tutelar educativo.

– “Embora o processo tutelar esteja gizado no interesse do menor autor da prática de factos qualificados como crime, importa não esquecer que, muitas vezes, as vítimas desses factos são também crianças, a quem serão igualmente aplicáveis as orientações internacionais e nacionais sobre a audição de crianças, designadamente as que determinam que se tenha em conta a sua idade, maturidade, necessidades, pontos de vista, fragilidades e susceptibilidades, garantindo-se que nenhum destes factores constitua um entrave à efectiva participação na produção e relevo da prova que os mesmos podem facultar”⁷.

CASO PRÁTICO 1⁸

Foi requerida a abertura da fase jurisdicional do processo tutelar educativo contra Abel, nascido em Braga, em 3-3-2008, filho de Ana e de António, residente na Av. da Liberdade, n.º 5, em Braga, estando em causa factos subsumíveis à prática de um crime de importunação sexual (p.e p. pelo artigo 170.º, do Código Penal) e de um crime de roubo (p.e p. pelo artigo 210, n.º 1, do Código Penal), que, no entendimento do magistrado do Ministério Público (MP), atendendo às fortes necessidades de educação do jovem para o direito, justificam a aplicação da medida tutelar educativa de prestação de tarefas a favor da comunidade, pelo período de 40 horas (artigos 4.º, n.º1, alínea d), 6.º, 7.º, 12.º, n.º1, da LTE).

Foi declarada aberta a fase jurisdicional e designada data para a realização da Audiência Prévia (artigo 93.º, n.º 1, al. c), da LTE).

Nesta sede, não tendo havido aceitação da medida tutelar educativa por parte do jovem, procedeu-se à produção da prova indicada pelo Ministério Público (cf. art. 104.º, n.º 5, da LTE). Discutida a causa, resultaram provados os seguintes factos:

1. No dia 1 de março de 2022, entre as 17h e as 19h, Abel (nascido em 3-1-2008) e Bianca (nascida em 3-2-2008), ambos de 14 anos, saíram do autocarro, próximo da escola yyyyyy, em Braga.
2. Sem que esta se apercebesse, Abel seguiu-a até ao portão de entrada da casa onde a mesma reside, sita na Rua XXXX, em Braga.
3. Quando aquela se preparava para aí entrar, Abel surgiu-lhe por trás, agarrou-a, impedindo-a de se afastar, após o que a apalçou nos glúteos, seios e zona genital, por

⁶ Cf. Miranda Rodrigues/Duarte Fonseca, *Comentário da Lei Tutelar.... cit.*, p. 171: “Aos meios de obtenção de prova previstos no processo penal aditam-se (...)”; também Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa comentada...cit.*, pp. 225-226, ao afirmar que “São, assim, meios de obtenção de prova no âmbito da LTE, uns por si, outros por força do disposto no artigo 128.º da LTE (...)” e António José Fialho, “Anotação ao artigo 65.º”, in Cristina Dias, Margarida Santos, Rui do Carmo, *Lei Tutelar Educativa Anotada*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 243.

⁷ *Idem, ibidem.*

⁸ Inspirado em caso verídico, aproveitando-se aqui a oportunidade para agradecer à Sra. Dra. Chandra Gracias o ter remetido a Sentença que proferiu.

- cima da roupa que esta envergava, fazendo-o contra a sua vontade.
4. Bianca, vendo-se forçada a suportar o descrito contacto físico, imposto contra sua vontade, começou a gritar e a pedir auxílio.
 5. Além disso, Abel, arrancou-lhe com força o colar de ouro que a mesma usava ao pescoço, de marca TOUS, no valor de 300€ e arrancou-lhe da mão o MP3 de marca *Sony* no valor de 100€, os óculos *ray-ban* no valor de 100€ e o telemóvel de marca *Samsung*, no valor de 300€, que estava no bolso das calças, junto ao corpo.
 6. Perante os gritos que não cessavam, Abel largou-a e desatou a correr, fugindo do local, fazendo seus aqueles objetos.
 7. Bianca sentiu-se ofendida, perturbada na sua intimidade sexual, e constrangida a suportar a referida subtração (por ter receado pela sua integridade física), entrou em casa, relatando a chorar o sucedido à mãe.
 8. Uma vez que Bianca tinha a impressão de que o jovem era amigo de um colega que também frequentava o 8.º ano da sua escola, no dia imediato foi ter com a sua professora de apoio e pediu para ver as fotografias de todos os alunos do 8.º ano, identificando o colega, referindo que já teria visto o jovem que a ofendeu com esse colega no café em frente à escola, após o que foi solicitada a intervenção da PSP – Escola Segura.
 9. Ao surpreender e ao constranger Bianca por forma a conseguir tocar as suas zonas íntimas, Abel visou não só impossibilitá-la de se libertar, como satisfazer o seu impulso sexual, propósito que logrou alcançar, ciente que os seus atos ofendiam e molestavam a liberdade e autodeterminação sexual e que atuava contra a vontade daquela. Ao constranger Bianca a suportar a referida subtração visou também ofender não só a propriedade como também outros valores iminentemente pessoais, tais como a vontade, a autodeterminação e a integridade física da mesma, atuando com a intenção de fazer seus aqueles objetos através do uso da força física, bem sabendo que os mesmos não lhe pertenciam.
 10. Na audiência Abel admitiu ter estado no autocarro, ter dado conta que a ofendida ali estava, e ter saído no lugar mencionado, mas negou a prática dos factos.

QUESTÕES

1. Imagine que em audiência o juiz determinou que ficasse a constar em ata que o tribunal considerava que os factos descritos no requerimento de abertura da fase jurisdicional eram constitutivos não de um crime de importunação sexual, mas de coação sexual (artigo 163.º, n.ºs 1 e 3, do CP). De seguida perguntou ao jovem Abel se queria acrescentar alguma coisa, tendo o mesmo respondido que não. O defensor nada requereu, invocando, depois, em recurso, a nulidade da decisão, com fundamento na violação do princípio do contraditório.

– AQJ – foi comunicada ao jovem (artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, ex vi artigo 128.º LTE)⁹. O jovem/defensor poderia ter requerido prazo para preparação da defesa, mas não o fez, não havendo qualquer nulidade ou irregularidade da decisão.

⁹ Devemos socorrer-mo-nos da definição de “alteração substancial dos factos”, com as devidas adaptações

2. Imagine, em hipótese autónoma, que o Ministério Público requer a abertura da fase jurisdicional com base em indícios suficientes da prática de factos constitutivos de um crime de coação sexual (artigo 163.º, n.ºs 1 e 3, do CP). No entanto, em audiência fica demonstrada a existência de violência no contexto do constrangimento (artigo 163.º, n.º 2, do CP). *Quid iuris?*

– Estando em causa factos novos não autonomizáveis que configuram uma ASF¹⁰ – refletir sobre a aplicação do artigo 359.º CPP (ex vi artigo 128.º da LTE), valorizando a preservação do exercício do direito de defesa do jovem relativamente aos factos constantes do requerimento de abertura da fase jurisdicional.

Assim, salvo em caso de acordo, não poderiam estes factos ser considerados no processo em curso, nem noutro processo, não podendo haver lugar à extinção da instância (artigo 359.º, n.ºs 1, *in fine*, e 2, *a contrario*, do CPP).

Esta alteração não deve ser tomada em conta pelo Tribunal para o efeito de prova da prática do facto, a não ser que exista acordo entre o MP, menor e o ofendido quanto à continuação da audiência (artigo 359.º, n.º 3, do CPP).

É nula a decisão que dê como provados factos que constituam alteração substancial dos factos descritos no requerimento para abertura da fase jurisdicional – al. b) do artigo 111.º da LTE.

No entanto, desta al. b) do artigo 111.º da LTE também deve resultar que o juiz já não está limitado quanto aos factos concretizadores da análise da necessidade de educação do jovem para o direito, até porque deve esta subsistir no momento da decisão – ex. artigo 93.º, n.º 1, al. b), ou seja, a decisão assenta numa avaliação atualizada das necessidades. Relevantes aqui são “os factos praticados pelo jovem em que se funda a decisão”, “factos esses que nada têm que ver com a indicação de condutas anteriores, contemporâneas ou posteriores aos factos nem com as condições de inserção familiar, educativa e social que permitam avaliar a personalidade do jovem e da necessidade de aplicação da medida” (al. d) do n.º 1 do artigo 90.º da LTE)¹¹. Ou seja, estes são “factos a ter em conta para outros efeitos”, nomeadamente para permitir a defesa sobre as necessidades educativas e, nessa medida, sobre a medida¹².

– Assim Miranda Rodrigues/Duarte-Fonseca, *Comentário da Lei Tutelar ... cit.*, p. 227: “São razões substanciais, que se prendem com a própria natureza da intervenção tutelar, aliadas a razões processuais, que o justificam. Assim, por um lado (...) o facto assume no processo tutelar um relevo que decorre da circunstância de ser um *pressuposto* da aplicação de uma medida e que significa que nenhuma medida será aplicada se não se provar a existência de facto ou se de facto não houver indícios suficientes (...). Por outro lado, intervêm aqui exigências de respeito pelos direitos do menor, designadamente, o direito de não lhe ser aplicada uma medida em função de factos que representam uma alteração substancial dos factos descritos no requerimento para abertura da fase jurisdicional e relativamente aos quais não pode exercer o seu *direito de defesa*”.

¹⁰ Remete-se para a nota de rodapé anterior.

¹¹ Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa comentada... cit.*, pp. 336 e 367.

¹² *Idem*, p. 367.

3. No apuramento da factualidade considerada como provada o Tribunal formou a sua convicção com base na valoração conjunta e crítica do acervo probatório carreado para os autos, conjugado com o teor da prova produzida em sede de audiência. Designadamente, o Tribunal levou em conta a seguinte prova, indicada no requerimento de abertura da fase jurisdicional:

a) auto de reconhecimento – a ofendida Bianca procedeu, em fase de inquérito, ao reconhecimento presencial do jovem Abel, na esquadra da PSP, depois de ter antes ido com os agentes da PSP ao café em frente à escola e encontrado o colega do 8.º ano com outro jovem da mesma idade. Bianca disse aos agentes policiais que a pessoa em causa estava sentada com o colega do 8.º ano que tinha identificado como sendo amigo daquele. Os agentes da PSP dirigiram-se a Abel, convocando-o para se apresentar na esquadra, tendo sido facultada ao jovem Abel a possibilidade de contactar os pais ou pessoa da sua confiança. Entretanto, Bianca dirigiu-se com a mãe para a esquadra. O reconhecimento obedeceu ao disposto no artigo 147.º, n.º 2, CPP.

Refira-se ao valor probatório a atribuir em audiência ao reconhecimento efetuado por Bianca, bem como ao respetivo procedimento no contexto da Lei Tutelar Educativa, equacionando igualmente a possibilidade de estar em causa prova proibida por força do disposto no artigo 147.º, n.ºs 5 e 7, do Código de Processo Penal, por não ter havido lugar à diligência prevista no artigo 147.º, n.º 2.

– Questionar a aplicação subsidiária do artigo 147.º do CPP, bem como os procedimentos a seguir, nomeadamente fazer referência às eventuais especificidades do reconhecimento de um jovem: convocação do *menor* + dar a possibilidade de o jovem Abel contactar os pais ou pessoa da sua confiança – artigo 250.º, n.º 9, CPP, *ex vi* artigo 128.º, e artigo 50.º LTE + Diretriz 29 das *Guidelines do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça Amiga das Crianças de 17 de novembro de 2010*, de acordo com a qual “Salvo em circunstâncias excepcionais, os progenitores devem ser informados da presença da criança na esquadra da polícia e dados pormenores sobre os motivos pelos quais a criança foi detida, devendo ser solicitados a deslocar-se à esquadra”.

– Ao longo de todo o procedimento, os órgãos de polícia criminal deverão respeitar os direitos pessoais e a dignidade do jovem/adolescente, tendo em especial atenção a sua idade e maturidade, vulnerabilidade, bem como outras necessidades especiais daqueles que possam estar com alguma incapacidade física ou mental ou tenham dificuldade de comunicação (Diretriz 27 das *Guidelines do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça Amiga das Crianças de 17 de novembro de 2010*).

– É necessário ter em conta que a vítima também é adolescente/jovem, pelo que se aplicam igualmente as orientações internacionais/nacionais (“duplicidade de proteção”¹³).

– Refletir sobre a credibilidade a dar ao reconhecimento pessoal efetuado por Bianca na

¹³ Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa ...cit.*, p. 227.

esquadra da PSP, nas circunstâncias em que o mesmo ocorreu, sendo necessário analisar em que medida foi ou não tal reconhecimento condicionado pelo anterior avistamento de um jovem com um colega que previamente identificou à porta do café, e em que grau poderá tal avistamento ter marcado a declaração de ciência de Bianca, sobrepondo-se ou contaminando a memória original que tinha do jovem que havia praticado os factos;

– Fazer referência à necessidade de ficarem a constar no auto de reconhecimento (artigo 99.º do CPP) os elementos referidos no artigo 147.º, n.º 1, do CPP, face ao teor do n.º 7 deste artigo, nomeadamente o facto de Bianca ter avistado o jovem, e em que circunstâncias, antes do reconhecimento pessoal efetuado nas instalações da PSP. Cabendo ou não a omissão de uma tal menção no disposto no artigo 147.º, n.º 7, com a consequência de poder retirar ao reconhecimento qualquer valor probatório, independentemente da fase processual em que o mesmo for invocado.

b) um auto de declarações para memória futura, onde esteve apenas presente o Ministério Público.

Refira-se à possibilidade da sua realização no inquérito tutelar educativo, bem como ao valor probatório a atribuir em audiência às declarações para memória futura prestadas por Bianca.

– Problematizar a aplicação do artigo 271.º, n.º 2, CPP (parece ser de colher), não obstante o disposto nos artigos 66.º, n.º 2, e 106.º, ambos da LTE – não esquecer que a imediação é “...tão mais importante quando um dos pressupostos da aplicação da medida tutelar é um verdadeiro juízo sobre a personalidade do menor” (ver Relatório Final sobre o Direito de Menores, da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas)¹⁴.

c) um auto de busca domiciliária e apreensão de um colar de ouro, de marca TOUS, no valor de 300€, de um MP3 de marca Sony no valor de 100€, de uns óculos ray-ban no valor de 100€ e de um telemóvel de marca Samsung, no valor de 300€. Pode o Tribunal considerar a validade desta apreensão, uma vez que a busca domiciliária efetuada ao quarto de dormir do jovem pelo agente da PSP apenas obteve o consentimento da sua mãe, mas não do jovem, que não se encontrava em casa? Para o efeito, foi elaborado um documento de autorização de busca domiciliária assinado pela mãe de Abel. Imagine que o defensor do jovem arguiu a nulidade da busca efetuada ao quarto deste.

– Problematizar a validade do consentimento prestado pela mãe, na medida em que o especial visado com a busca domiciliária ao quarto de dormir do jovem é o próprio jovem.

– Por estar em causa um “visado” de 14 anos, coloca-se a questão da sua (in)capacidade para

¹⁴ Cf. Acórdão do TRL de 30.06.2011, Proc. n.º 4752/10.1T3AMD-A.L1-9, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3f7dd1ddf61043f3802578d20056073d?OpenDocument>. Em sentido diferente ver a posição de Júlio Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa ... cit.*, pp. 226 e ss.; 236/237; 354 e ss.

“consentir”. A questão afigura-se com alguns contornos problemáticos sobre os quais importa cuidar, com um maior desenvolvimento¹⁵.

– De acordo com o n.º 2 do art. 174.º do CPP, uma busca apenas pode e deve ser realizada quando houver indícios de que objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público. Estando em causa uma busca domiciliária a competência para a ordenar ou autorizar pertence ao juiz (art. 177.º, n.º 1, do CPP), sem prejuízo de poder também ser ordenada pelo Ministério Público ou efetuada por órgão de polícia criminal (art. 177.º, n.º 3, do CPP), nomeadamente quando “os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado” [al. b), do n.º 5 do art. 174.º e n.º 3 do art. 177.º do CPP].

– O problema consiste, pois, na determinação da legitimidade para dar o consentimento válido e eficaz, estando aqui em causa um consentimento relativo ao processo de obtenção de prova, podendo a sua inexistência consistir numa violação de produção e numa proibição de valoração de provas.

O consentimento para a realização da busca domiciliária deve ser dado pelo próprio *visado*, “que é a categoria protegida constitucionalmente no âmbito do seu direito fundamental à inviolabilidade do domicílio”, como se sublinhou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2022, que remete para jurisprudência do TC anterior também relevante, designadamente os Acórdãos n.ºs 507/94 e 126/2013. Ou seja, “o consentimento pressupõe a intervenção do titular do direito lesado e não da pessoa que tiver a livre disponibilidade sobre ele”¹⁶.

Como se sintetiza no Acórdão do TC n.º 101/2022, chamando à colação o teor do Acórdão n.º 507/1994, “...a lei ordinária não pode prescindir do consentimento do visado pela medida, sob pena de ser incompatível com o comando constitucional sobre a inviolabilidade do domicílio, uma vez que o foco da garantia jusfundamental se dirige à liberdade de o visado prestar, ou não prestar, o consentimento para que se execute uma busca que obriga à entrada no seu local de residência, tal como densificado pelo Tribunal Constitucional”.

Vale a pena tomar de empréstimo as palavras de Costa Andrade, nas quais a jurisprudência citada se tem igualmente socorrido, nomeadamente a propósito dos eventuais

¹⁵ Está, por isso, explanado o motivo pelo qual este ponto nos mereceu desenvolvimentos adicionais, alterando um pouco o formato necessariamente sucinto e “livre” de grandes considerações doutrinárias.

¹⁶ Cf. Conde Correia, “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)”, *Revista do Ministério Público*, Ano 20, n.º 79, julho – setembro, 1999, p. 54.

distanciamentos do direito penal e do processo penal, “dada a consabida e indispensável separação das águas entre o ilícito penal substantivo¹⁷ e o ilícito processual penal¹⁸”.

¹⁷ Costa Andrade, “Anotação ao Art. 378.º”, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Artigos 308.º a 386.º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 743. Assim, por ex., no plano substantivo, “pertencendo” a casa a várias pessoas, o “consentimento” de qualquer dos “titulares” (e.g. consentimento da filha) é “bastante para – só por si e mesmo com a oposição do outro ou outros – legitimar a entrada de terceiro” (p. 1016), sendo que para este “acordo” ser eficaz tem de configurar uma manifestação de liberdade e de autonomia em relação à habitação, por parte do portador do bem jurídico (p. 1021 e, desenvolvidamente, Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (reimpressão), nomeadamente pp. 507 e ss. Ou seja, nestes casos, com o “consentimento” – *rectius* acordo – a conduta não seria típica (assim também, por exemplo, Figueiredo Dias (com a colaboração de Maria João Antunes *et al.*), *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, 3.ª Edição, 2019, especialmente pp. 556 e ss. Miguez Garcia, Castela Rio, “Anotação ao art. 38.º”, *Código Penal, Parte geral e especial, com notas e comentários*, Coimbra, Almedina, 2015, 2.ª Edição, p. 289, entre outros. Em síntese, atendendo à natureza do bem jurídico protegido, por ex., nos artigos 190.º, 191.º e 378.º, “a concordância do portador concreto assume a natureza, o estatuto dogmático e o regime jurídico do **acordo- que-exclui-a-tipicidade**. Não vale, por isso, como um consentimento justificante” (destacado do Autor) – Costa Andrade, “Anotação ao Art. 378.º”, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense ... cit.*, p. 742. Ora, para o que nos importaria, pensando, por exemplo na hipótese contemplada no art. 190.º do CP, sempre se diria que o acordo não está sujeito à cláusula dos “bons costumes” (ver já Costa Andrade, *Consentimento e acordo... cit.*, pp. 556 e ss.), nem ao limite da idade do portador do bem jurídico (assim, Pinto de Albuquerque, “Anotação ao art. 38.º”, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2021, p. 289). Como sublinha Costa Andrade, a propósito do art. 156.º CP, também aqui, ainda em sede de tipo, se colocam as questões relativas ao tratamento de menores. Ora, na esteira do Autor, estando em causa menores ou incapazes sem o discernimento bastante para compreender o sentido e alcance da intervenção, cabe normalmente ao representante legal o consentimento. Nas situações em que o representante legal recusa o consentimento para um ato necessário, deve entender-se que ao proceder como deve (intervindo), não incorre o médico em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário. Numa palavra, “[a] liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade *peçoal*, que **não se comunica ao representante legal**, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante” – cf. Costa Andrade, “Anotação ao Art. 156.º”, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense ... cit.*, em especial p. 603 (destacado do Autor). No mesmo sentido vão os artigos 1918.º do Código Civil, 91.º (*Procedimentos urgentes na ausência de consentimento*) e 92.º (*Procedimentos judiciais urgentes*) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Nesta medida, apenas nas situações em que a concordância assuma a forma de consentimento (que exclui a ilicitude) e não de acordo, é que faz sentido equacionar-se a aplicação do artigo 38.º do CP (*Consentimento*). Na verdade, para que o consentimento previsto no artigo 38.º do CP seja válido, é necessário que quem consente seja capaz, não podendo ser esta capacidade avaliada à luz das normas civis (ver Figueiredo Dias, com a colaboração de Maria João Antunes *et al.*, *Direito Penal, Parte ... cit.*, 2019, p. 568 e Autores citados). Neste sentido, à luz do artigo 38.º, n.º 3, do CP, “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. É certo que a idade relevante para a prestação do consentimento foi elevada dos 14 anos para os 16 anos, com a revisão do CP operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, mas não nos parece que este critério seja, por si só, suficiente, para afastar a possibilidade de ser equacionada a necessidade de “consentimento” do menor. Concordamos com Figueiredo Dias quando refere que nas situações em que o jovem tem 14 ou 15 e possui o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento “... não se vê razão (...) para lhe ser negada, de plano, capacidade para dispor sobre os seus próprios interesses livremente disponíveis”, sendo que, como sublinha o Autor “Em caso de incapacidade penal, o princípio será o de que a legitimidade para consentir em nome do incapaz cabe ao seu **representante legal**. Mas este princípio não se afirmará sem limitações ou exceções, nomeadamente em matéria de *ofensas corporais graves*, e, de forma particular, de intervenções médico-cirúrgicas fora dos pressupostos do art.

Nas palavras do Autor, “[t]ambém a atipicidade duma conduta ou a sua justificação estão longe de se projetar invariável e necessariamente sobre o processo penal, determinando, sem mais, a admissibilidade do correspondente meio de prova”¹⁹.

Ora, à semelhança do que acontece no plano substantivo²⁰, também no processo penal o “consentimento” surge como forma de legitimação dos meios de obtenção de prova, “...onde a excentricidade dos discursos dos dois ordenamentos normativos pode projetar-se em soluções diferenciadas nas constelações típicas em que a intervenção (das autoridades de processo penal) colide com a liberdade, a privacidade...E em que o «consentimento» de uma delas, do mesmo passo que assegura a afirmação e integridade do respetivo bem jurídico, atinge de forma reflexa, mas heteronomamente imposta, a esfera jurídica de outros”²¹.

Ora, importa agora indagar, no caso concreto, a quem cabe prestar esse “consentimento” em matéria processual, sendo de entender que em caso de incapacidade, a legitimidade para consentir cabe ao representante legal.

A matéria da “menoridade” e decisão em representação é matéria difícil e pouco concretizada nas normas penais e processuais penais, não deixando de emergir dúvidas práticas.

Nesta medida, não havendo norma específica na LTE, sempre se dirá, numa visão de conjunto da própria intervenção tutelar educativa, vertida na LTE, que apesar de a legitimidade para

150.º” (p. 568). Este artigo 38.º do CP não releva para a resolução do nosso caso (referente a matérias processuais), mas permite-nos compreender a fragmentaridade com que as matérias da incapacidade são tratadas (ou não tratadas), quer em termos penais, quer processuais (quer, ainda, no contexto da intervenção tutelar educativa).

¹⁸ Quanto, por exemplo, à intromissão das instâncias formais de controlo, as mesmas só serão legítimas se cumpridos os pressupostos (reserva de lei, reserva de juiz, proporcionalidade, subsidiariedade, ...), sob pena de as intromissões serem ilegítimas e inadmissíveis de um ponto de vista processual (p. 1018). Neste caso, a propósito da conduta criminal, a entrada na habitação regulada no artigo 177.º do CPP constituiria uma forma específica de justificação e não de causa de exclusão da tipicidade (Costa Andrade, “Anotação ao Art. 378.º”, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do ... cit.*, p. 745).

¹⁹ Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 2.ª edição, Gestlegal, 2022, p. 50.

²⁰ Ver nota 16 *supra*.

²¹ Costa Andrade, *Sobre as Proibições ... cit.*, p. 50. Nesta medida, como aponta o Autor: “Assim – e sob ressalva de especificidades e singularidades que aqui não cabe recensear – em direito penal substantivo tende a prevalecer o entendimento de que o «consentimento» de um dos portadores concretos do bem jurídico bastará para dirimir a *ilicitude*, logo por exclusão da tipicidade. Simplesmente, e ao contrário do que alguns autores são levados a supor, a exclusão da ilicitude penal não se comunica directamente e sem refração ao processo penal no sentido de ditar, sem mais, a admissibilidade dos correspondentes meios de prova. Como, reportando-se à hipótese de *buscas domiciliárias* consentidas por um dos habitantes na mesma casa – e depois de sublinhar que este consentimento é bastante para legitimar no plano penal substantivo a conduta –, refere Amelung: «Cada um dos que habitam na mesma casa é portador de um direito fundamental na forma de exigência de omissão dirigida ao Estado e só pode dispor-se de um direito alheio na base de autorização bastante. Na medida em que falta uma autorização no mínimo concludente, o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas na casa habitada por vários (...). Quando um dos membros da casa autoriza que outro dos habitantes permita a entrada de pessoa particular ou do homem do gás, daí não pode concluir-se que o autorize também a franquear a porta a quem vem preparar a sua condenação, isto é, a inflicção de um mal»” (pp. 53/54).

consentir caber aos pais, representante legal ou quem tiver a sua guarda de facto, também deve ser exigível a adesão do jovem à entrada no seu quarto. Em síntese, além da “autorização” da mãe, deve exigir-se a adesão, ou pelo menos, não oposição do jovem nas situações em que compreenda o sentido e alcance do ato. Só assim não é desconsiderada a reserva de intimidade privada do jovem, que assim poderia ocorrer nas situações em que se concentre o consentimento apenas naqueles representantes.

Esta ideia é de resto a que melhor perspectiva o jovem como verdadeiro sujeito processual, sujeito de direitos, “que são conferidos para serem efetivamente colocados em prática e não apenas “direitos de papel”, pertencendo ao passado, definitivamente, a conceção da criança e do jovem como sujeitos jurídicos desprovidos da capacidade de exercício destes direitos”²². No âmbito do seu estatuto processual, importa sobretudo chamar à colação o direito de participação ativa (artigo 45.º, n.ºs 1 e 2, da LTE), devendo ser informado de todos os seus direitos, no contexto de uma justiça que se considere centrada/adaptada ao jovem²³.

Só com este entendimento que envolva o jovem (que compreenda o sentido e alcance do ato processual) na realização deste meio de obtenção de prova associado ao consentimento se pode considerar que existe uma medida processual inserida numa “Justiça adaptada às crianças”²⁴.

De resto, é certo que a audição (em sentido estrito), em termos de direito vigente, se realiza pela autoridade judiciária (artigo 47.º da LTE), justificada pela “elevada densidade tutelar que impregna muitas das normas do processo tutelar”²⁵. Não pode, por isso, haver delegação desta audição em agente de órgão de polícia criminal ou funcionário judicial. No entanto, esta procura de adesão por parte do jovem no contexto da aplicação de uma medida processual levada a cabo pelo agente do órgão de polícia criminal em nada parece conflitar com aquela norma, melhor concretização aquele direito plasmado, desde logo, no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança²⁶. Ou seja, esta audição levada a cabo apenas por autoridade

²² Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa ... cit.*, p. 159.

²³ É certo que estamos no contexto de uma busca domiciliária levada a cabo por um agente de um órgão de polícia criminal, sem autorização judicial prévia e no contexto da LTE a audição do jovem é realizada pela autoridade judiciária (artigo 47.º da LTE).

²⁴ Ou seja, uma Justiça que “garanta (...) o respeito e a aplicação efetiva de todos os direitos da criança ao nível mais elevado possível, (...) tomando devidamente em consideração o nível de maturidade e de compreensão da criança e as circunstâncias do caso. Trata-se, em particular, de uma justiça acessível, adequada à idade, rápida, diligente, adaptada e centrada nas necessidades e nos direitos da criança, respeitadora dos seus direitos, nomeadamente do direito a um processo equitativo, a participar e a compreender o processo, ao respeito pela vida privada e familiar, e à integridade e à dignidade” – cf. Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, p. 17.

²⁵ Cf. Miranda Rodrigues/Duarte-Fonseca, *Comentário da Lei ... cit.*, p. 141.

²⁶ Cf. art. 12.º e o Comentário Geral n.º 12 (2009) ao artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU, sobre “O Direito das Crianças a Serem Ouvidas”. Na esteira deste comentário, “57. Em processos penais, o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião em todas as questões que lhe respeitem deve ser totalmente respeitado e observado escrupulosamente em todas as fases do processo de justiça de menores. 58. O artigo 12.º, número 2, da Convenção implica que uma criança suspeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido o direito penal goza do direito a ser ouvida. Este direito deve ser totalmente respeitado em todas as fases do processo judicial, desde a fase de instrução

judiciária “não impede que sejam levadas a cabo outro tipo de diligências que envolvam o jovem, sem necessidade de envolvimento directa do magistrado”²⁷, onde também o jovem é ouvido, com um alcance diferente.

Noutras palavras, a consideração de sujeitos de direito em desenvolvimento reclama que se renove a reflexão em torno da incapacidade por menoridade.

– Cumpre ainda sublinhar que deve colher-se o entendimento de que está em causa a presença obrigatória de defensor²⁸ (artigos 46.º e 46.º-A da LTE, em linha com o disposto no artigo 64.º, n.º 1, al d), do CPP)²⁹.

– Na falta de “adesão”/ oposição do jovem deve existir mandado judicial para o efeito.

– Na falta de “adesão”/ oposição do jovem, deve equacionar-se se a autorização é (in)eficaz e a busca realizada pelo órgão de polícia criminal (i)legal e, conseqüentemente, um meio proibido de prova, não podendo ser utilizada a obtida através dela, nos termos do disposto nos artigos 125.º e 126.º, n.º 3, do CPP (*ex vi* artigo 128.º da LTE).

em que a criança goza do direito de manter silêncio, até ao direito a ser ouvida pela polícia, pelo delegado do ministério público e pelo juiz de instrução. *Também se aplica na de conclusão do processo judicial e de decisão final, bem como durante a aplicação das medidas impostas*” (destacado nosso).

²⁷ Barbosa e Silva, *Lei Tutelar Educativa ... cit.*, p. 165. O Autor dá o exemplo dos exames e perícias, referindo que, por exemplo, no contexto da reconstituição do facto seria necessário que a diligência fosse presidida por magistrados (pp. 165 e 166).

²⁸ Assim Conde Correia, “Anotação ao art. 174.º do CPP”, *in Comentário Judiciário do Código de Processo penal, Tomo II, Artigos 124.º a 190.º, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 595*, a propósito das situações em que o visado é menor de 21 anos (artigo 64.º, n.º 1, al d), do CPP). Na esteira do Autor, “o visado não tem autonomia suficiente para poder consentir validamente”. Ver, neste sentido, Acórdão do TRL de 14-1-2016. De acordo com este aresto, “Trata-se de casos de particular vulnerabilidade do arguido em que o legislador entendeu que se impunha, por uma questão de equilíbrio no processo, a obrigatoriedade de assistência por defensor. No presente caso, sendo o arguido menor de 21 anos impunha-se que o consentimento para a realização da busca domiciliária fosse dado na presença de defensor. A ausência de defensor – constituído ou nomeado – nos casos em que a assistência é obrigatória, constitui nulidade insanável, nos termos do disposto na al. c), do art. 119.º, do CPP”.

²⁹ Ainda que não deva considerar-se obrigatória a presença do defensor “em qualquer ato processual do processo tutelar”, como já aludimos noutra escrito. Assim ver as nossas anotações em “Anotação ao artigo 46.º da Lei Tutelar Educativa Anotada”, *in* Cristina Dias, Margarida Santos, Rui do Carmo (coord.), *Lei Tutelar Educativa ... cit.*, e “Anotação ao artigo 46.º-A da Lei Tutelar Educativa Anotada”, *in* Cristina Dias, Margarida Santos, Rui do Carmo (coord.), *Lei Tutelar Educativa Anotada, ... cit.*

CASO PRÁTICO 2

Imagine que, num inquérito tutelar educativo, estava em causa a investigação de factos subsumíveis ao um crime de tráfico de estupefacientes por parte de António, de 14 anos, entendendo o Ministério Público que a interceção telefónica seria decisiva para a descoberta da verdade e respetiva prova, que de outra forma seria impossível ou muito difícil de obter, entendendo que o direito à palavra, privacidade e intimidade do jovem constitucionalmente consagrados deverão ceder no confronto com o interesse coletivo da prevenção do tráfico de estupefacientes. Inexistem, até ao momento, outros elementos de prova que possam indiciar a prática de um ilícito, existindo o relatório social indicativo de um percurso desconforme ao dever ser jurídico, relacionado com a prática deste mesmo ilícito, num ambiente familiar disfuncional, sem qualquer tipo de supervisão, e sem frequência escolar regular.

O juiz indeferiu o requerimento de pedido de escuta telefónica.

Problematize a aplicabilidade deste meio de obtenção de prova no processo tutelar educativo.

– Sendo a interceção telefónica *essencial* para a investigação³⁰, deve ponderar-se a sua aplicação no inquérito tutelar educativo à luz do exigente princípio da proporcionalidade. A autorização de uma medida restritiva de direitos está necessariamente sujeita aos limites impostos pela necessidade, adequação e proporcionalidade (cf. artigos 18.º e 34.º da CRP). O princípio da proporcionalidade exige que a limitação dos direitos fundamentais de cada um se cinja ao indispensável para a proteção do interesse público. Este princípio deve revestir-se de particulares exigências no contexto tutelar educativo, não obstante a necessidade de se “facilitar” a prova do facto para chegar a tarefas mais importantes, relacionadas com a educação do menor para o direito.

Cabe ao juiz a avaliação última da possibilidade de empreendimento de outras medidas menos lesivas, não devendo as dúvidas sobre a proporcionalidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais resolver-se contra o titular desse direito. É a restrição do gozo do direito que constitui a exceção, não a plenitude do seu gozo. Significa isto que é a intervenção restritiva que demanda fundamentação alicerçada em dados que permitam afirmar a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida³¹.

³⁰ Depois de analisados os pressupostos materiais de que a lei faz depender a admissibilidade das escutas telefónicas – preordenação à perseguição de crimes de catálogo, dependência da existência de uma forma qualificada de suspeita da prática do facto, subordinação a um princípio de subsidiariedade e limitação a um universo limitado de pessoas ou ligações telefónicas. Está aqui em causa uma dupla exigência:

– por um lado, não será legítimo ordenar as escutas telefónicas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançados por meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais;

– por outro, não basta a constatação de que a prova requerida não pode, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançada por meio menos drástico de devassa, sendo também necessário que a escuta se revele um meio em concreto adequado a mediatizar aquele resultado, ou seja, a chamada exigência de idoneidade – cf. Costa Andrade, *Sobre as Proibições ... cit.*, pp. 290 e 291.

³¹ Ver Acórdão do TRE de 9-3-2010.

– Refletir sobre as implicações da não existência de outros elementos de prova.

A não existência de outros elementos de prova que possam indiciar a prática de ilícito não constitui motivo para indeferir as escutas (no contexto do processo penal), uma vez que a lei processual penal não exige a realização de outros meios de investigação e de prova em momento anterior a uma ordem judicial de interceção telefónica³².

E na LTE?

É fundamental, no entanto, que existam motivos e razões de convencimento por parte do juiz para crer que a diligência é fundamental para a descoberta da verdade e da prova, que de outra forma seria impossível ou muito difícil de obter, não sendo necessário que existam já consolidados os indícios da prática de um facto ilícito.

³² Como decidido no Acórdão do TRL de 8-5-2018.

III. Adoção - a filiação afetiva

Workshops
**Direito da
Família e das
Crianças**

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. ADOÇÃO – A FILIAÇÃO AFETIVA: CASOS PRÁTICOS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

Ana Teresa Leal¹

Chandra Gracias²

Maria Oliveira Mendes³

Pedro Raposo de Figueiredo⁴

Ana M. Castro⁵

Casos práticos

Propostas de solução

Ação de Formação *Workshop* Adoção – A filiação afetiva



ADOÇÃO – A FILIAÇÃO AFETIVA

Docentes da Jurisdição da Família e Crianças
Workshop: Coimbra, 31 de março de 2023

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

¹ Procuradora-geral Adjunta e Diretora-Adjunta do CEJ.

² Juíza de Direito e docente do CEJ até julho de 2023.

³ Procuradora da República e Coordenadora da Jurisdição do Direito da Família e das Crianças.

⁴ Juiz de Direito e Coordenador da Formação do CEJ.

⁵ Procuradora da República e docente do CEJ.

Agenda

Tema 1

Quem pode ser adotado?

1.a. Os requisitos gerais - *Ana Teresa Leal*

1.b. A idade para ser adotado – *Chandra Gracias*

Tema 2

Os consentimentos para a adoção.

Consequências da revogação da al. b) do n.º

3 do art. 1981.º - *Maria Oliveira Mendes*

Tema 3

O processo judicial de adoção. Requerimento inicial e o dever de gestão processual – *Pedro*

Raposo de Figueiredo



**Quem pode ser adotado?
A propósito dos requisitos gerais dos
arts. 1979.º e 1980.º CC**

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ana Teresa Leal

Quem pode ser adoptado?*A propósito dos requisitos gerais dos arts. 1979.º e 1980.º do Código Civil***Quem pode ser adotado?***A propósito dos requisitos gerais*

Filipa de 40 anos e Georgina de 35 anos vivem em união de facto há 12 anos.

Filipa tem a seu cargo o sobrinho Rafael, desde que ele tinha 5 anos de idade, primeiro no âmbito de uma medida de promoção e protecção de confiança a outro familiar e depois por decisão tutelar cível de confiança a terceira pessoa.

O Rafael tem atualmente 16 anos.

Filipa e Georgina apresentaram a sua candidatura à adoção de Rafael nos Serviços da Segurança Social e a sua pretensão foi avaliada favoravelmente.

Rafael, já com 16 anos, foi confiado administrativamente ao casal, na modalidade de confirmação de permanência a cargo de candidato à adoção.

A pretensão de Filipa e Georgina em adotar Rafael pode ser decidida favoravelmente tendo em conta os requisitos exigidos pelos arts. 1979.º e 1980.º do CC?

E caso não tivesse havido confiança administrativa, poderia ser decidida favoravelmente a adoção de Rafael por Filipa e Georgina?

O CASO

1. Filipa de 40 anos e Georgina de 35 anos vivem em união de facto há 12 anos.
2. Filipa tem a seu cargo o sobrinho Rafael, desde que este tinha 5 anos de idade, primeiro no âmbito de uma medida de promoção e protecção de confiança a outro familiar e depois por decisão tutelar cível de confiança a terceira pessoa.
3. Rafael conta, actualmente, com 16 anos de idade.
4. Filipa e Georgina apresentaram a sua candidatura à adopção de Rafael nos Serviços da Segurança Social e a sua pretensão foi avaliada favoravelmente.
5. Rafael, já com 16 anos, foi confiado administrativamente ao casal, na modalidade de confirmação de permanência a cargo de candidato à adopção.

QUESTÕES

- * A pretensão de Filipa e Georgina em adoptar Rafael pode ser decidida favoravelmente tendo em conta os requisitos exigidos pelos arts. 1979.º e 1980.º do Código Civil?
- * E caso não tivesse havido confiança administrativa, poderia ser decidida favoravelmente a adoção de Rafael, por Filipa e Georgina?

ENQUADRAMENTO

- *Saber se a adopção é viável quanto aos adoptantes (art. 1979.º do Código Civil)*

– Adopção conjunta por duas pessoas casadas há mais de 4 anos, ou que vivam em união de facto, desde que ambas tenham mais de 25 anos – cf. art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (Protecção das Uniões de Facto).

– Admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoa casada com cônjuge do mesmo sexo (arts. 3.º e 5.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, com a alteração introduzida pela Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro, diploma que eliminou as discriminações no acesso à adoção).

– Pessoa que não tenha mais de 60 anos à data em que o adoptando lhe for confiado, sendo que a partir dos 50 anos, a diferença de idades entre o adoptante e o adoptando não poderá ser superior a 50 anos.

- *Saber se a adoção é viável quanto ao adoptado (art. 1980.º do Código Civil)*

Pode ser adoptada criança ou jovem que tenha sido confiado ao adoptante mediante confiança administrativa (art. 1980.º, n.º 1, do Código Civil).

A decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção depende de prévia decisão de confiança administrativa (art. 34.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adopção), certo que a confiança administrativa resulta de uma decisão do organismo de segurança social (art. 34.º, n.ºs 1, al. b), e 2, al. b), do Regime Jurídico do Processo de Adopção).

Esta decisão obedece aos requisitos do art. 36.º do Regime Jurídico do Processo de Adopção – audição obrigatória da criança ou jovem e sua não oposição (idade superior a 12 anos ou inferior, considerando o grau de maturidade e discernimento); audição do representante legal e/ou de quem tiver a guarda de facto ou de direito; possibilidade de formulação de um juízo de prognose favorável na compatibilização das necessidades da criança e capacidades do candidato, correspondendo ao seu superior interesse.

A confiança administrativa pode consistir na entrega da criança ou jovem relativamente à qual tenha sido prestado consentimento prévio ao candidato a adoptante (art. 34.º, n.º 2, al. a), do Regime Jurídico do Processo de Adopção), ou na confirmação de permanência da criança ou jovem a cargo de candidato a adoção que já exerça as responsabilidades parentais sobre ela (art. 34.º, n.º 2, al. b), do Regime Jurídico do Processo de Adopção).

A decisão de confiança administrativa na modalidade de confirmação de permanência da criança a cargo do candidato a adoptante pressupõe que o exercício das responsabilidades parentais lhe haja sido previamente atribuído no âmbito de processo tutelar cível (art. 36.º, n.º 8, al. a), do Regime Jurídico do Processo de Adopção).

Pode ser adoptada criança ou jovem que tenha menos de 15 anos à data do requerimento de adoção (art. 1980.º, n.º 2, do Código Civil); ora, Rafael já tinha 16 anos quando foi confiado administrativamente.

Excepcionalmente, no entanto, pode ser adoptado quem à data do requerimento, tenha menos de 18 anos quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado a um dos adoptantes (art. 1980.º, n.º 3, do Código Civil).

Discussão sobre a interpretação desta «confiança»: compreender sistematicamente o preceito e entender este conceito do n.º 3 em sentido lato, não o restringindo à confiança administrativa.

Deste modo, o termo «confiado aos adoptantes ou a um deles» deve ser interpretado como englobando quer a confiança administrativa, tal como prevista no n.º 1 – decisão de confiança administrativa na modalidade de confirmação de permanência a cargo de candidato a adopção –, quer a confiança no âmbito de processo judicial de natureza diversa.

No caso, as responsabilidades parentais de Rafael estavam, por decisões judiciais proferidas no âmbito de processo de promoção e protecção e processo tutelar cível, entregues à candidata à adopção desde os seus 5 anos de idade, pelo que, segundo esta interpretação do n.º 3 do art. 1980.º – a que melhor salvaguarda os interesses deste jovem –, a sua adopção é possível.

Este entendimento segue de perto o decidido no Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Fevereiro de 2021, em cujo sumário se pode ler *«Para que o direito responda às necessidades da vida e para que o interesse do adotando seja completamente protegido, deve entender-se que a expressão “confiança”, ínsita no artigo 1980.º, n.º 3 do Código Civil, tem um sentido amplo, englobando a confiança da criança a uma terceira pessoa, ao abrigo de uma medida de protecção (por exemplo, apoio junto de outro familiar ou confiança a pessoa idónea), ou, ao abrigo de uma decisão judicial proferida num processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.*

II. Verifica-se o requisito de adotabilidade – capacidade da adotanda – nos casos em que, tendo a confiança administrativa com vista a futura adopção sido decretada depois de a menor atingir mais de 15 anos de idade, se demonstre que a guarda da menor foi confiada, antes de esta completar 15 anos, à requerente da adopção, por acordo entre esta e os pais biológicos, homologado pelo tribunal num processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.»


Apelando, porém, aos princípios da jurisdição voluntária, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou em aresto de 8 de Junho de 2017 (Proc. n.º 4692/16.0T8VFX.L1- 8), poder ser adoptado jovem com mais de 15 anos sem que anteriormente à declaração da confiança administrativa tivesse sido atribuído o exercício das responsabilidades parentais ao candidato, titulando juridicamente um laço de afecto recíproco.

- *Saber o que aconteceria se não tivesse havido confiança administrativa de Rafael*

Discussão sobre se na interpretação desta «confiança» se engloba a meramente de facto e/ou se resultante de providência tutelar cível (art. 1918.º do Código Civil), ou apenas a confiança administrativa e/ou confiança com vista a futura adopção, tal como prevista no art. 35.º, n.º 1, al. g), da Lei de Promoção de Crianças e Jovens em Perigo.

Para permitir o alargamento da idade do adoptado, a interpretação do n.º 3 não pode ir além do conceito de adoptabilidade.

Assim, não tendo existido prévia confiança administrativa do Rafael, não pode considerar-se que este jovem se encontre em situação jurídica de adoptabilidade (art. 1980.º do Código Civil), porquanto não se verifica qualquer dos pressupostos exigidos pelo art. 34.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adopção.




A idade para ser adoptado

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Chandra Gracias

A idade para ser adoptado?

A propósito dos requisitos gerais do art. 1980.º do Código Civil



A idade para ser adoptado

*A propósito dos requisitos gerais
do art. 1980.º CC*

O caso:

- A acção de adopção deu entrada em 9 de Março de 2021;
- O adoptando perfez 18 anos em 20 de Agosto de 2020;
- Viveu sempre com a mãe, e também o marido desta – o adoptante –, desde os seus 5 anos de idade;
- O adoptante comunicou à Segurança Social a intenção de o adoptar em 19 de Agosto de 2020, iniciando-se o procedimento administrativo;
- Aqueles desenvolveram entre si uma relação de afecto e cuidado própria de pai e filho, tratam-se assim, e são vistos por todos como tal;
- Do casamento da mãe do adoptando com o adoptante nasceram 2 filhos comuns.

O CASO

1. A acção de adopção deu entrada em 9 de Março de 2021.
2. O adoptando perfez 18 anos em 20 de Agosto de 2020.
3. Viveu sempre com a mãe, e também o marido desta – o adoptante –, desde os seus 5 anos de idade.
4. O adoptante comunicou à Segurança Social a intenção de o adoptar em 19 de Agosto de 2020, iniciando-se o procedimento administrativo.
5. Aqueles desenvolveram entre si uma relação de afecto e cuidado própria de pai e filho, tratam-se assim, e são vistos por todos como tal.
6. Do casamento da mãe do adoptando com o adoptante nasceram 2 filhos comuns.



A idade para ser adoptado

*A propósito dos requisitos gerais
do art. 1980.º CC*

A Decisão de 1.ª instância:

Não aplicou a norma do art. 1980.º, n.º 3, do Código Civil, quando interpretada no sentido de excluir a possibilidade de ser requerida a adopção de um jovem com mais de 18 anos por quem o trata como filho desde os 5 anos de idade, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação efectiva de afecto, cuidado e assistência, própria de pai e filho.

Quid iuris?

A Decisão de 1.ª instância:

Não aplicou a norma do art. 1980.º, n.º 3, do Código Civil, quando interpretada no sentido de excluir a possibilidade de ser requerida a adopção de um jovem com mais de 18 anos por quem o trata como filho desde os 5 anos de idade, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação efectiva de afecto, cuidado e assistência, própria de pai e filho.

QUESTÕES

- * Qual a leitura que deve fazer-se do art. 1980.º, n.º 3, do Código Civil, no que ao pressuposto etário diz respeito?
- * Será, agora, admissível a adopção de maiores de idade, filhos do cônjuge?
- * O «requerimento» a que alude o art. 1980.º é apenas o da fase judicial?

ENQUADRAMENTO

– A adopção, as fases do projecto adoptivo e a natureza de jurisdição voluntária da sua fase final: arts. 9.º, n.º 1, 16.º, 20.º e 21.º, todos da Convenção sobre os Direitos da Criança, e 12.º e 16.º, n.º 3, ambos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Princípios 2.º, 6.º, 7.º e 9.º da Declaração dos Direitos da Criança (todas *ex vi* art. 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), arts. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e 7.º e 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Princípios de Direito Europeu da Família n.ºs 3.1, 3.2, 3.3, 3.6, 3.7, 3.9, 3.17, 3.30, al. c), 3.35, e 3.37, e Princípios 2.º e 3.º da Recomendação R 84 (4) do Comité de Ministros (todos *ex vi* art. 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), arts. 36.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa, 1576.º, 1586.º e 1974.º do Código Civil, 2.º, als. b), c), d), e h), 3.º, al. a), 31.º e 40.º, todos do Regime Jurídico do Processo de Adopção, e 986.º a 988.º do Código de Processo Civil.

– O pressuposto etário: arts. 1980.º, n.º 3, do Código Civil, e 43.º, n.º 5, do Regime Jurídico do Processo de Adopção.

– O início da fase judicial: art. 52.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adopção.

– Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Novo e Silva v. Portugal, Proc. n.º 53615/08 - 2.ª Secção, de 25 de Setembro de 2012: Processo equitativo, duração excessiva do processo adoptivo, exigência de particular celeridade, exercício do princípio do contraditório.

– Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 320/2000: decidiu não julgar inconstitucional a norma contida no n.º 2 do artigo 1977.º do Código Civil, conjugada com parte do n.º 2 do artigo 1980.º, segundo a qual é requisito da conversão da adopção restrita em adopção plena a menoridade do adoptado.

– Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/2003: decidiu não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 1980.º do Código Civil, “[...] na interpretação de que o requisito da menoridade deve existir no momento da propositura da acção e não do pedido feito ao organismo da segurança social”.

– O Acórdão da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, com o n.º 132/2022, exarado no Proc. n.º 533/2021, de 15 de Fevereiro de 2022,⁶ debruçando-se sobre a situação vertente,

⁶ Acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220132.html>.

entendeu que a questão da inconstitucionalidade se centrava em saber se a circunstância da maioridade do adotando se completar durante a fase administrativa podia, à luz da Constituição, ser impeditiva da constituição do vínculo da adoção.

E delimitou que «O recurso tem por objeto a norma contida no n.º 3 do artigo 1980.º do Código Civil, interpretado no sentido segundo o qual se exclui a possibilidade de adoção de um jovem com idade superior a 18 anos à data de entrada do requerimento do adotante no tribunal, quando se trate de filho do cônjuge do requerente, tratado pelo adotante como filho desde a infância, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação de afeto, cuidado e assistência idêntica às que habitualmente se estabelecem entre pai e filho, quando aplicado aos casos em que, à data em que o candidato a adotante apresentou o requerimento inicial junto do organismo de Segurança Social, o adotando fosse menor e não emancipado, atingindo a maioridade no decurso da fase administrativa do processo de adoção».

Na sua fundamentação, reiterou que «...a Constituição não veda ao legislador ordinário a previsão da menoridade como requisito geral do instituto da adoção», como afirmado em anterior Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/2003.

E partindo da análise da restrição atinente não só ao próprio instituto da adoção, com tutela constitucional, mas à própria substância da ligação familiar, ponderou a restrição dessa proporcionalidade.

Nos moldes do art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, operou os testes de concretização do princípio da proporcionalidade, em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, vindo a considerar que a norma do art. 1980.º, n.º 3, do Código Civil, não satisfazia o derradeiro teste de proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito).

Sendo assim, decidiu:

«a) julgar inconstitucional a norma contida no n.º 3 do artigo 1980.º do Código Civil, interpretado no sentido segundo o qual se exclui a possibilidade de adoção de um jovem com idade superior a 18 anos à data de entrada do requerimento do adotante no tribunal, quando se trate de filho do cônjuge do requerente, tratado pelo adotante como filho desde a infância, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação de afeto, cuidado e assistência idêntica às que habitualmente se estabelecem entre pai e filho, quando aplicado aos casos em que, à data em que o candidato a adotante apresentou o requerimento inicial junto do organismo de Segurança Social, o adotando fosse menor e não emancipado, atingindo a maioridade no decurso da fase administrativa do processo de adoção;».

– Voto de vencida da Sra. Juiz Conselheira Maria Benedita Urbano, segundo o qual:

O Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional propendeu no sentido que a manifestação da vontade de adoptar no dia anterior ao da maioridade, apresentando *requerimento na Segurança Social*, é suficiente (a lei não exige que o *requerimento seja no Tribunal*).

«Não acompanho o projeto de acórdão quanto à decisão e quanto a parte da fundamentação em que a mesma assenta.

[...] temos por certo que o requerimento a que se refere o n.º 3 do artigo 1980.º do CC é o requerimento que dá início à fase judicial do processo de adoção. Para aí chegar, considerou-se, de forma genérica, que a grande maioria dos preceitos que, no CC, regulam a adoção (arts. 1973.º a 1991.º do CC) – e onde está inserido o preceito em causa – dizem respeito à fase judicial. Acresce a isto que da leitura do n.º 3 do artigo 1980.º do CC resulta que o “requerimento” acontece após a fase da confiança administrativa, depois, portanto, da entrega do requerimento que dá início à fase administrativa que ocorre antes.

[...] nada impede o legislador ordinário de estabelecer um limite de idade máximo – o requisito de menoridade – para efeitos de condicionar a possibilidade da adoção. Pelo contrário, esse limite de idade máximo afigura-se de pleno sentido se tivermos em mente o propósito da adoção. Que é o de proporcionar um ambiente familiar normal às crianças que, por motivos vários, não o tinham.

[...] o artigo 1974.º, n.º 1, do CC, fala no superior interesse da criança. Criança que o mesmo CC entende ser um menor até aos quinze (15) anos de idade (cfr. o n.º 2 do artigo 1890.º: “O adotando deve ter menos de 15 anos à data do requerimento de adoção”). Ou seja, a solução-regra para efeitos de adoção são os quinze (15) anos de idade; só excepcionalmente um menor poderá ser adotado até aos dezoito (18) anos de idade. Argumentos como o da necessidade de assegurar a transmissão do património ou do apelido ou, também, o de consolidar afetos não devem ser considerados como argumentos suficientemente sólidos para afastar a solução escolhida pelo legislador, pois nem sequer correspondem ao propósito da adoção. O qual, por todo o exposto, já nem sequer tem razão de ser no caso relatado nos presentes autos em que o potencial adotado já completou os dezoito anos antes do requerimento mencionado no n.º 3 do artigo 1980.º do CC. Igualmente se rejeita a ideia de haver a necessidade ou a conveniência de assegurar um tratamento idêntico entre filhos e enteados (meios irmãos entre si), igualmente alheio à figura da adoção. Diga-se, em abono da verdade, que a solução legislativa em apreciação não impede que venha a acontecer esse tratamento jurídico idêntico entre meios irmãos – apenas o atraso no início do processo de adoção, não imputável a terceiros, o impediu. Além de que não existe propriamente um direito a ser tratado por igual com essa caracterização. O que nos leva para uma outra questão que também é importante esclarecer. Não está constitucionalmente previsto um direito a ser adotado, nem sequer como refração do direito a constituir família, consagrado no n.º 1 do artigo 36.º da CRP.

O n.º 7 deste dispositivo trata autonomamente a questão da adoção e nele se consagra de forma expressa uma garantia institucional e não um direito fundamental.»

Chamando à colação o Acórdão n.º 551/2003, adianta que «A argumentação expandida é transponível para os presentes autos, esvaziando, segundo cremos, o argumento do desrespeito do terceiro teste de proporcionalidade pela norma que impõe a verificação do requisito de menoridade no momento da apresentação do requerimento judicial. Com efeito, e por um lado, a fase administrativa-instrutória é sempre necessária, mesmo quando o potencial adotado, filho do cônjuge, já vive com o requerente de adoção. Por outro lado, o legislador esteve atento a este particular circunstancialismo, abreviando o período de pré-adoção para três meses. Por último, a exigência da menoridade no início da fase administrativa não impede o desencadear atempado do processo de adoção.

[...] Em conclusão, e em primeiro lugar, diríamos que a solução jurídica que se impugna – por se considerar que a interpretação segundo a qual a menoridade do adotando deve aferir-se por referência à data do início da fase judicial – não deixa de garantir plenamente o propósito da adoção e, pelos motivos expostos, não se mostra desproporcionada, qualquer que seja a dimensão deste princípio que se tome em consideração.

Em segundo lugar, o circunstancialismo próprio dos presentes autos não justifica que se considere estarmos perante um caso-limite com o intuito de proporcionar um tratamento jurídico excepcional ao potencial adotado.»




Dispensa de consentimento

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

Maria de Oliveira Mendes

Os consentimentos para a adoção

Consequências da revogação da al. b) do n.º 3 do art. 1981.º do Código Civil



Dispensa de Consentimento

O Caso:

Mariana, de 13 anos, vive com a madrinha, Luísa, desde os 2 anos.

No âmbito de PPP beneficiou de medida de confiança a pessoa idónea e, mais tarde, em PTC foi confiada à guarda e cuidados da madrinha.

Os pais não mantêm qualquer relação com a filha, nem contribuem para o seu sustento.

A madrinha candidatou-se à adoção e, apesar da oposição do pai, foi-lhe atribuída a confiança administrativa de Mariana ao abrigo do disposto no art. 34.º, n.º 2, al. b), do RJPA.

Deu entrada o processo de adoção e, no âmbito deste, foram realizadas diligências para audição dos progenitores, tendo, nessa sequência a mãe dado o consentimento à adoção.

O CASO

1. Mariana, de 13 anos, vive com a madrinha, Luísa, desde os 2 anos.
2. No âmbito de Processo Judicial de Promoção e Proteção, beneficiou de medida de confiança a pessoa idónea e, mais tarde, em providência tutelar cível foi confiada à guarda e cuidados da madrinha.
3. Os pais não mantêm qualquer relação com a filha, não contribuindo também para o seu sustento.
4. A madrinha candidatou-se à adoção e, apesar da oposição do pai, foi-lhe atribuída a confiança administrativa de Mariana, ao abrigo do disposto no art. 34.º, n.º 2, al. b), do Regime Jurídico do Processo de Adoção.
5. Deu entrada o processo de adoção e, no âmbito deste, foram realizadas diligências para audição dos progenitores, tendo, nessa sequência a mãe dado o consentimento à adoção.



Dispensa de Consentimento

Hipótese 1:

Apesar de devidamente notificado o pai de Mariana não compareceu em tribunal tendo sido infrutíferas as diligências encetadas posteriormente para o localizar.

- a) Que relevância dar à oposição manifestada pelo progenitor no âmbito do processo de confiança administrativa?
- b) Estão reunidos os pressupostos para a dispensa de consentimento à luz do art. 1981.º, n.º 3, al. a), do CC?

Hipótese 2:

O pai de Mariana não deu o consentimento à adoção da sua filha.

Como ultrapassar a situação com vista à concretização do projeto de adoção de Mariana?

Hipótese 1:

Apesar de devidamente notificado o pai de Mariana não compareceu em tribunal tendo sido infrutíferas as diligências encetadas posteriormente para o localizar.

Hipótese 2:

O pai de Mariana não deu o consentimento à adoção da sua filha.

ENQUADRAMENTO

Como se sabe, a confiança da criança ao adotante, seja por via da confiança administrativa, seja por força da medida de confiança com vista a futura adoção decretada no âmbito de processo judicial de promoção e proteção (arts. 2.º, al. c), e 34.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção) surge como um requisito essencial à constituição do vínculo adotivo.

Porém, não basta a satisfação de tal pressuposto legal para que a adoção seja decretada, revelando-se de particular importância, para além dos requisitos gerais enunciados no art. 1974.º do Código Civil, e os de legalidade estrita, quanto ao adotante e ao adotando (arts 1979.º e 1980.º do Código Civil) a verificação dos necessários consentimentos, particularmente o consentimento dos progenitores.

De facto, a lei não prescinde da colaboração dos progenitores, cuidando de acautelar a sua posição.

Porque assim é, o art. 54.º, n.º 1, al. b), do Regime Jurídico do Processo de Adoção, estipula que as pessoas cujo consentimento a lei exija e não haja sido previamente prestado ou dispensado devem ser ouvidas pelo juiz, com a presença do Ministério Público. Entre essas pessoas constam os «pais do adotando, ainda que menores e mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais, desde que não tenha havido medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção» – art. 1981.º, n.º 1, al. c), do Código Civil.

No nosso caso, Mariana tinha sido confiada administrativamente a Luísa, na modalidade de confirmação de permanência a cargo (art. 34.º, n.º 2, al. b), do Regime Jurídico do Processo de Adoção).

Porém, a verificação de tal pressuposto essencial, de natureza administrativa, não dispensava o consentimento dos progenitores para a adoção da criança, questão que se colocava uma vez que Mariana não beneficiava de medida de confiança com vista a futura adoção e só a mãe tinha dado o consentimento prévio à adoção.

Em situações como esta não pode o juiz deixar de proceder à averiguação dos pressupostos da dispensa do consentimento dos pais do adotando, ou das pessoas que em sua substituição o devam prestar, enquanto condições necessárias para que o tribunal possa constituir o vínculo da adoção, no âmbito de incidente próprio no processo de adoção, em conformidade com o art. 55.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

A possibilidade de tais consentimentos virem a ser dispensados pelo tribunal tem agora o seu alcance limitado ao elenco das situações enumeradas nas alíneas a) e c), do n.º 3, do art. 1981.º do Código Civil.

Com efeito, o tribunal pode, excecionalmente, dispensar o consentimento das pessoas que o deveriam prestar no caso de estarem privadas do uso das faculdades mentais, ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em as ouvir [al. a)] e pode dispensar o

consentimento dos pais do adotando se estiverem inibidos do exercício das responsabilidades parentais, nos termos e prazos enunciados na al. c).

O diploma que aprovou o Regime Jurídico do Processo de Adoção revogou a al. b), do n.º 3, do art. 1981.º do Código Civil, a qual permitia a dispensa de consentimento noutras situações. Até então, o tribunal podia dispensar o consentimento dos pais do adotando, ascendente, colateral até ao 3.º grau ou tutor quando se verificasse alguma das situações que fundamentam a confiança com vista a futura adoção que estão previstas no art. 1978.º do Código Civil, designadamente:

- o abandono da criança;
- o perigo grave para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança, fosse por omissão ou ação ou por manifesta incapacidade;
- e o desinteresse manifestado relativamente a criança acolhida durante pelo menos os três meses que antecederam o pedido de confiança.

A revogação da alínea b), do n.º 3, do art. 1981.º do Código Civil veio aportar dificuldades acrescidas no decretamento da adoção nas situações como a do nosso caso, de confiança administrativa titulada, quando o progenitor (ausente, desinteressado, ou maltratante, ainda que por omissão), não comparece às convocatórias ou não dá o seu consentimento à adoção.

QUESTÕES

Hipótese 1

- * Que relevância dar à oposição manifestada pelo progenitor no âmbito do processo de confiança administrativa?
- * Estão reunidos os pressupostos para a dispensa de consentimento à luz do art. 1981.º, n.º 3, do Código Civil?

Hipótese 2

- * Face ao não consentimento do pai de Mariana como ultrapassar a situação com vista à concretização do projeto de adoção?

Soluções possíveis:

Hipótese 1

Apesar de devidamente notificado o pai de Mariana não compareceu em tribunal tendo sido infrutíferas as diligências encetadas posteriormente para o localizar.

Que relevância dar à oposição manifestada pelo progenitor no âmbito do processo de confiança administrativa?

A prévia declaração do progenitor não releva para efeitos do processo de adoção, tendo que ser ouvido nos termos do art. 54.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção. O seu consentimento pode vir a ser dispensado, se se verificarem os pressupostos legais.

Questão diferente é se poderia ter sido decretada a confiança administrativa perante a oposição do progenitor face ao disposto no art. 36.º, n.º 4, do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Estão reunidos os pressupostos para a dispensa de consentimento à luz do art. 1981.º, n.º 3, do Código Civil?


Nos termos do disposto no art. 1981.º, n.º 3, al. a), do Código Civil, o tribunal pode dispensar o consentimento das pessoas que o deveriam prestar se estiverem privadas do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em as ouvir.

Atentas as diligências desenvolvidas no processo com vista à audição do progenitor da Mariana, que vieram a revelar-se infrutíferas, entorpecendo o regular processamento do processo de adoção, violando o dever de colaboração no sentido da boa decisão do processo de adoção relativo à sua filha, cujo interesse superior tem que prevalecer (cf. art. 3.º, als. a) e e), do Regime Jurídico do Processo de Adoção), impõe-se concluir que houve grave dificuldade em ouvir o progenitor e, como tal, se encontram verificados os pressupostos para a dispensa de consentimento.

Hipótese 2

Como ultrapassar a situação com vista à concretização do projeto de adoção de Mariana?

- O Ministério Público pode iniciar processo de promoção e proteção, ao abrigo do art. 3.º, al. d), e 11.º, n.º 2, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (situação de «perigo jurídico») com vista à futura prolação de medida de confiança com vista à adoção (arts. 35.º, al. g), e 38.º-A, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), a qual dispensa o consentimento do progenitor (art. 1981.º, n.º 3, al. c), do Código Civil);
- O Ministério Público pode desencadear processo com vista à inibição do exercício das responsabilidades parentais (arts. 19015.º do Código Civil, e 52.º a 57.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível), a qual, uma vez decretada e decorridos os prazos do art. 1981.º, n.º 3, al. c), do Código Civil, poderá conduzir à dispensa do consentimento.




**O processo judicial de adoção:
Requerimento inicial e o dever de gestão
processual**

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

Pedro Raposo de Figueiredo

**O processo judicial de adoção
Requerimento inicial e o dever de gestão processual**



**O processo judicial de adoção.
Requerimento inicial e o dever de
gestão processual**

Caso 1

Ação para constituição do vínculo de adoção foi instaurada pela mãe da criança e pelo seu marido, tendo em vista a respetiva adoção.

Factos alegados:

- A criança nasceu a 12/02/2003, sendo filha da requerente e do seu primeiro marido, os quais se divorciaram em 15 de fevereiro de 2006.
- O pai nunca pagou a pensão de alimentos nem visitou o filho ou sequer revelou qualquer vontade em estabelecer contacto com o mesmo.
- A 21 de setembro de 2014, a requerente casou com o requerente (adotante), que nasceu a 4 de julho de 1988 e não tem filhos.
- A criança reside com o marido da mãe desde os seus 9 anos de idade e estabeleceu com ele uma relação em tudo idêntica à relação parental, tratando-o por "pai".
- O requerente também trata o filho da requerente como seu filho, suportando inclusive as despesas relativas à sua manutenção, sustento e educação.
- O requerente nunca comunicou à Segurança Social a sua intenção de adotar o filho do cônjuge, não tendo sido avaliado para esse efeito, nem tendo havido qualquer período de pré-adoção.
- O pai da criança não prestou consentimento prévio para a adoção e, malgrado o incumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais e a circunstância de ter sido condenado pela prática do crime de violação da obrigação de alimentos, não foi inibido do exercício das responsabilidades parentais.

- Ação para constituição do vínculo de adoção instaurada pela mãe da criança e pelo seu marido, tendo em vista a respetiva adoção.

O CASO

1. A criança nasceu em 12 de fevereiro de 2003, sendo filha da requerente e do seu primeiro marido, os quais se divorciaram em 15 de fevereiro de 2006.
2. O pai nunca pagou a pensão de alimentos nem visitou o filho ou sequer revelou qualquer vontade em estabelecer contacto com o mesmo.
3. A 21 de setembro de 2014, a requerente casou com o requerente (adotante), que nasceu em 4 de julho de 1988 e não tem filhos.
4. A criança reside com o marido da mãe desde os seus 9 anos de idade e estabeleceu com ele uma relação em tudo idêntica à relação parental, tratando-o por «pai».
5. O requerente também trata o filho da requerente como seu filho, suportando inclusive as despesas relativas à sua manutenção, sustento e educação.
6. O requerente nunca comunicou à Segurança Social a sua intenção de adotar o filho do cônjuge, não tendo sido avaliado para esse efeito, nem tendo havido qualquer período de pré-adoção.
7. O pai da criança não prestou consentimento prévio para a adoção e, malgrado o incumprimento do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais e a circunstância de ter sido condenado pela prática do crime de violação da obrigação de alimentos, não foi inibido do exercício das responsabilidades parentais.

QUESTÕES

- * Estão reunidos os pressupostos substantivos para que a ação com vista à constituição do vínculo da adoção proceda?
- * Quais os desfechos possíveis desta acção?

ENQUADRAMENTO

Em primeiro lugar deve assinalar-se que esta ação já está pendente em Tribunal, e que visa a adoção de filho de cônjuge.

Contudo, há dois obstáculos intransponíveis à constituição do vínculo da adoção sem mais:

1. do lado da criança adotanda: a adotabilidade é a «situação jurídica da criança beneficiária de uma decisão judicial ou administrativa de confiança com vista à adoção», de acordo com o art. 2.º, al. c), do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Nos termos do art. 34.º, n.º 1, als. a) e b), do Regime Jurídico do Processo de Adoção, a prolação da decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção depende de ter havido *previamente*, ou uma declaração de adotabilidade no âmbito de ação protetiva (com a aplicação da medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, segundo consta do art. 35.º, n.º 1, al. g), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), ou uma decisão de confiança administrativa, reunidos que estejam os necessários requisitos.

Na linha do art. 8.º, al. g), refere o art. 34.º, n.º 2, ambos do Regime Jurídico do Processo de Adoção, que a indicada confiança administrativa resulta de decisão do organismo de segurança social e pode revestir duas modalidades:

- a que proceda à entrega de criança, relativamente à qual haja sido prestado consentimento prévio para a adoção, ao candidato a adotante; ou
- a que confirme a permanência de criança a cargo do candidato a adotante que sobre ela exerça já as responsabilidades parentais, nos termos previstos na alínea a) do n.º 8 do artigo 36.º.

Conjugando agora com o disposto no art. 36.º, n.º 8, al. a), do Regime, verifica-se que tal decisão de confiança administrativa na modalidade de confirmação da permanência da criança a cargo do candidato a adotante implica que o exercício das responsabilidades parentais relativas à esfera pessoal da criança haja sido previamente atribuído àquele, em sede de providência tutelar cível.

Ora, tendo presente o teor destas normas e confrontando-as com a leitura dos factos acima enunciados, constata-se que a criança não se encontra em situação de adotabilidade.

2. do lado do adotante: o art. 2.º, al. h), do Regime, define o processo de adoção como o «...conjunto de procedimentos de natureza administrativa e judicial, integrando designadamente atos de preparação e atos avaliativos, tendo em vista a prolação da decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção, a qual ocorre na sequência de uma decisão de adotabilidade ou de avaliação favorável da pretensão de adoção de filho do cônjuge;».

Tendo esta noção presente, o art. 8.º, als. d), f) e i), e de forma explícita os arts. 34.º, n.ºs 1, al. c), 2, e 3, e 36.º, n.º 8, al. b), todos do Regime, conclui-se que a constituição do vínculo da adoção exige, obrigatória e previamente, a existência de avaliação favorável da pretensão expressa pelo candidato a adotante relativamente à adoção do filho do cônjuge, tendo em conta o superior interesse da criança.

Mais, a citada avaliação tem lugar na sequência do período de pré-adoção, usualmente não superior a três meses, e que se inicia imediatamente após a formulação da pretensão pelo candidato a adotante.

E é evidente que para que a avaliação seja realizada, se pressupõe necessariamente que o candidato a adotante já tenha manifestado essa intenção junto do organismo de segurança social.

Em suma, da análise dos preceitos legais e do facto provado n.º 6, extrai-se que também do lado do adotante não se encontram reunidos os pressupostos para a constituição do vínculo da adoção, seja porque o mesmo não se inscreveu nessa qualidade, nem foi avaliado, seja porque não foi houve, sequer, período de pré-adoção.

A questão que então agora se suscita é a de saber que decisão deve ser proferida no processo – arts. 28.º e 29.º, al. e), do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Há duas hipóteses principais:

- A)** A de indeferir liminarmente a petição inicial, caso se entenda que este tipo de ação comporta este despacho judicial.

O adotante e a mãe da criança adotanda devem ser expeditamente encaminhados para o organismo de segurança social, para que haja título jurídico de adotabilidade da criança, a par da apreciação da situação vivencial do adotante, em si mesma considerada, e no seu relacionamento com a criança – art. 3.º, als. b), e) e f), do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Em nova ação, se ainda se revelar pertinente, será averiguado se o progenitor consente ou não nessa adoção.

- B)** A de suspender os termos da instância adotiva, a fim que se possa suprir a ausência dos pressupostos antes assinalados – arts. 269.º, n.º 1, al. c), e 272.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Civil, ex vi art. 31.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Se é certo que formalmente pode contender com a natureza urgente dos autos (art. 32.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção), pode ser a única via de legalmente ir ao encontro do princípio do superior interesse da criança – arts. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, e 3.º, al. a), do Regime Jurídico do Processo de Adoção.



O processo judicial de adoção. Requerimento inicial e o dever de gestão processual

Caso 2

Ação para constituição do vínculo de adoção foi instaurada pelos adotantes, na sequência de processo de adoção iniciado após a colocação da criança adotanda em situação de adotabilidade.

Descrição do caso:

No âmbito de processo de promoção e proteção, foi proferida a 16 de abril de 2022 decisão de confiança com vista a futura adoção de A., nascido a 22 de maio de 2020, filho de B., encontrando-se omissa a respetiva paternidade.

Pela mesma decisão, B. foi inibida do exercício das responsabilidades parentais.

Comunicada tal decisão ao Instituto de Segurança Social, foi dado início ao processo de adoção de A..

Nessa sequência, decorrido o período de pré-adoção com avaliação favorável por parte do Instituto de Segurança Social, C. e D. instauraram no tribunal territorialmente competente a ação constitutiva do vínculo de adoção de A..

- Ação para constituição do vínculo de adoção instaurada pelos adotantes, na sequência de processo de adoção iniciado após a colocação da criança adotanda em situação de adotabilidade.

O CASO

1. No âmbito de processo de promoção e proteção, foi proferida a 16 de abril de 2022, decisão de confiança com vista a futura adoção de A., nascido a 22 de maio de 2020, filho de B., encontrando-se omissa a respetiva paternidade.
2. Pela mesma decisão, B. foi inibida do exercício das responsabilidades parentais.
3. Comunicada tal decisão ao Instituto de Segurança Social, foi dado início ao processo de adoção de A..
4. Nessa sequência, decorrido o período de pré-adoção com avaliação favorável por parte do Instituto de Segurança Social, C. e D. instauraram no tribunal territorialmente competente a ação constitutiva do vínculo de adoção de A..
5. Apensado ao de adoção o processo de promoção e proteção onde tinha sido proferida a decisão que deixou A. em situação de adotabilidade, o Tribunal constatou a seguinte situação:
 - a) A medida de confiança com vista a futura adoção tinha sido aplicada no âmbito da revisão da execução da medida de acolhimento residencial, anteriormente aplicada em benefício de A.;
 - b) A notificação dirigida à mãe de A. para se pronunciar sobre a revisão da execução dessa medida, endereçada à morada onde esta tinha sido citada, veio devolvida, com a menção «não atendeu»;
 - c) O tribunal aplicou a referida medida por despacho, fundado exclusivamente no relatório social para revisão da execução da medida apresentado pelo técnico coordenador do caso, com proposta de aplicação da medida de confiança com vista a

- futura adoção, não precedido de qualquer diligência de prova (v.g., inquirição de testemunhas ou audição da mãe);
- d) Não houve lugar a Debate Judicial;
- e) A carta expedida para notificação da mãe da decisão que aplicou a medida de confiança com vista a futura adoção veio novamente devolvida com a menção «não atendeu»;
- f) A mãe não estava representada por advogado;
- g) O tribunal considerou a mãe regularmente notificada e entendeu que a decisão transitou em julgado.



O processo judicial de adoção. Requerimento inicial e o dever de gestão processual

Caso 2

Apensado ao de adoção o processo de promoção e proteção onde tinha sido proferida a decisão que deixou A. em situação de adotabilidade, o Tribunal constatou a seguinte situação:

- A medida de confiança com vista a futura adoção tinha sido aplicada no âmbito da revisão da medida de acolhimento residencial, anteriormente aplicada em benefício de A.;
- A notificação dirigida à mãe de A. para se pronunciar sobre a revisão da medida, endereçada à morada onde esta tinha sido citada, veio devolvida, com a menção “não atendeu”;
- O tribunal aplicou a referida medida por despacho, fundado exclusivamente no relatório social para revisão da medida apresentado pelo técnico coordenador do caso, com proposta de aplicação da medida de confiança com vista a futura adoção, não precedido de qualquer diligência de prova (v.g., inquirição de testemunhas ou audição da mãe);
- Não teve lugar o debate judicial;
- A carta expedida para notificação da mãe da decisão que aplicou a medida de confiança com vista a futura adoção veio novamente devolvida com a menção “*não atendeu*”;
- A mãe não estava representada por advogado;
- O tribunal considerou a mãe regularmente notificada e entendeu que a decisão transitou em julgado.

QUESTÕES

*Qual o reflexo que eventuais vícios procedimentais da ação de promoção e proteção podem ter na ação de adoção?

ENQUADRAMENTO

Do texto constitucional – arts. 36.º, n.º 6, e 207.º, n.º 2 –, e da Lei de Organização do Sistema Judiciário – art. 125.º –, nasceu a obrigação para a legislação ordinária de, sempre que seja equacionada a aplicação da medida de promoção e protecção mais gravosa, i. é, a medida de confiança com vista a futura adoção, a mesma ser da competência exclusiva do Tribunal, não poder ter natureza cautelar, e ter que ser efetuado Debate Judicial, com intervenção de Tribunal misto, como indicam os arts. 35.º, n.º 1, al. g), 37.º, n.º 1, 38.º, 114.º e 115.º, todos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Com efeito, tratando-se da única medida protetiva verdadeiramente fraturante da unidade familiar, importa observar e fazer observar na sua plenitude o princípio do processo equitativo, na sua dimensão mais estruturante que

é a do exercício dos direitos de defesa, aqui o princípio do contraditório – art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, *ex vi* art. 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

É consabido que a ação de promoção e proteção em que tenha sido aplicada a medida de confiança com vista a futura adoção (art. 35.º, n.º 1, al. g), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo) é apensada, *ope legis*, à ação de adoção – art. 58.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

No caso vertente, operada a apensação e analisada a instância protetiva, verifica-se terem sido preteridas formalidades legais obrigatórias.

Estando omissa a menção da paternidade, interessa apurar a posição jurídica da progenitora e, assim sendo, constata-se que a mesma não foi ouvida, não foram esgotadas as diligências para a sua notificação, nem a sua representação judiciária por patrono oficioso ou mandatário foi assegurada, a par da omissão de Debate Judicial, certo que a imposição da medida foi tomada em sede de revisão da execução de outra medida de promoção, a saber, a de acolhimento residencial, ou seja, em *mera* decisão judicial e não em acórdão, sem ter sido precedida do momento processual da apresentação de alegações, com eventuais requerimentos probatórios, e do direito legalmente previsto de serem apresentados, discutidos e contraditados em Audiência – arts. 36.º, n.ºs 3 e 5, da Constituição da República Portuguesa, 1796.º, 1797.º, n.º 1, 1874.º, 1878.º e 1882.º, todos do Código Civil, e 103.º, n.º 4, 110.º, n.º 1, al. c), 114.º, 115.º e 120.º, todos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Ainda no tocante à notificação materna, é imperativo atender-se ao teor do art. 122.º-A da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aditado pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, fruto da condenação do Estado Português, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no Proc. n.º 61226/08 (Assunção Chaves) – 2.ª Secção, de 31 de janeiro de 2012.

Deste modo cumpre apreciar qual a subsequente tramitação da ação adotiva. Há duas hipóteses principais:

A) Solicitar ao processo de promoção e proteção que proceda à notificação da progenitora, regularmente assistida por profissional forense, aguardando-se o trânsito em julgado da decisão ali proferida, para que seja possível prosseguir os trâmites da instância adotiva.

Aqui valem, *inter alia*, os princípios do aproveitamento dos atos já praticados, da celeridade, da concentração e da economia dos atos processuais.

B) Arquivar a ação adotiva, pois não houve aplicação válida de medida de confiança com vista a adoção, logo a criança não se encontra em situação jurídica de adotabilidade, garantindo-se que os adotantes compreendem a razão de ser da decisão – arts. 2.º, al. c), 3.º, als. b), c), d) e e), 34.º, n.ºs 1 e 2, e 36.º, n.º 8, todos do Regime Jurídico do Processo de Adoção, e 9.º-A do Código de Processo Civil, *ex vi* art. 31.º do Regime Jurídico do Processo de Adoção.

Título:

***Workshops* Direito da Família e das Crianças**

Ano de Publicação: 2023

ISBN: 978-989-9102-19-4

Coleção: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt