

**Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**

**Escola de Lisboa**



**CONVENÇÃO DE HAIA RELATIVA AO RAPTO  
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS –  
A NOÇÃO DE PERIGO DO ARTIGO 13º AL. B) E O  
INTERESSE DA CRIANÇA**

**Mafalda Paulino Gomes de Sousa**

**Dissertação realizada no âmbito do 2º ciclo de Estudos**

**Mestrado Forense**

**Orientação: Professora Doutora Maria Clara Sottomayor**

**Lisboa, Março de 2013**

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**Índice**

Introdução.....	5
1. Os pressupostos do accionamento da Convenção .....	10
1.1 Retenção ilícita.....	10
1.2 Tutela.....	12
2. Direito de Oposição ao Regresso .....	13
2.1 Os fundamentos de recusa segundo o artigo 20º .....	13
2.2 Os fundamentos de recusa segundo o artigo 12º .....	14
2.3 A prova das circunstâncias da alínea a) do artigo 13º .....	15
2.4 O fundamento de recusa por oposição da criança .....	15
3. Direito de oposição ao regresso e o interesse da criança – A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º .....	16
3.1 A prova das circunstâncias da alínea b) do artigo 13º .....	16
3.2 O conceito de perigo/risco.....	17
3.3 O risco dos conceitos indeterminados e a discricionariedade judicial .....	19
3.4 O interesse da criança enquanto conceito indeterminado .....	21
3.5 Factores determinantes do interesse da criança.....	23
3.6 A Pessoa de Referência .....	24
3.6.1 Casos cujo afastamento da pessoa de referência foi invocado mas rejeitado .....	25
3.6.2 Casos de perigo imputado ao progenitor cujo direito foi violado .....	33
3.6.3 Casos de recusa de regresso pelo perigo da separação da criança e da sua pessoa de referência.....	34
3.7 Consequências da separação da pessoa de referência .....	39
3.8 A presunção do interesse da criança da Convenção de Haia .....	41
4. Realidade dominante .....	48
5. O relevo do regulamento na recusa do regresso.....	49

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Conclusão .....	50
Referências Bibliográficas .....	56

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças  
A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**Lista de Siglas e abreviaturas**

**AL.** – Alínea

**CRP** – Constituição da República Portuguesa

**CC** – Código Civil

**OTM** – Organização Tutelar de Menores

# Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança

## Introdução

A presente dissertação incidirá sobre a *Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças*, mais precisamente sobre a disparidade de interpretações dada pela jurisprudência à alínea b) do artigo 13.º da Convenção, alínea esta que possibilita que haja uma recusa do regresso da criança, fundada no perigo psíquico ou físico e na situação intolerável, a que a criança estará exposta se for obrigada a regressar ao Estado requerente. Pretende-se fazer, ainda, uma reflexão acerca do impacto das decisões jurisprudenciais<sup>1</sup>, que procedem ao preenchimento valorativo do conceito de perigo, na efectivação dos direitos e interesses da criança, nomeadamente, na relação afectiva da criança com a sua pessoa de referência.

O rapto internacional de crianças é uma questão controversa e que levanta algumas problemáticas no âmbito do direito da família, nomeadamente como é que o bem-estar da criança pode ser protegido perante uma situação destas. Estes casos de deslocação, em que um(a) progenitor(a) divorciado(a) procura mudar-se com o (a) filho (a) para outro Estado, são um dos problemas mais complexos que os tribunais de família enfrentam.

Esta relação dos progenitores com os filhos menores está enquadrada e regulada pelo instituto do poder paternal, designação que foi ultrapassada pela de responsabilidades parentais, introduzida na ordem jurídica portuguesa pela lei nº 61/2008, de 31 de Outubro. A noção de poder paternal estava associada a uma tradição de autoridade, em que a figura paternal, do pai, geralmente, surgia numa posição de supremacia perante a criança, a qual devia obediência.

Actualmente, as responsabilidades parentais vão muito para além de uma relação biológica, a maternidade e a paternidade representam hoje, acima de tudo afecto, amor, carinho e uma responsabilização diária pelas crianças. Nas palavras de TERESA MARIA DA SILVA BRAVO<sup>2</sup>, “*as responsabilidades parentais devem ser integradas numa perspectiva de protecção e salvaguarda dessa pessoa jurídica (criança ou jovem) que beneficia de uma*

---

<sup>1</sup> As decisões jurisprudenciais integradas no âmbito da Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional e que vão ser mencionadas podem ser consultadas e estão acessíveis em <http://www.incadat.com>.

<sup>2</sup> Cf. BRAVO, Teresa Maria da Silva, *Em defesa do superior interesse da criança* / Teresa Maria da Silva Bravo; In: Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo : um conjunto de perspectivas / Bárbara Cruz.. [et al.] ; prólogo de Manuel Atienza ; apresentação de António Manuel Hespanha, Teresa Pizarro Beleza. - [Coimbra] : Almedina, [2011]. - p. 318

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

*plenitude de direitos, mas não goza ainda de uma plena capacidade legal...*”. Deste modo, os pais têm o dever de dar respostas às necessidades físicas, psíquicas, e emocionais da criança.

É certo, que o cuidado parental por parte dos progenitores implica um grande sacrifício, mas por outro lado gera “*o amor parental, a forma mais altruísta de dedicação aos outros*”.<sup>3</sup>

Estabelecida a filiação, surge assim um conjunto de deveres recíprocos entre pais e filhos, nomeadamente: auxílio e assistência (artigo 1874.º Código Civil); poder-dever de educação atribuído aos pais (artigo 36.º n.º5 da CRP), de velar pela segurança e saúde dos filhos, prover o seu sustento e dirigir a sua educação (artigo 1878.º Código Civil).

Logo, as responsabilidades parentais provêm de um efeito automático e indisponível da filiação e como forma de suprimento da incapacidade dos filhos menores (artigos 124º e 1882º do CC), respeitando-se a criança como pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções.<sup>4</sup>

Nunca esquecendo, que apesar das crianças nascerem num estado de dependência em relação aos adultos, conforme se vão desenvolvendo essa dependência vai diminuindo, sem nunca deixar de existir, pelo menos até a criança ser adulta e maior de idade, no entanto, a sua autonomia conforme o seu progressivo desenvolvimento deve ser respeitado.

Após esta sucinta análise da relação que existe entre as crianças e os seus respectivos progenitores, importa aprofundar o âmbito da questão presente:

A liberdade de circulação na União Europeia teve como consequência directa uma crescente mobilidade transnacional de pessoas e um aumento de casamentos entre pessoas de nacionalidades distintas. Na constância desses matrimónios existe quase sempre o desejo de construir uma família e conseqüentemente nascem os filhos. Aparentemente não existe qualquer problema na união dessas mesmas pessoas e no desejo instintivo de ter uma família.

---

<sup>3</sup> Cf. SOTTOMAYAOR, Maria Clara - *A família de facto e o interesse da criança* / Maria Clara Sottomayor - Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.45 (Jan.-Fev.2007), p.4.

<sup>4</sup> Defende-se uma concepção personalista de responsabilidades parentais, em que a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de auto-determinação, de acordo com a sua maturidade. Não é hoje relevante a concepção patrimonialista, que considera a protecção do património dos menores, como objectivo principal das responsabilidades parentais. Nas palavras de MARIA CLARA SOTTOMAYOR, esta é “uma concepção redutora das responsabilidades parentais à função de representação dos menores, significa uma visão autoritária do poder paternal, demasiado rígida e formalista para aspectos relacionados com a sua conduta pessoal e social” – Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio* / Maria Clara Sottomayor.- 5ª ed. - [Coimbra] : Almedina, [2011]. – p.17.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

O problema inicia-se com a dissolução do matrimónio, a separação de pessoas e bens ou a mera separação de facto, que origina uma subtracção dos/as filhos/as por uma das partes para o seu estado de origem, aumentando por isso os casos de rapto internacional de crianças e os conflitos entre jurisdições.<sup>5</sup> Os conflitos de jurisdições são uma consequência das diferentes concepções de base cultural e jurídica que vão determinar respostas radicalmente opostas, quer quanto ao papel dos cônjuges no mundo familiar, quer quanto ao regime de responsabilidades parentais.

O regime de responsabilidades parentais é decidido no processo de regulação de responsabilidades parentais, processo este que se encontra regulado nos artigos 1905º a 1912º do Código Civil e artigos 174.º e seguintes da OTM, e que se desenvolve nos casos de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, tal como nos casos de separação de facto, de ruptura da união de facto, e ainda nos casos de progenitores que nunca viveram em condições análogas às dos cônjuges. Este processo vem regular a situação dos progenitores com os filhos, nesta nova realidade familiar, e a respectiva legitimidade para o intentar pertence aos pais ou só a um deles, e ao Ministério Público.

O objecto deste processo incide sobre quatro questões fundamentais: a determinação da residência da criança; o modelo de exercício das responsabilidades parentais; o regime de convívio entre a criança e o progenitor não residente (regime de visitas); e a pensão de alimentos devida pelo progenitor que não reside com a criança.

A determinação da residência da criança e dos direitos de visita devem ser estabelecidos de acordo com o “interesse da criança”, critério este que deve ser concretizado pelo juiz, como veremos mais à frente, tendo em atenção “*todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais da criança com o filho*” (art. 1906º, nº7 Código Civil).

Nestas “*circunstâncias relevantes*”, o julgador deve atender, nomeadamente, ao critério da pessoa de referência, ou seja, à determinação de qual dos pais, na constância do casamento ou da vida em comum, desempenhou, de forma predominante, as tarefas de cuidado primárias

---

<sup>5</sup> Apesar de a maioria dos casos de rapto internacional suceder à dissolução do casamento, existem também casos que ocorrem na constância do matrimónio.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

com a criança, ao invés de atender a critérios de igualdade formal entre pais ou a critérios psicológicos, de medição e prova sempre muito difícil.<sup>6</sup>

Geralmente existe uma falta de reconhecimento por parte do juiz nacional, das decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais emanadas por juízes estrangeiros, achando que a lei nacional é a melhor lei para decidir o fundo da questão. Não é tanto a diferença de legislação que cria os problemas, mas antes a falta de colaboração entre os órgãos judiciais dos diversos estados.<sup>7</sup>

Todo este conflito jurídico só leva a que perante uma desagregação da família conjugal ainda seja mais penosa a posição das crianças.

O divórcio de casamentos de dupla nacionalidade e a consequente subtracção de menores por um dos pais despertou a preocupação dos Estados membros do Conselho da Europa a partir da década de 80, entendendo estes que a única forma de resolver o conflito que existe entre jurisdições é a cooperação internacional. Para o efeito, é elaborada a Convenção Europeia sobre o reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores, concluída no Luxemburgo, em 28 de Maio de 1980 e aprovada, para ratificação, pelo DL nº 136/82, de 21 de Dezembro. Nesse mesmo ano os Estado membros subscrevem um tratado complementar à Convenção de Luxemburgo, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, aprovada pelo DL nº 33/83, de 11 de Maio. A Convenção, em Portugal, entra em vigor em 1 de Dezembro de 1983, bem como no Canadá e França, sendo desde logo uma Convenção Internacional.<sup>8</sup>

Cada Estado Contraente designa uma autoridade central encarregada de dar cumprimento às obrigações da convenção, devendo estas cooperar entre si<sup>9</sup> (artigo 6º e 7º da Convenção).

A Convenção acolhe uma fase pré-contenciosa de natureza consensual, a cargo da autoridade central, onde se procura uma situação amigável, porém quando este regresso

---

<sup>6</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, ob. cit., p.26.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.139.

<sup>8</sup> Antes da entrada em vigor da Convenção de Haia, o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Francesa negociaram uma Convenção bilateral, para resolução de casos de rapto internacional, denominada Convenção de Cooperação Judiciária Relativa à Protecção de Menores, de 20 de Julho 1983. Ainda hoje, entre si, usam essa mesma Convenção.

<sup>9</sup> A autoridade central deve localizar a criança, proteger o seu bem-estar e facilitar o seu regresso. Em Portugal, a autoridade competente é a Direcção-Geral de Reinserção Social.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

consensual não se mostre viável, existe a interposição de uma acção para obter a ordem judicial de regresso da criança.

O objectivo principal destas convenções consiste na protecção do interesse da criança, contra a separação ilícita de um dos seus pais, assim como contra a desinserção do ambiente e da cultura em que estava habituada a viver.<sup>10</sup>

A Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças tem como objectivo concreto, o restabelecimento, mais rápido possível, da situação anterior à subtracção internacional da criança, mesmo que haja uma anterior decisão estrangeira de regulação das responsabilidades parentais e atribuição de eficácia a essa sentença pela autoridade judiciária do Estado para o qual a criança foi ilegitimamente transferida.

Antes de passarmos à análise concreta da questão suscitada na presente dissertação, será feita uma abordagem sumária da aplicação da Convenção, nomeadamente, dos pressupostos para que a mesma seja accionada e das formas de oposição ao regresso da criança.

---

<sup>10</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, ob. cit., p.140.

# Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança

## 1. Os pressupostos do accionamento da Convenção

### 1.1 Retenção ilícita

Um dos pressupostos para o accionamento da Convenção de Haia para obtenção do regresso da criança ao país de origem é antes de mais existir uma retenção ilícita, sendo que o artigo 3.º explícita quando a mesma é ilícita:

a) Violação do direito de guarda de um dos progenitores (artigo 3º al. a))

A Convenção de Haia impõe aos tribunais que ordenem o regresso imediato da criança ao local da sua residência habitual, quando esta tenha sido deslocada em violação de um direito de guarda.<sup>11</sup>

A ilicitude dessa deslocação pode resultar de uma decisão, de um acordo ou directamente da lei, não se exigindo que a ilicitude decorra de uma decisão judicial.

A restituição da criança é decretada ao abrigo da Convenção da Haia, não apenas quando o não detentor da guarda subtrai a criança para o estrangeiro, violando o direito de guarda, como nos casos em que é o próprio guardião, que exerce as responsabilidades parentais em conjunto com o outro progenitor, que leva a criança para o estrangeiro ilicitamente, infringindo os direitos do co-titular da guarda ou do exercício das responsabilidades parentais, qualquer limitação resultante da lei, de um acordo, ou da decisão provisória ou definitiva da regulação do poder paternal.

Um dos grandes problemas da subtracção de menores por um dos pais levanta-se quando existe, exactamente, um exercício conjunto de responsabilidades parentais, na medida que juridicamente os progenitores estão em posições muito próximas, o que pode dificultar a aplicação de regras internacionais e de direito interno, civis e penais, de protecção da criança. Neste sentido, DYER ADAIR<sup>12</sup> defende que o artigo 3.º da Convenção aplica-se às violações de direitos de guarda, quer esses direitos sejam exercidos isolada ou conjuntamente.

---

<sup>11</sup> O artigo 5.º da Convenção define guarda ou custódia não apenas como um direito de fixar a residência da criança, mas também como um direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa.

<sup>12</sup> Cf. DYER, Adair - *A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças : para uma cooperação global: os seus sucessos e insucessos* / Infância e juventude, Lisboa, n.3 (Jul.-Set.1994), p.20.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Em sentido diverso, defende BRUSH<sup>13</sup>, que a deslocação de um dos pais com o/a filho/a é lícita, quando não há uma decisão de responsabilidades parentais anterior e ambos os pais exercem em conjunto as responsabilidades parentais, desde que a deslocação tenha sido provocada por um desejo genuíno de evitar violência doméstica, de viver com parentes da família alargada ou de encontrar um emprego adequado, devendo aplicar-se a Convenção apenas nos casos que o progenitor guarda tem intenção de interferir realmente com o relacionamento do outro progenitor com o/a filho/a.

### b) Esse direito de guarda estava a ser efectivamente exercido no momento da transferência da criança (artigo 3º al. b))

Neste sentido, existem decisões que determinam o indeferimento da restituição da criança, se a pessoa, instituição ou organismo que se lhe opõe fizer prova de que quem tinha a criança a seu cargo antes da transferência ou retenção ilícita não exercia a guarda em termos efectivos, conjugando a al. b) do artigo 3º com o artigo 13º a) da Convenção em análise.

Este conceito é interpretado pelas instâncias nacionais de uma forma ampla, considerando-se que estão em causa situações extremas, nomeadamente de abandono e negligência.<sup>14</sup> Ou seja, acaba por ser questionável, em situações extremas como as mencionadas, o respectivo interesse em ordenar a restituição quando o progenitor que alega a violação do seu direito de guarda assumia uma atitude de negligência perante a criança.<sup>15</sup>

Contrariamente, para que se prove que havia um exercício efectivo do direito de guarda, basta que o titular do direito tenha mantido algum contacto com a criança.

---

<sup>13</sup> Cf. BRUCH, Carol S., *O rapto civil de crianças e os tribunais ingleses* / [tradução de] Maria Ana do Canto e Castro ; Teresa Trigo de Sousa / Infância e juventude, Lisboa, n.4 (Out.-Dez.1993), p.69.

<sup>14</sup> Cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: alguns aspectos* / Estudos em memória o Prof. Doutor António Marques dos Santos, Vol. 1, 2005, p. 515 nota 118

<sup>15</sup> Neste sentido, o Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 4 de Março de 2004, defendeu que não estavam verificados os requisitos do artigo 3º da Convenção, não tendo esta norma, por isso, aplicação. Entendeu o Tribunal, que o facto de a criança ter sempre vivido com a mãe depois da separação de facto dos cônjuges, e apesar de o pai ter iniciado após deslocação para o estrangeiro (que ocorreu um ano após a separação) um processo tendente à aquisição da guarda exclusiva da criança, configurava uma hipótese em que este não exercia efectivamente a guarda, apesar de não ser clara a inexistência de um qualquer relacionamento entre pai e filho, durante o período que o progenitor continuou a viver na Suíça.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

### **1.2 Tutela**

- a) A violação abrange quer o direito de guarda, quer o direito de visita (artigo 4º)

A Convenção de Haia ao tutelar o direito de visita<sup>16</sup> ao lado do direito de guarda teve como objectivo proteger o progenitor que não tem a guarda dos/as filhos/as, não permitindo a violação do seu direito de visita e a consequente limitação da relação afectiva com o progenitor não residente, com a mudança de residência da criança para outro Estado. Paralelamente, conseguiu garantir o direito da criança a relacionar-se com os dois pais, que vem consagrado no artigo 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Mas nunca esquecendo que este direito de visita, segundo a doutrina não é um direito subjectivo mas um direito-dever, logo deve ser exercido sempre de encontro com os interesse da criança, nomeadamente o progenitor deve promover o desenvolvimento físico e psíquico dos/as filhos/as.

Acrescenta-se ainda um entrave à defesa deste direito de visita, pois feita a subtracção pelo próprio progenitor guardião pode esta não ser considerada ilícita, dado que cabe ao progenitor guardião determinar a residência habitual do/a filho/a. Tendo em conta ainda, que o progenitor guardião tem liberdade de deixar o país de origem e fixar o domicílio num outro estado, sendo mesmo um dos princípios defendidos nas Convenções Europeias, a liberdade de circulação.<sup>17</sup>

No entanto, a jurisprudência em Inglaterra e na Austrália confirmam a ideia de que o direito do progenitor que tem apenas direito de visita, mas que tem o poder de autorizar ou não a deslocação da criança com o progenitor guarda é também um “direito de guarda” ao abrigo desta Convenção, e nesses termos a deslocação será ilícita. Atribui-se, assim, autonomia a este “direito de guarda”, não estando dependente o seu preenchimento da lei de nenhum país.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> A convenção de Haia no artigo 5º define o direito de visita como “o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside”.

<sup>17</sup> Cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: alguns aspectos*, ob. Cit., p. 458.

<sup>18</sup> Cf. DYER, Adair, *A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: para uma cooperação global: os seus sucessos e insucessos*, ob.Cit., p. 21.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**2. Direito de Oposição ao Regresso**

Estamos perante uma convenção cujo objectivo principal é repor o *status* inicial das crianças e combater de forma eficaz o rapto das crianças. Logo, perante uma situação de subtracção, a Convenção prevê que haja o regresso imediato da criança para o Estado de onde foi subtraída. No entanto, existem situações, em que o Estado requerido não é obrigado a ordenar o regresso imediato das crianças, nomeadamente:

**2.1 Os fundamentos de recusa segundo o artigo 20º**

*Quando o regresso imediato da criança não é consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (artigo 20º):*

Alguns países contraentes, nomeadamente o Reino Unido e a Finlândia não transpuseram este mesmo artigo, achando que poderia dar azo a uma discussão sobre o mérito das decisões de guarda, defendendo que esta mesma hipótese já se encontra coberta por outra norma da Convenção, como vamos ver mais à frente.

No entanto, a utilidade desta norma refere-se, sobretudo, a estados em que o interesse da criança ainda não é protegido, especialmente estados muçulmanos, nos quais a criança ainda se mantém propriedade do pai.

Esta norma deve ser invocada quando a restituição da criança a possa submeter ao risco de trabalhos forçados, prostituição, escravatura e quando de qualquer modo seja previsível a sua perseguição ou discriminação.

O preceito não deixa de ser criticado, quer pela sua previsão já estar coberta por outra norma na Convenção<sup>19</sup>, quer pelo âmbito geográfico e cultural dos Estados que estão vinculados à Convenção. E, por isso, esta norma só será invocada em casos extremos.

---

<sup>19</sup> Artigo 13º da Convenção de Haia relativa ao rapto internacional de crianças.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**2.2 Os fundamentos de recusa segundo o artigo 12º**

*Quando tenha decorrido um período superior a um ano entre a data da deslocação e a data do início do processo e haja prova da integração da criança no seu ambiente actual (artigo 12º):*

As autoridades do estado requerido têm poder discricionário para recusar o regresso da criança ao estado de onde foi subtraída, desde que haja decorrido um período superior a um ano entre a data da deslocação e a data do início do processo, mediante prova da integração da criança no seu ambiente actual.

O prazo de um ano estabelecido na norma é alvo de discussão. A questão em causa é se este prazo deverá ser contado a partir da chegada da criança ao Estado requerido, ou a partir do momento em que existe a subtracção. Regra geral, os Tribunais têm-se manifestado a favor da orientação segundo a qual a deslocação ilícita se inicia no momento da subtracção. Esta orientação é no sentido de evitar casos em que a deslocação da criança é feita para vários Estados sucessivamente, o que levaria a que se começasse a contar de novo o prazo de um ano e se desvalorizasse a integração do menor junto do progenitor raptor.

Levanta-se ainda a questão de saber se, para aferir a integração da criança, se pondera apenas a sua ligação com o progenitor raptor e o seu núcleo familiar, ou deve-se atender igualmente aos laços estabelecidos entre o menor e a comunidade (v.g., escola, os amigos, etc.). Quanto à ponderação do grau de integração, naturalmente que está circunscrita a elementos objectivos e subjectivos da situação em causa. No entanto, a idade da criança é um factor fundamental a considerar.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

### **2.3 A prova das circunstâncias da alínea a) do artigo 13º**

*Quando a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efectivamente o direito de custódia na época da transferência ou retenção, ou havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção, ou havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção (artigo 13º al. a)):*

Uma vez que a Convenção tem como objectivo a protecção e a reposição dos direitos do progenitor que foram violados, não existe retenção ilícita e como tal não existe qualquer fundamento para a intervenção dos mecanismos da Convenção, se esse direito de custódia, na época da transferência, não estava a ser efectivamente exercido.

O mesmo acontece, se o comportamento da pessoa que tinha o direito de custódia revelar aceitação da deslocação ou retenção, independentemente do anuimento ter ocorrido no momento anterior ou posterior à deslocação ilícita.<sup>20</sup>

Sendo que, todas as circunstâncias previstas no artigo 13º, estão sujeitas a prova pela parte que se opõe ao regresso da criança, seja pessoa, instituição ou organismo.

### **2.4 O fundamento de recusa por oposição da criança**

*Quando a criança se oponha e esta já tenha atingido um grau de maturidade que levem a tomar em consideração a sua opinião sobre o assunto (artigo 13º - parágrafo 2):*

A oposição ao regresso, como o próprio preceito o indica, poderá fundamentar-se na oposição da criança, desde que “já tenha atingido um grau de maturidade que levem a tomar em consideração a sua opinião sobre o assunto”.

Cabe às autoridades assumirem uma posição crítica quanto à oposição, atendendo nomeadamente à idade da criança, à sua maturidade e à perspectiva que esta tenha sobre aquilo que entende ser o melhor para o seu futuro. Deve ser, ainda, averiguado se a posição da

---

<sup>20</sup> Neste sentido, nos EUA, o facto de o pai ter mudado as fechaduras da casa e enviado todos os pertences das crianças e da mãe, tendo consciência, por isso, que não estava a autorizar uma mudança temporária, foi tido como consentimento e, por isso, julgado incompatível com um pedido de restituição – admitindo-se o consentimento tácito - caso julgado pelo Superior Court of the state of Washington, em 24 de Maio de 1999 [INCADAT:HC/E/USs 218].

No Reino Unido, num caso em que o detentor do direito de guarda violado se deslocou ao estrangeiro para visitar os filhos, manifestou intenção de aí se instalar e, inclusivamente, aí participou num procedimento destinado a regular o direito de guarda, este conjunto de atitudes determinou a existência de um verdadeiro consentimento – caso julgado pelo Court of appeal, a 25 de Março de 1998 [INCADAT:HC/E/UKe 178].

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

criança foi manifestada de uma maneira livre e esclarecida, pois é possível que a criança manifeste a sua objecção e esta se encontre sob influência do progenitor raptor.

Nas situações de rapto internacional, atribui-se um peso menor à vontade da criança do que aquele que lhe é atribuído num processo interno, reforçando-se a ideia de que as questões relativas à guarda deverão ser decididas pelas autoridades da sua residência habitual.<sup>21</sup>

**3. Direito de oposição ao regresso e o interesse da criança – A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º**

**3.1 A prova das circunstâncias da alínea b) do artigo 13º**

Fazendo uma breve síntese, a autoridade judicial do Estado requerido pode recusar o regresso da criança, se a pessoa, instituição ou organismo provar:

- a) Que a parte que pede o regresso da criança não tem o direito de guarda ou consentiu na deslocação (artigo 13º al. a)
- b) Que existe um grave risco de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou ficar, de qualquer modo, numa situação intolerável (artigo 13º al. b)

Pode haver ainda recusa do regresso da criança:

- c) Quando existe oposição ao regresso, proveniente da criança dotada de um certo grau de maturidade (artigo 13º parte final)
- d) Quando feita prova que a criança encontra-se integrada e já tenha decorrido o prazo de um ano entre a data da deslocação e a data do início do processo (artigo 12º)
- e) Quando o regresso da criança não seja consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (artigo 20º)

---

<sup>21</sup> Cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: alguns aspectos*, ob. Cit., p. 534.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Deixando de parte os pressupostos de accionamento da Convenção e os outros fundamentos de oposição ao regresso da criança, passemos agora ao fundo da questão, sobre o qual incide a dissertação: a análise de um dos fundamentos que pode ser invocado contra um pedido de restituição de uma criança retida ilicitamente num dos estados contraentes: os conceitos de perigo físico ou psíquico e de situação intolerável (artigo 13º alínea b).

Esta alínea é a defesa mais comum, invocada ao abrigo da Convenção, como oposição ao regresso da criança.

Assim, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso, mediante prova de:

*“Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer modo, ficar numa situação intolerável” (Artigo 13º b)*

### **3.2 O conceito de perigo/risco**

Nas decisões jurisprudenciais, ao abrigo da presente Convenção em análise, como teremos oportunidade de averiguar, posteriormente, através da exposição de algumas decisões, existe uma insistência de que o risco a que o preceito alude não deve consistir apenas na (inevitável) perturbação psicológica resultante para a criança do seu regresso.

Existe uma insistência, por parte da jurisprudência, de que este risco deve resultar de um perigo imputável ao progenitor cujo direito foi violado<sup>22</sup> e que procura a restituição da criança<sup>23</sup>. Para além de exigirem prova dos riscos inadmissíveis a que a criança estaria exposta ao regressar ao estado requerente, existem ainda decisões que exigem que se comprove que as autoridades requerentes não tutelariam o bem-estar da criança. Outras, porém, limitam-se a referir que o interesse da criança será tutelado pelo estado requerente, sem no entanto existirem quaisquer garantias dessa tutela.

---

<sup>22</sup> Ver decisões jurisprudenciais no ponto 3.6.2

<sup>23</sup> Cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças*, ob. Cit., p. 524.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Como refere BRUCH<sup>24</sup>, “*os tribunais na sua maioria não aceitam afirmações vagas de perigo, defendendo que não passam de alegações táticas e impróprias de adiamento*”. Os tribunais exigem que o grave risco, que legitima a recusa de regresso ao abrigo do artigo 13º b), seja um grave risco de perigo “real” físico ou psíquico. Cita ainda a Autora uma decisão do Tribunal de Família da Austrália, na qual se entende que “*perigo físico e psicológico deve ser interpretado tendo em conta as palavras de ênfase “numa situação intolerável”. Não é o grave risco de qualquer perigo físico ou psíquico. Tem de ser um risco grave de perigo físico ou psíquico, de natureza substancial.*”

Em sentido contrário, encontramos a jurisprudência francesa,<sup>25</sup> que tem interpretado, recentemente, o artigo 13º, 1, al. b), de uma forma que admite o não regresso da criança com maior amplitude. Isto é, existe uma recusa por parte da jurisprudência francesa de interpretar este preceito de forma restritiva. O conceito de perigo é aferido, assim, não só pelos danos que possam ser causados à criança pelas novas condições de vida encontradas junto do progenitor cujo direito foi violado, mas também pelos danos criados à estabilidade da vida da criança por um nova alteração das condições de vida actuais desta, ou seja, pelas consequências provocadas pela separação da sua pessoa de referência<sup>26</sup>.

Contrariamente, a jurisprudência inglesa<sup>27</sup> tem sido especialmente rigorosa, seguindo objectivamente os princípios fundamentais da Convenção.

---

<sup>24</sup> BRUCH, Carol S. - *Casos de rapto internacional de crianças : experiência ao abrigo da Convenção da Haia de 1980* / Carol S. Bruch ; [tradução de] Teresa Trigo de Sousa Infância e juventude, Lisboa, n.3 (Jul.-Set.1993), p.41- 44 - Capítulo baseado numa comunicação apresentada em 17 de Maio de 1991, na VII Conferência Mundial da Sociedade Internacional de Direito da Família, em Opatija, Jugoslávia.

<sup>25</sup> Decisão da Cour de Cassation, em França, de 12 de Julho de 1994 [INCADAT: HC/E/FR 103] - A criança tinha um ano à data do alegado ilícito. Os pais eram casados. Em 23 de Outubro de 1991, a mãe levou a criança de sua casa em Indiana para a França, sem o consentimento do pai. A 4 de Maio de 1992, o Tribunal de Grande Instância de Strasbourg ordenou o regresso da criança. A mãe recorreu da decisão. A 6 de Agosto de 1992, a Cour d'appel (Tribunal de Recurso) em Colmar manteve a posição de que a retenção da criança foi ilegal, no entanto, suspendeu o processo para permitir uma apreciação do estado da criança, para determinar se o retorno iria expô-la a danos psicológicos. A 12 de Março de 1993, a Cour d'appel (Tribunal de Recurso) em Colmar, rejeitou a regresso da criança a Indiana. O pai recorreu. O recurso foi indeferido, pois ficou indiciado que o filho teria de enfrentar um grave risco de dano psicológico e, portanto, o retorno foi rejeitado nos termos da alínea b) do artigo 13º. O tribunal aceitou evidências de que separar a criança de sua mãe seria expô-la a um grave risco de dano psicológico. No mesmo sentido, ver decisões jurisprudenciais expostas no ponto 3.6.3.

<sup>26</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Regulação do exercício do poder paternal...ob. cit.*, p.141, nota 337.

<sup>27</sup> Decisão Court of Appeal, em Inglaterra, de 2 de Setembro de 1995 [INCADAT: HC/E/ UKe 8] - A criança tinha três anos e oito meses à data do alegado ilícito. Os pais eram casados. A 13 de Julho de 1994, a mãe levou a criança para Inglaterra, seu país de origem. Em 7 de Junho de 1994, o Tribunal do condado de Adams County, Colorado, emitiu uma ordem de restrição temporária contra o pai e uma ordem provisória para protecção da mãe da criança. A 31 de Outubro de 1994, o pai acciona a Convenção, e a 20 de Dezembro, o Supremo Tribunal ordenou o regresso da criança ao abrigo dos compromissos assumidos pelo pai. Fundamentando que ficou indiciado que a criança testemunhou a violência do pai para com a mãe e ela própria foi vítima de violência, no

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

### **3.3 O risco dos conceitos indeterminados e a discricionariedade judicial**

A área do direito da família é uma área que deve ser suficientemente aberta à realidade social e em que se pretende uma intervenção mínima, quer do estado, quer do legislador. No entanto, como consequência, para uma maior flexibilização do sistema, predominam os princípios e os conceitos indeterminados em detrimento de regras precisas.

Estamos perante uma alínea (artigo 13º alínea b), composta por um conjunto de conceitos indeterminados, conceitos esses que qualificam valorativamente uma conduta ou estado de coisas, sem determinar, em termos de propriedades descritivas, quais as condições da sua aplicação, permitindo as mais diversas vertentes interpretativas.

Como refere TERESA MARIA DA SILVA BRAVO<sup>28</sup>, “ *no momento da aplicação ao caso, as normas ditam ao intérprete o conteúdo da própria decisão, ao passo que os princípios apenas apontam o caminho para um futura solução do problema*”. Quem diz princípios diz conceitos indeterminados, no fundo ambos abrem caminho para a discricionariedade judicial.

Os conceitos indeterminados estão sujeitos à interpretação casuística do juiz, existindo uma maior incerteza na aplicação das normas.

A interpretação destes conceitos implica sobretudo uma valoração e assunção de critérios axiológicos, e a ponderação de princípios, o que implica um papel proactivo dos juizes. Tendo sempre por base as convenções interpretativas vigentes, bem como os valores da sociedade.

No exercício do poder judicial, a juíza/juiz tem decidir os assuntos que afectam as crianças com uma ética de cuidado, existindo uma interacção entre cuidado e justiça no Direito das Crianças.<sup>29</sup> Isto é, a metodologia utilizada pelos aplicadores e intérpretes do direito das crianças e jovens tem especificidades que a distinguem de outras áreas de intervenção

---

entanto, o tribunal observou que o comportamento do pai não era por si só suficiente para cumprir o requisito do artigo 13 (1) (b). A mãe recorreu. A exigência, para cumprir o requisito do artigo 13º b), foi apenas alcançada em sede de recurso, devido à reacção da criança com a possibilidade de regressar para o Colorado. Antes de se mudar começou a ter comportamentos como: molhar a cama, pesadelos e comportamento agressivo tendo sido por isso admitido o recurso e o regresso da criança recusado. No mesmo sentido, em defesa de uma interpretação restritiva da alínea b) do artigo 13º, ver decisões jurisprudenciais expostas no ponto 3.6.1.

<sup>28</sup> Cf. BRAVO, Teresa Maria da Silva, *Em defesa do superior interesse da criança*, ob. Cit., p. 318.

<sup>29</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara - *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança / In: Cuidar da justiça de crianças e jovens : a função dos juizes sociais : actas do encontro / coordenação científica Maria Clara Sottomayor. - [Coimbra] : Almedina, [2003]. - p.61.*

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

jurídica, especialmente porque implica a aplicação prática de princípios e conceitos indeterminados, como os que constam neste artigo (13º b).<sup>30</sup>

Nas palavras de MARIA CLARA SOTTOMAYOR<sup>31</sup>, “*A função dos juristas não consiste na descoberta das soluções que decorrem da lei, como um dado já posto, através dos métodos lógico-dedutivos de interpretação, mas na resolução dos problemas jurídicos com justeza prático-normativa, dando prioridade ao caso e colocando no centro a pessoa humana e valores ligados à vida e à liberdade*”.

No entanto, apesar de estar assente que esta norma (artigo 13º alínea b), não pode ser convertida numa norma em branco, o que acontece é que na maioria dos casos se circunscreve a sua aplicação.

As autoridades demonstram-se cautelosas no que respeita à objecção prevista no artigo 13.º n.º1 alínea b), devido ao entendimento restritivo que é dado aos conceitos indeterminados previstos no preceito. Nesse sentido, mesmo quando estão perante uma situação na qual é invocado artigo 13º n.º1 al. b), e tudo indicia uma decisão para recusar o regresso, este é na mesma ordenado, se o estado requerente implementar medidas de segurança e de protecção.<sup>32</sup>

Esta prática tem vindo a acentuar-se nos países anglo-saxónicos, ou seja, a prática de o regresso ser ordenado na condição de serem assumidos determinados compromissos pelo próprio progenitor requerente, ou de o regresso ser determinado mediante condições exigidas pelo Estado requerido. Estas medidas permitem ao raptor regressar ao país de origem, definitiva ou provisoriamente, sem o risco de a sua entrada ser impedida ou de ser perseguido civil ou criminalmente.<sup>33</sup>

O problema destas medidas debate-se, sobretudo, com a falta de cooperação inter-estadual, pois os supostos compromissos não têm valor vinculativo, sendo necessário tomar as devidas cautelas para garantir o seu cumprimento voluntário e a sua célere execução.

---

<sup>30</sup> De forma a evitar graves consequências se tribunais não especializados fossem chamados a decidir pedidos formulados ao abrigo da Convenção, o DL nº 246-A/2001, de 14 de Setembro, prevê no seu artigo 2.º que “para execução de convenções em que o Instituto de Reinserção social é autoridades central são competentes os tribunais de família e de menores”.

<sup>31</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança*, ob. Cit. p.63.

<sup>32</sup> O artigo 11º do Regulamento de Bruxelas restringe as possibilidades de oposição ao regresso com base no art.13º, al. b, se o estado requerente implementar medidas de segurança e de protecção, como exposto no ponto 5.

<sup>33</sup> Cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980...* ob. Cit., p. 530.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

É de evidenciar ainda o facto, quando não esteja em causa nenhuma das excepções que legitimam o indeferimento do pedido de restituição, ser notório o carácter obrigatório da Convenção relativamente à decisão ordenar o regresso imediato da criança. Contrariamente, as excepções ao regresso não são de aplicação automática, no sentido de não determinarem forçosamente o retorno da criança, mesmo quando se verifica algum dos motivos que legitima a oposição. A natureza de tais excepções permite aos juízes a possibilidade (não lhes impões uma obrigação) de negar o retorno em certas circunstâncias. Existindo mesmo uma “abertura” deixada na redacção dos artigos. 12º nº2 e 13º nº1”.<sup>34</sup>

O artigo 18º reforça essa mesma abertura, ao conferir a possibilidade de, em qualquer altura, o Estado requerido vir a pronuncia-se pela restituição da criança, não estando por isso vinculado à permanência do menor indefinidamente no seu território.<sup>35</sup>

Tendo em conta que o preceito alude a conceitos indeterminados, a interpretação da norma terá obrigatoriamente de ter como pano de fundo o interesse da criança, princípio emergente de princípios fundamentais na ordem internacional.

### **3.4 O interesse da criança enquanto conceito indeterminado**

A noção de “interesse da criança” surge no Código Civil Francês em meados do século XIX, no qual se reconhece que o poder paternal visa principalmente realizar o interesse superior da criança. Este princípio apela essencialmente aos sentimentos e à limitação do poder paternal e passa a ter consagração no Direito Internacional com a Declaração dos Direitos da Criança, e mais tarde na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, como princípio-guia do exercício das responsabilidades públicas e privadas em relação à criança<sup>36</sup>.

Assim sendo, o artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 prevê:

*“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.”*

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p.507.

<sup>35</sup> Como Nuno Gonçalo Ascensão Silva (*ibidem*, p.507) refere que parece no mínimo evidente que nesses casos será de rejeitar a possibilidade de a restituição vir a ser decretada de uma forma imediata, e através de um procedimento sumário, havendo antes que proceder a uma mais aprofundada análise do interesse do menor.

<sup>36</sup> Cf. MONTEIRO, A. Reis; *Direitos da criança: era uma vez..* / A. Reis Monteiro. - [Coimbra] : Almedina, [2010], p.75.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

O princípio de “melhor interesse da criança” é por si um conceito jurídico amplo e impregnado de interpretações culturais, tornando, tal como noutros conceitos indeterminados, a apreciação da matéria relativamente insegura.

Como conceito indeterminado carece de preenchimento valorativo, sendo por isso objecto de análise pela doutrina.

O próprio conceito em si, pela denominação de “interesse da criança”, leva a que o seu preenchimento apele a factores sociais imprescindíveis e que sua determinação deva atender à dignidade da criança como pessoa e aos seus respectivos direitos.

O seu carácter amplo permite as mais variadas interpretações, e como tal o seu preenchimento será subjectivo, muitas vezes influenciado pelas opiniões pessoais do julgador.

Apesar de toda esta subjectividade permitida pelo conceito indeterminado, o interesse da criança contém uma zona chamada de “núcleo de conceito” que é susceptível de preenchimento, se recorrermos a valorações objectivas.<sup>37</sup>

O direito é uma ciência social, reflecte-se na sociedade e nas pessoas que fazem parte dela, nomeadamente nas crianças e na vida destas. O direito na vida das crianças, para além de toda a situação que se gera à sua volta perante uma separação dos pais, pode intervir diminuindo o sofrimento ou causando ainda mais sofrimentos e entraves ao seu desenvolvimento. Neste sentido, o direito tem de assumir uma perspectiva interdisciplinar, e aqueles que o põem em prática têm de atender a outras ciências para uma melhor aplicação do mesmo, especialmente quando o que está em causa é a integridade física e psicológica de uma criança. Deve-se atender aos dados de outras ciências sociais e humanas, e estas identificam o interesse da criança como aquele que permite a estabilidade das suas relações afectivas profundas e a continuidade do seu ambiente familiar e social.<sup>38</sup>

Esta noção de estabilidade permite que haja um consenso dentro de um conceito tão amplo como este, e de certa forma consegue-se limitar a discricionariedade judicial e as consequentes interpretações subjectivas do mesmo.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Cf. SOTTOMAYAOR, Maria Clara, *A família de facto e o interesse da criança* / Maria Clara Sottomayor - Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.45(Jan.-Fev.2007), p.7.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p.7.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.8.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

O critério que deve prevalecer em todos os processos de jurisdição voluntária que incidam sobre o destino da criança: é a manutenção das relações afectivas da criança com o adulto que assume de facto a responsabilidade por ela.<sup>40</sup>

Numa tentativa de interpretar este mesmo conceito, existem textos legislativos que indicam um conjunto de factores que devem ser considerados nas decisões judiciais, como por exemplo “The Child, Family and Community Service Act” adoptada pelo Canadá, em 1996, na qual se prevê o seguinte: a segurança da criança; as necessidades físicas e emocionais; o nível de desenvolvimento da criança; a importância da continuidade no cuidado da criança; entre outros.<sup>41</sup>

### **3.5 Factores determinantes do interesse da criança**

Neste sentido, o critério que parece conforme o interesse da criança, é esta permanecer junto da pessoa que cuidou dela no dia-a-dia, a figura primária de referência ou “Primary Caretaker”<sup>42</sup>. Este critério permite a continuidade das relações afectivas da criança com a pessoa que sempre esteve ao seu lado, desempenhando as tarefas básicas de cuidados primários desde o seu nascimento.<sup>43</sup>

As circunstâncias previstas na al. b) do artigo 13º remetem para os conceitos de perigo físico ou psíquico e de situação intolerável, e derivam directamente da consideração do interesse da criança como critério de decisão. Estes conceitos devem ser compreendidos assim, à luz da relação afectiva da criança com a pessoa de referência que cuida de si no dia-a-dia e da opinião da criança, a qual pode ser relevante em qualquer idade, desde que expressa de forma inequívoca.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.8.

<sup>41</sup> Cf. MONTEIRO, A. Reis; *Direitos da criança: era uma vez.. ob. cit.*, p.82.

<sup>42</sup> Critério criado pela jurisprudência americana, e seguido pela doutrina e jurisprudência portuguesa.

<sup>43</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio* / Maria Clara Sottomayor Direito e justiça, Lisboa, v.9t.2(1995), p.183.

<sup>44</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal...ob. Cit.*, p.145.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

### **3.6 A Pessoa de Referência**

Como já vimos até então, as deslocações após o divórcio dão origem a conflitos legais, sobretudo, quando o progenitor guardião (isto é, o que tem legalmente o direito de guarda) quer deslocar-se com a criança, e o outro progenitor se opõe porque vê os seus direitos restringidos.

O interesse do progenitor não guardião é constituído pelo interesse de manter o contacto suficiente com o(a) filho(a) de modo a manter a sua relação parental, pois a separação física com a criança leva a que as visitas semanais ou mensais se tornem inexecutáveis, o que traz dificuldades acrescidas à manutenção de uma relação. Por parte do progenitor guardião, a deslocação muitas vezes é necessária, nomeadamente por motivos de trabalho; para prosseguir uma oportunidade educativa; para começar uma nova vida familiar (para casar ou porque o novo cônjuge é transferido para outro Estado); ou simplesmente para fugir do outro progenitor porque sofre represálias.<sup>45</sup>

O problema que se coloca é que o progenitor guardião é numa grande parte das vezes a sua pessoa de referência, e o accionamento da Convenção leva a que haja um retorno imediato da criança e conseqüentemente uma separação da criança e da sua pessoa de referência.

A separação da criança da sua pessoa de referência é uma questão muito cautelosa, causando danos psicológicos irreversíveis às crianças, e o que acontece é que muitas vezes o progenitor raptor da criança, que é também a sua pessoa de referência, invoca o artigo 13.º n.º1 al. b). Isto é, o progenitor raptor vem opor-se ao regresso da criança, fundamentando que o regresso da criança ao estado de onde foi subtraída levará a perigos psicológicos intoleráveis para a criança, ao ser separada de si.

Para uma melhor percepção deste problema em questão, serão expostos casos reais,<sup>46</sup> nos quais se alude à alínea b) do artigo 13º, como fundamento de oposição ao regresso da

---

<sup>45</sup> Cf. BRAVER, Sanford L., e outros, *Mudança de residência de crianças após divórcio e superior interesse da criança : novas provas e considerações legais* / Sanford L. Braver, Ira M. Ellman, e William V. Fabricius ; Infância e Juventude, Lisboa, n.4(Out.-Dez.2007), p.86.

<sup>46</sup> Os casos reportam-se fundamentalmente às situações de rapto perpetrado por um familiar, em regra um progenitor, sendo essas as situações que correspondem à maioria dos pedidos de regresso formulados ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

criança.<sup>47</sup> Veremos como é que os tribunais reagem a este fundamento e a colisão dessas mesmas decisões com os interesses das crianças.

As posições não são inteiramente coincidentes, mas existe uma orientação dominante, que interpreta de forma restritiva o conceito de perigo psíquico, no sentido de decretar a restituição, quando se alude aos problemas psicológicos causados à criança pela separação do progenitor raptor, que não pode ou não quer, regressar ao país da sua residência habitual.

É muito controversa a aplicação da Convenção a certos casos, e este é um desses.

### **3.6.1 Casos cujo afastamento da pessoa de referência foi invocado mas rejeitado**

1. O primeiro caso reporta-se a uma criança de três anos de idade na data da remoção do alegado ilícito nascida em Fevereiro de 1998 na Finlândia. Os seus pais divorciam-se em Julho de 1999, e em 2000 é concedido à mãe o cuidado da criança e ao pai direitos de visita. Em Dezembro de 2000, a mãe leva a criança unilateralmente para a Alemanha. O pai da criança acciona um pedido de restituição, e a 7 de Março de 2001, o Tribunal ordena o regresso da criança. A mãe, perante o sucedido, recorre mas o recurso é indeferido e o retorno ordenado. Isto porque o tribunal rejeitou o argumento da mãe nos termos do artigo 13º, alínea b), segundo o qual a criança estaria exposta a um grave perigo de dano psicológico, se separada dela e colocada sob os cuidados do pai. Salientando que “existe a necessidade de uma interpretação restritiva das excepções”.<sup>48</sup>

2. Neste caso, as crianças tinham um e três anos de idade na altura do suposto ilícito. A família deixa a Suíça, e estabelece-se em Itália durante alguns meses. A 27 de Maio de 2005, a mãe leva as crianças para a Suíça, onde pede ao Tribunal um pedido de protecção contra o marido. A 5 de Julho de 2005, o pai pede o retorno das crianças para Itália. Consequentemente, a 13 de Julho, o Tribunal ordena o regresso das crianças a Itália. A mãe, interpõe recurso, expondo o seus motivos, nomeadamente, que o regresso das crianças era expô-las a um grave risco de dano, porque não iam estar aos seus cuidados como sempre estiveram e acabariam por ser confiadas aos cuidados de terceiro porque o pai não tinha capacidade para cuidar delas. O Tribunal rejeita o recurso, fundamentando: O artigo 13º b) deve ser interpretado de forma restritiva, e apenas perigos realmente graves podem ser tomados em conta. Não pertence à jurisdição do Tribunal na aplicação da Convenção de Haia, a pesquisa de com quem as crianças devem ficar. O Tribunal tem apenas a função de restaurar o *status quo ante*. A capacidade de educação e o modo de acolhimento em Itália não representa um sério risco. Além disso, a separação das crianças da sua mãe não é suficiente,

---

<sup>47</sup> As sentenças integradas no âmbito da Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional e que vão ser mencionadas podem ser consultadas e estão acessíveis em <http://www.incadat.com>. ; INCADAT (International Child Abduction Data-base) é uma plataforma na Internet que permite o acesso às decisões jurisdicionais mais importantes proferidas ao abrigo da Convenção de 1980, tendo como função a harmonização da jurisprudência e atenuação das diferenças culturais e jurídicas.

<sup>48</sup> Cf. a decisão do Higher Regional Court, na Alemanha, de 12 de Abril de 2001 [INCADAT: HC/E/DE 491].

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

por si só, para justificar aplicação do artigo 13º alínea b), a menos que se trate de crianças muito pequenas. No entanto, no caso em concreto, apesar de pequenas, o pai também prestava cuidados antes da subtracção.<sup>49</sup>

3. O caso diz respeito a uma criança de cinco anos na altura do alegado ilícito, nascida em França. Os pais eram divorciados, e tinham a guarda conjunta da criança. A mãe em Janeiro de 1991, leva a criança para Israel. O pai entra com um pedido de retorno da criança, e a 26 de Março de 1992, é ordenado o seu regresso para França.

Apesar da mãe ter recorrido ao abrigo do artigo 13º alínea b) defendendo que o pai da criança não tinha competências para exercer a guarda da criança, pois não era a figura primária de referência da mesma, é negado provimento ao recurso. Defendendo o Tribunal de Recurso, que ao caso em concreto não é aplicável o artigo 13º nº1 alínea b) da Convenção, acrescentando, que, em consequência, é injustificável uma investigação pormenorizada por parte de uma assistente social.<sup>50</sup>

4. Este caso reporta a situação de um menino e uma menina, com quatro e um ano de idade, respectivamente no momento do “ilícito”. Desde sempre viveram nos EUA. Os pais foram casados e exerciam a guarda conjunta dos filhos. A mãe e as crianças viajaram para Holanda, o estado de origem da mãe, a 24 de Maio de 1998, e acordaram, com o pai, voltar em 31 de Julho de 1998. No entanto, no dia 11 de Junho de 1998, a mãe informa o pai que ela e as crianças não iriam regressar. Consequentemente, o pai entra com um pedido de regresso das crianças a 29 de Outubro de 1998, na Autoridade Central dos EUA. A 9 de Fevereiro de 1999, é ordenada a restituição. A mãe recorre da decisão invocando o artigo 13º alínea b), defendendo que o regresso das crianças iria colocá-las numa situação ainda mais intolerável devido à separação delas em relação a si, e que é altamente provável que, num processo de responsabilidades parentais nos EUA, ela obtenha a guarda das crianças. O tribunal indeferiu o recuso com o fundamento de que as acções no âmbito da Convenção de Haia não estão relacionadas com o que pode vir a ser o melhor para as crianças, e que essa questão deve ser acautelada pelas autoridades centrais do Estado requerente.<sup>51</sup>

5. Este caso diz respeito a uma criança de 6 anos, no momento do alegado ilícito, que desde sempre tinha vivido na Austrália. Os pais eram divorciados e a mãe tinha a sua guarda. A 3 de Agosto de 1988, a mãe leva o filho para Inglaterra, que é o seu estado natal. A 10 de Agosto de 1988, o Tribunal de Sydney, a pedido do pai, ordena o regresso da criança, contudo, o Supremo Tribunal de Justiça Inglês, recusa esse mesmo pedido ao abrigo do artigo 13º alínea b), fundamentando que o regresso da criança iria expô-la ao sofrimento de danos psicológicos, consequentes da separação com a sua mãe.

O pai da criança recorre, e em sede de recurso o regresso da criança é ordenado, com base nos seguintes fundamentos: quando os mecanismos da Convenção são accionados é inevitável o dano psicológico mesmo que esta não regresse; deve-se presumir que os tribunais do Estado requerente

---

<sup>49</sup> Cf. a decisão do Tribunal federal, na Suíça, de 15 de Novembro de 2005 [INCADAT: HC/E/CH 841].

<sup>50</sup> Cf. a decisão do Supreme Court of Israel, em Israel, de 15 de Abril de 1992 [INCADAT: HC/E/IL 214].

<sup>51</sup> Cf. a decisão do Hoge Raad der Nederlanden, de 14 de Abril de 2000 [INCADAT: HC/E/NL 316].

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

serão capazes de minimizar e eliminar os danos que o menor possa enfrentar com o regresso; para o cumprimento do disposto do artigo 13º alínea b), o grau de danos psicológicos envolvidos deve ser grave, não existindo riscos originados do regresso da criança, mas apenas na recusa da mãe em acompanhá-la; a mãe não pode beneficiar da situação psicológica que criou e, em seguida, prevalecer-se dela.<sup>52</sup>

6. Neste caso, a criança tinha 13 meses na data da subtracção ilícita, nasceu em Israel e sempre viveu no mesmo sítio. Apesar de nacionalidades distintas, os seus pais começam a viver em Israel e adquirem a respectiva nacionalidade. À data da retenção, a 28 de Agosto de 2001, a mãe leva consigo a filha para Inglaterra. O casal permanecia casado e ambos exerciam os direitos de custódia. A 15 de Outubro de 2001, o pai procura o regresso da criança para Israel. A mãe não contesta a subtracção ilícita, mas invoca o artigo 13º b), argumentando que a criança estaria em risco de dano físico e psíquico em Israel, dada a situação de insegurança do país, acrescentando-se o facto de ela própria estar perante uma situação psicológica intolerável devido à situação do país, razão pela qual regressou a Inglaterra; e sendo ela cuidadora primária da filha, a separação de ambas levaria a danos psicológicos graves para a criança, até porque o pai não tem condições de prestar esses cuidados primários.

No entanto, a 14 de Março de 2002, a decisão do Tribunal foi ordenar o regresso da criança, rejeitando os argumentos ao abrigo do artigo 13º alínea b). O Tribunal defende que nenhum progenitor que subtrai o filho deve ser protegido. Contudo, isto não acontece neste caso, confirmando que a mãe não criou toda esta situação, mas é antes levada por condições externas, a segurança em Israel, reconhecendo ainda a sua situação psicológica de transtorno. No entanto, para ser invocada uma excepção do artigo 13º alínea b), o obstáculo tem de ser elevado, para que não se frustrate o objectivo convencional. Concluindo o Tribunal, que embora o regresso de uma criança possa parecer contra o seu bem-estar, o tribunal tem de ser forte, e não pode permitir que a excepção seja lividamente aplicada, sendo por isso o regresso da criança ordenado.

A mãe recorre da decisão, mas a decisão é decretada no mesmo sentido, o tribunal não está convencido de que os problemas reais e preocupantes, que enfrentam a mãe e a filha em Israel, levem a uma situação intolerável prevista no artigo 13º alínea b).<sup>53</sup>

7. Estamos perante um caso de um menino, que nasce em Israel em Junho de 2003. O pai frequentava um movimento religioso, movimento que levou ao detrimento da relação conjugal com a mãe da criança nesse mesmo ano, e ao conseqüente divórcio. A 20 de Junho 2004 o Tribunal de Família em Israel determina a guarda da criança com a mãe e o direito de visitas ao pai, pronunciando-se ainda no sentido de proibir a saída da criança daquele estado. A 27 de Março de 2005, a mãe pede o levantamento dessa proibição e o Tribunal rejeita, o que leva a mãe a 29 de Junho de 2005 a sair ilicitamente de Israel com a criança. O pai faz um pedido de regresso da criança, que é indeferido a 29 de Agosto de 2006 pelo Lausanne Paz Justiça.

---

<sup>52</sup> Cf. a decisão do Court of Appeal, em Inglaterra, de 14 de Dezembro de 1988 [INCADAT: HC/E/UKe 34].

<sup>53</sup> Cf. a decisão do Court of Appeal, em Inglaterra, de 7 de Março de 2002 [INCADAT: HC/E/UKe 469].

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Foi observado pelo Tribunal Cantonal, que o caso alude a uma criança muito nova que estava sob a custódia da mãe e que sempre esteve aos seus cuidados; que por sua vez, o pai morava numa comunidade religiosa e que auferia uma pensão apenas de 300 francos; a guarda da criança tinha sido dada à mãe por causa do clima de medo que existia na casa do pai, e este apenas tinha direitos de visita restritos. Considerando o Tribunal Cantonal, perante toda esta situação, que o regresso a Israel envolvia um risco de dano psicológico à criança, ficando esta colocada numa situação intolerável ao abrigo do artigo 13º b). O pai recorre e é dado provimento ao recurso, o regresso é ordenado, com os seguintes fundamentos: as excepções do artigo 13º b) devem ser interpretadas de forma restritiva, apenas sérios riscos devem ser levados em consideração e o ónus da prova recai na pessoa que se opõe ao regresso; o pai que subtrai não pode beneficiar da sua conduta ilícita; a renda que auferir é irrelevante, e a violência do pai não ameaça a criança.<sup>54</sup>

8. Evidenciando o mesmo panorama que os casos anteriores, este reporta-se à situação de uma menina, com três anos no momento da subtracção por parte da progenitora. Os seus pais eram de origem Turca, mas viviam na Austrália com a criança, no momento do alegado ilícito e tinham acabado de se divorciar. A mãe leva a criança em 2001, primeiro para a Turquia e depois para a Suíça, mas acaba por permanecer na Suíça. A 10 de Janeiro de 2002, o pai pede o retorno da criança para a Austrália, no entanto, o pedido é indeferido. O tribunal de 1ª instância concluiu que a mãe ao estabelecer matrimónio na Suíça, tinha razão suficiente para recusar-se regressar a Austrália, e um retorno da criança sem a mãe não deveria ser exigido à criança pela consequente separação, acrescentando-se o facto de esta se encontrar num jardim de infância e relativamente integrada. A 14 de Fevereiro de 2002, o pai recorre, com fundamento de que o Tribunal de 1ª instância não deveria ter considerado que a excepção do artigo 13º b) era aplicável ao caso, fundamentando que essa excepção deve ser interpretada restritivamente, de forma a que o progenitor que subtrai a criança não beneficie da sua conduta ilícita. O Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que esta excepção realmente só deve ser aplicada a casos em que seja provável que a criança seja abusada ou a casos em que as autoridades do Estado da residência habitual da criança não sejam capazes de proteger a criança eficazmente. E, de acordo com isso, o regresso da criança a Austrália não desencadearia nenhuma dessas situações, ordenando por isso o regresso da criança. Acrescentando ainda que, segundo a jurisprudência e doutrina na Suíça, a excepção do artigo 13º b) não se aplica a uma possível separação da criança com a mãe, e que a única controvérsia existente a este respeito é quando a criança é ainda um bebé. E, que, neste caso em concreto, não existia qualquer impossibilidade da mãe regressar, sendo esta a única responsável pelo trauma do regresso da criança, e que o facto de a criança estar integrada é irrelevante.<sup>55</sup>

9. Este último caso reporta-se a uma criança que nasce a 29 de Novembro de 2009, e os seus respectivos pais, de nacionalidade Portuguesa, residem em Bruxelas desde 2006. A progenitora sai da Bélgica com a criança a 4 de Junho de 2011 com destino a Portugal, para permanecer junto da família materna e para a realização de alguns exames no período de 3

---

<sup>54</sup> Cf. a decisão do Tribunal Federal, na Suíça, de 16 de Agosto de 2007 [INCADAT: HC/E/CH 955].

<sup>55</sup> Cf. a decisão do Tribunal Federal, na Suíça, de 27 de Março de 2003 [INCADAT: HC/E/CH 788].

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

semanas. A 16 de Julho de 2011, a progenitora comunica ao progenitor que não pretender regressar à Bélgica, e que a criança também não regressará. O pedido de accionamento da Convenção é feito pelo progenitor, ao qual, a mãe se opõe, invocando o artigo 13º alínea b), nomeadamente: o pai consome excessivamente álcool sendo agressivo; e a separação da mãe representaria graves e inestimáveis problemas psíquicos para a filha. O recurso da mãe é improcedente, porque nas palavras do Tribunal “O afastamento da mãe, com quem tem uma relação de afecto, trará, necessariamente, consequências psicológicas, como é natural, mas nada resulta dos autos, no sentido de se poder afirmar que tais consequências serão graves, inultrapassáveis, pondo em perigo a saúde psicológica da menor ou colocando-a numa situação intolerável”. No entanto, na própria decisão diz-se que o relatório social assenta apenas nas declarações da família da criança e não foram realizados testes psicológicos.<sup>56</sup>

Numa análise geral a todos os casos acima expostos, desde logo são todos eles decididos ao abrigo da Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Menores, mas o que se pretende evidenciar com estas mesmas decisões é a interpretação restritiva do artigo 13º alínea b) da presente Convenção.

Em todos os casos supra mencionados, perante o accionamento da Convenção pelo progenitor cujo direito foi violado<sup>57</sup>, o progenitor que subtrai a criança vem invocar que o seu regresso não deve ser decretado porque o regresso revestirá “*um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica*” ou “*numa situação intolerável*”, aludindo ao preceito do artigo 13º alínea b). Nestes casos em concreto, o progenitor raptor é a figura primária de referência da criança, a pessoa que sempre cuidou dela e a pessoa cujo afastamento pode realmente traduzir-se numa situação intolerável para a criança, originária de danos psicológicos irreversíveis na sua vida.

É na aplicação prática que se vê as consequências da interpretação restritiva da norma do art. 13.º, al. b), sendo esta, causa directa de que a separação da criança com o progenitor referência, não seja considerado um perigo psicológico para a criança.

Os tribunais defendem nas suas decisões, nomeadamente no primeiro, segundo, sétimo e oitavo caso que é necessária uma interpretação restritiva das excepções, e que apenas sérios danos aos interesses da criança podem justificar a negação da restituição, não considerando como sério o dano da separação da criança com a sua figura primária de referência. Esta

---

<sup>56</sup> Cf. Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26-06-2012 (relator: Cristina Coelho) vide in Base Jurídico-Documental do MJ, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>57</sup> Direito de guarda ou visita.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

última conclusão pode verificar-se expressamente na primeira decisão, no qual o Tribunal se pronuncia no sentido de que a criança não está exposta a um grave perigo de dano psicológico se separada da mãe, que no caso em concreto era a sua figura primária de referência. Acrescentando-se ainda, o facto de na decisão do terceiro caso, o tribunal decidir que a separação da criança com a mãe não é suficiente, por si só, para justificar a aplicação do artigo 13º. E, se recorrermos ao quarto caso, vemos que nem sequer se admite a possibilidade de se alegar a separação da criança com a sua mãe e os perigos que daí advêm, para se invocar a excepção do artigo 13º alínea b).

Encontramos também, como fundamento da recusa da aplicação da excepção a este tipo de casos, nomeadamente, no segundo e quarto caso, que as acções no âmbito da Convenção de Haia não estão relacionadas com o que pode vir a ser melhor para a criança, pertencendo essa questão às autoridades do estado requerente, pois a única função da Convenção prende-se com o retorno ao *status quo ante*. Isto é, que a criança regresse ao estado de onde foi subtraída sem qualquer análise mais profunda do caso em concreto, não se considerando sequer se a decisão perfaz o interesse da criança.

Existem mesmo casos de regresso imediato da criança por violação do direito de visita da outra parte, como sucede no primeiro, quinto e sétimo caso, em que a alínea b) do artigo 13º não é considerada, defendendo-se que as “mães guardiãs” utilizam-se dessa mesma excepção de oposição ao regresso para legitimar o seu acto ilícito. No entanto, a não aplicação da excepção não se pode prender com a conduta do progenitor, quando aquilo que se pretende com esta excepção é proteger a criança.

Neste sentido, no Canadá, um tribunal considerou, por unanimidade, que o mecanismo de regresso obrigatório prescrito pela Convenção de Haia não era aplicável aos casos em que o progenitor guarda planeia mudar de residência com a criança, mesmo que tal solução afecte os direitos de visita de outro progenitor. Num outro caso, o tribunal decidiu que seria necessário que o progenitor guarda fosse declarado culpado, pelo direito penal interno, de ter raptado o seu próprio/a filho/a, para que fosse aplicado o regime da Convenção.<sup>58</sup>

Não se pode equiparar, para efeitos de intervenção do direito internacional, a violação do direito-dever guarda à violação do direito-dever de visita. No sentido de que: se o que se pretende defender são os interesses da criança, a subtracção da criança ao progenitor guarda,

---

<sup>58</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 143, nota 339.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

com quem a criança reside habitualmente e que cuida dele no dia-a-dia, vai ser uma perturbação maior e vai ter consequências mais gravosas na vida da criança do que uma violação do regime de visitas. Um regime de visitas implica uma relação diferente do progenitor com a criança, acabando por ser sempre uma relação mais pobre e não se pode comparar com a relação que é estabelecida entre a criança e a sua pessoa de referência.<sup>59</sup>

Acrescentando-se, ainda, o facto de que a mudança de cidade ou de país da pessoa de referência com a criança consiste num direito fundamental dos cidadãos à livre circulação, princípio este defendido quer em Convenções Europeias, quer na nossa Constituição (artigo 44º), e como tal deve ser respeitado pelos Tribunais, devendo presumir-se o direito do progenitor residente determinar ou alterar o lugar de residência da criança, salvo prova de situações de perigo para a segurança ou saúde da criança causadas por essa mesma deslocação.<sup>60 61</sup>

Dentro dos fundamentos invocados para a não aplicação do artigo 13º alínea b) aos casos em concreto, encontram-se ainda no quinto caso: a inevitabilidade dos danos psicológicos perante o accionamento da Convenção e a presunção que os tribunais do Estado requerente são capazes de minimizar e eliminar os danos que a criança possa enfrentar com o regresso. Quanto ao primeiro fundamento é inevitável que uma criança que tenha sido levada para outro país sofra de incerteza, confusão e ansiedade, mas esses estados psíquicos podem ser agravados quando não seja ponderado o seu regresso. Quanto à presunção, segundo fundamento, o bem-estar da criança não pode estar dependente de presunções mas de certezas, isto é, quando existem possíveis danos para a criança resultantes do seu regresso, o Tribunal só deve permitir que isso aconteça mediante acordos assumidos pelo estado requerente de que a criança será acompanhada, não deve limitar-se a presumir que aquela criança poderá ser protegida pela autoridades requerentes, excluindo do seu âmbito de responsabilidade a averiguação de que realmente isso acontecerá. Caso contrário, não havendo a certeza de que os riscos inerentes do regresso da criança sejam assumidos pelo Estado requerente, a decisão do Tribunal deve passar pela recusa do regresso da criança ao mesmo.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.143.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p.102

<sup>61</sup> Neste sentido, Nuno Gonçalo da Ascensão (*A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: alguns aspectos, ob. cit.*) defende que é pouco provável que ao abrigo da Convenção de Haia, o titular do direito de visita consiga tornar efectiva a entrega da criança, pelo menos se o direito do guardião não se encontrar limitado por alguma restrição que o impeça de livremente fixar a residência do menor.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Note-se ainda, através das decisões do quinto, sétimo e oitavo caso, que apesar dos Tribunais de 1ª instância entenderem que a separação da mãe e do filho provoca um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem psíquica ou numa situação intolerável, os Tribunais de recurso rejeitam essa apreciação de fundo, decretando o regresso da criança, em cumprimento do objectivo convencional.

Quanto ao último caso exposto, veja-se que existe uma confirmação de que é inevitável que ocorram danos psicológicos do afastamento da criança com a sua mãe, mas que não resultam dos autos, que esses danos se traduzam numa situação intolerável para a criança. Nesse mesmo excerto remete-se para uma nota no acórdão, no qual o Tribunal refere que “as conclusões do relatório social elaborado em Portugal, apenas assentam nas declarações da mãe e restante família materna, e no contacto com a menor, sem que tenham sido efectuados quaisquer testes psicológicos”. Isto é, admite-se que não ficou provado que essa situação seja intolerável, mas também admite-se que não foram realizados quaisquer testes psicológicos para fazer a prova.

Os casos em apreço demonstram um absoluto desprezo pelo interesse da criança, nomeadamente, pelos prováveis perigos psicológicos que a criança terá que suportar por força da separação da pessoa que sempre cuidou dela. Uma criança que sempre esteve aos cuidados de um dos progenitores<sup>62</sup>, num curto espaço de tempo, vai-se deparar com uma nova mudança, vai regressar a um país diferente e estar ao cuidado do outro progenitor, que nunca foi a pessoa que prestou os seus cuidados primários, sendo este último factor o que mais afectará a criança.

Vejam os terceiro caso, a criança já se encontrava com a mãe há mais de um ano no país para onde foi subtraída, tal como acontece no primeiro caso, quando é feito o pedido de regresso por parte do pai, havendo, neste caso, em concreto, para além de consequências pelo afastamento da pessoa de referência, consequências por uma nova desintegração. Estas crianças são crianças em perigo, na medida em que um dos titulares do poder paternal, ainda que não mantenha qualquer ligação afectiva com a criança, durante anos, pode a qualquer momento reclamá-la, com prejuízo de todo o tempo entretanto decorrido, durante o qual a criança criou ligações profundas, que, depois são, de forma insensível, postas de parte.

---

<sup>62</sup> Numa grande maioria das vezes, é a mãe, como nos casos expostos. Não quer dizer, no entanto, que não haja casos, em que o progenitor raptor é o pai, e simultaneamente, a sua pessoa de referência.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

O sexto caso, por sua vez, evidencia-se dos outros, na medida em que o próprio Tribunal admite que a mãe não cria toda a situação e nem se pretende prevalecer da mesma, existindo realmente razões externas que a levam a regressar a Inglaterra. Mas nas palavras do Tribunal, “*o Tribunal tem de ser forte, mesmo que a decisão pareça contra o bem-estar da criança, pois não se deve aplicar lividamente a excepção prevista no artigo 13º alínea b)*”, acabando por decretar o regresso de uma criança, apenas com 13 meses para o estado da habitual residência.

Perante os casos em concreto, aquilo que se evidencia é que não se faz uma ponderação do interesse da criança e das consequências do seu regresso, descartando-se por completo a oposição da mãe. O importante, nesta perspectiva, é a concretização do objectivo principal da Convenção: repor o direito do progenitor violado, decidindo pelo regresso imediato da criança, e remeter a questão da guarda da criança para uma decisão posterior pelo Tribunal do local da sua residência.

### **3.6.2 Casos de perigo imputado ao progenitor cujo direito foi violado**

1. Este caso reporta-se a uma menina e a um menino, respectivamente, com quatro anos e um ano e meio, à data da retenção ilícita. Até à data da retenção tinham vivido nos Estados Unidos e os pais eram casados. A mãe, em Junho de 1997 leva as crianças para a Alemanha, seu país de origem, para visitar a família e investigar oportunidades de emprego para o marido. A 3 de Julho de 1997, o marido diz-lhe que não tem intenções de se mudar para a Alemanha, e o retorno da mãe e dos filhos que estava previsto para Junho de 1997 não acontece. A guarda provisória é concedida à mãe no estado requerido. O pai faz um pedido de retorno e a 4 de Junho de 1998 é recusado o retorno, fundamentando o tribunal que é necessária uma interpretação restritiva do artigo 13º alínea b) e que apenas sérios danos aos interesses da criança podem justificar a negação da restituição, mas que no caso em concreto havia esse dano, traduzido na possibilidade de o pai não receber nenhuma pensão mensal nos EUA, tendo o tribunal aceiteado o motivo da mãe para a recusa em voltar para o Estado de origem: o medo do marido.<sup>63</sup>

2. O caso reporta-se a uma menina de 6 anos na data do ilícito e que vivia em Inglaterra. Os pais estavam separados e a mãe tinha a sua custódia. A 5 de Dezembro de 1994, a mãe e o seu novo marido levam a menina para a Nova Zelândia. Em 30 de Janeiro de 1995, o pai da criança

---

<sup>63</sup> Cf. a decisão do Higher Regional Court, na Alemanha, de 25 de Novembro de 1998 [INCADAT: HC/E/DE 323].

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

acciona a Convenção e faz um pedido de retorno. Em 27 de Fevereiro de 1995 há uma ordem de retorno da criança, e a mãe opõe-se, invocando o artigo 13º nº1 al. b), defendendo que a criança tinha sido abusada pelo pai e que o pai sofria de ataques de raiva incontroláveis. A decisão do tribunal foi no sentido de decretar o retorno imediato da criança, com base no fundamento de que os tribunais do Estado de residência habitual da criança eram capazes de oferecer protecção contra qualquer tipo de violência e garantir o bem-estar da criança.<sup>64</sup>

Apesar de no primeiro caso, a restituição ser recusada, veja-se que o fundamento invocado não se baseia no perigo psicológico que resultaria da separação dos filhos da sua mãe, mas sim do perigo imputado ao progenitor cujo direito foi violado.

No segundo caso, a restituição é ordenada, mesmo sendo invocado um perigo físico e psíquico para a criança derivado do comportamento sexualmente abusivo do progenitor que pede o seu regresso, com o fundamento de que os Tribunais de residência habitual da criança efectivariam os interesses do menor. Esta decisão põe gravemente os interesses da criança em causa: quer por não existirem garantias de que realmente os Tribunais do Estado requerente actuaram no sentido da protecção da criança, num contexto de uma suspeita de um crime tão grave como o abuso sexual de crianças praticado pelo progenitor, quer por não atenderem ao facto de que a mãe é a sua figura primária de referência, e que uma separação da mesma terá consequências devastadoras no mundo da criança.

### **3.6.3 Casos de recusa de regresso pelo perigo da separação da criança e da sua pessoa de referência**

1. Estamos perante um caso que se reporta a duas crianças, de quatro e um ano de idade na data do alegado ilícito, que tinham até então vivido na Austrália. Os pais encontravam-se separados, e exerciam a guarda conjunta. A mãe a 23 de Julho de 2000 consegue uma ordem de protecção de violência doméstica. A 24 de Outubro de 2000, a mãe leva consigo as crianças para a Nova Zelândia, seu país de origem, para um período de férias, mediante acordo.

No entanto, a mãe e as crianças permanecem na Nova Zelândia instaurando-se de imediato um processo de regresso. A questão principal, no Tribunal de 1ª instância, prendia-se com saber se as crianças ao retornarem enfrentariam sérios riscos de perturbações, mas o juiz concluiu que quem deve assegurar mecanismos de protecção adequados para a restituição da crianças são as autoridades centrais e que isso não compete ao Tribunal, ordenando a restituição. Perante o sucedido, a mãe recorre.

---

<sup>64</sup> Cf. a decisão do High Court, na Nova Zelândia, de 30 de Setembro de 1995 [INCADAT: HC/E/NZ 770].

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

O tribunal de recurso vem negar a restituição atendendo ao artigo 13º b), tendo como fundamentos: “a solução mais adequada, não é, sempre, em todos os casos, o regresso imediato das crianças ao seu país de residência habitual”; “restituir uma criança cegamente para o local de residência não pode ser o resultado desejado para a criança”; “o juiz de primeira instância não ponderou se a mãe iria voltar com as crianças, nem as consequências de uma possível separação”, e reconhece ainda o tribunal que “o progenitor que subtrai não tem o direito de criar uma situação de “dano”, mas o tribunal também não tem autoridade para abster-se da jurisdição e isentar-se das suas funções, como tal reconhece que a separação das crianças da sua mãe seria colocar as crianças em grave risco de dano”.<sup>65</sup>

2. O caso reporta-se a duas meninas com idade entre 5 e 10 anos. A família viveu principalmente nos EUA, enquanto os pais permaneciam juntos, mas existiam visitas regulares à família no Quebec. As filhas e a mãe chegam mesmo a viver no Quebec, durante um determinado período, em 2008. Os pais separam-se, em Junho de 2010, e posteriormente a mãe vai viver para o Quebec com as meninas, apesar de ambos terem a guarda conjunta porque nenhum tribunal se pronunciou sobre a guarda das filhas. Em 2011, o pai decide pedir o retorno das crianças. O pedido foi recusado pelo Tribunal de 1ª instância, sublinhando este, que não pretende discutir as competências parentais do pai nem sugerir um perigo físico, no entanto, invoca a alínea b) do artigo 13.º porque as crianças sofrem de uma doença genética e requerem cuidados especiais que desde sempre foram assumidos pela mãe. Acrescentando ainda, que considerar os interesses da criança é realmente difícil, atendendo ao interesse “universal” como sugere o espírito da lei, mas na sua óptica parecia errado para fazer face a um objectivo convencional (regresso da criança) e a um interesse privado pôr em causa o interesse da criança, sendo que este interesse coincide com as excepções previstas na Convenção.<sup>66</sup>

3. O caso em concreto, tem por base uma criança que nasceu no México em 1997, filha de pai mexicano e mãe australiana. Os cônjuges viveram no México até 1998, em Dezembro do mesmo ano mudam-se para a Austrália. Em Janeiro de 1999, o pai volta para o México, mas a mãe e a criança permanecem na Austrália. A mãe acaba por revelar ao pai da criança, que não tem intenções de voltar para o México com a criança. Perante o sucedido, o pai acciona um pedido de regresso da criança. O tribunal recusa o pedido, aludindo ao preceito do artigo 13º alínea b), concluindo o juiz que perante as provas apresentadas, a mãe da criança sofrerá um transtorno depressivo ao entregar a criança ao pai, existindo um grave risco da mesma se suicidar. Consequentemente, isso importará graves riscos de danos psicológicos para a criança. Em recurso, o Tribunal confirmou a recusa do regresso da criança, mas com o fundamento de que os tribunais mexicanos não seriam capazes de executar as medidas adequadas para o bem-estar da criança, e o seu regresso podia revestir graves danos psicológicos. O problema acaba por ser encaminhado para o Tribunal de Família, para uma análise mais profunda da questão. Interpretando o tribunal de família o seguinte: o termo “grave” e “intolerável” do artigo 13º alínea b), não deve ser interpretado

<sup>65</sup> Cf. a decisão do High Court, na Nova Zelândia, de 30 de Outubro de 2002 [INCADAT: HC/E/NZ 495].

<sup>66</sup> Cf. a decisão do Cour supérieure de Québec, no Canadá, a 6 de Junho de [INCADAT: HC/E/CA 1023]

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

restritivamente, mas terá de ter o seu sentido habitual de excepção, porém, não quer dizer que seja frequentemente aplicada. É inevitável que uma criança que tenha sido levada para outro país sofra de incerteza, confusão e ansiedade, mas esses estados podem ser agravados quando não seja ponderado o seu regresso. A aplicação do artigo 13º requer a consideração das consequências do regresso da criança, questão essa que deve ser resolvida com base em provas no processo. Concluindo que, no caso em concreto existe uma grande probabilidade de suicídio da mãe da criança, assente em provas, e inevitavelmente isso causará danos psicológicos irreversíveis para a criança.<sup>67</sup>

4. O caso em apreço é referente a uma criança que nasce a 6 de Julho de 1988. Os pais separaram-se, e a 21 de Fevereiro de 2002, o Tribunal de Bruxelas regula o exercício das responsabilidades parentais no sentido destas serem exercidas conjuntamente, no entanto, a sua residência permanente fica com a progenitora. Em 2003, a progenitora decide vir para Portugal com a criança, sem consentimento do respectivo progenitor. O progenitor pede o regresso da criança para a Bélgica, ao qual a progenitora se opôs. Ao abrigo do disposto no art.º 13.º da Convenção de Haia de 25/10/1980, não se ordenou o regresso do menor para a Bélgica. Porém, o pai recorre da decisão. No entanto, o recurso é indeferido com os seguintes fundamentos: “A circunstância do menor ter apenas seis anos de idade, para nós, é um indicador seguro de que o eventual regresso da criança a Bruxelas, com a consequente entrega da mesma ao seu pai e o afastamento da sua mãe, acarretaria para ela indubitavelmente um sofrimento, que poria em risco a sua estabilidade emocional e afectiva, reflectindo-se necessariamente no seu normal desenvolvimento. Tal situação traduz-se quanto a nós na verificação da situação de risco grave para a criança de, com o seu retorno, ficar sujeita aos perigos de ordem psíquica, a que alude a apontada alínea b) do art.º 13.º da Convenção.”<sup>68</sup>

Como se pode observar, também existem decisões, em sentido contrário, e que consideram que a ruptura da ligação da criança com o/a detentor/a da guarda de facto (aquele/a que cuida) ou com a pessoa a quem provavelmente será confiada a guarda, em processo de regulação das responsabilidades parentais, prejudica seriamente a criança, colocando-a numa situação intolerável que justifica que não seja ordenado o regresso nos termos do n.º1 da alínea b) do artigo 13.º.

Nestas decisões, reconheceu-se que a separação da criança do seu guardião inicial coloca a criança numa situação intolerável, pela súbita e longa ruptura com o mesmo, demonstrado uma preocupação efectiva pelo bem-estar das crianças em causa, sem de todo violar o sentido

---

<sup>67</sup> Cf. a decisão High Court, na Austrália, a 27 de Junho de 2001 [INCADAT: HC/E/AU 347].

<sup>68</sup> Cf. Decisão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22-02-2005 (relator: Sousa Pinto) vide in Base Jurídico-Documental do MJ, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

da Convenção. Neste sentido, BRUCH<sup>69</sup> refere que parece “insensato” e “desnecessário” o accionamento da Convenção, quando existe uma grande probabilidade de que o progenitor que se deslocou, sem autorização do outro, consiga a guarda da criança. Devem ser tomadas medidas que permitam o regresso do progenitor raptor e da criança juntos. Caso contrário, a Convenção torna-se num mecanismo que prejudica desnecessariamente as crianças, resultado que se opõe aos seus objectivos.

O princípio do interesse da criança, obviamente que traz divergências no âmbito dos casos de rapto internacional, mas nunca deve ser suprimido, pelo simples facto de a conduta do seu progenitor ser repreensível. No entanto, muitas das decisões jurisprudenciais excluem a aplicação desta alínea com o fundamento que o progenitor não pode ter proveito da sua conduta ilícita e conseqüentemente existe a imposição do regresso da criança.

Neste sentido, os Tribunais não devem presumir, como é frequente nos Tribunais dos EUA, que os progenitores residentes visam com as deslocações provocar um afastamento da criança em relação ao outro progenitor. Até porque, quando a Convenção foi aprovada em 1980, na maioria dos casos, a subtracção dos menores era cometida pelo progenitor-pai. Este, descontente com a atribuição da guarda à mãe, levava os filhos para outro país como auto-defesa. Actualmente, o quadro que se apresenta é o da mãe proceder a essa conduta, por motivos diversos, nomeadamente por sofrer de violência doméstica; por ficar numa situação pós-divórcio de empobrecimento, pretendendo legitimamente melhorar a sua situação económica; ou porque pretende refazer a sua vida noutra país, ou até mesmo obter o simples apoio da família, que se encontra noutra estado.

Quanto a esta situação, ainda se verifica alguma discriminação, o progenitor sem guarda é livre de fazer as suas opções, é livre de mudar de residência e de alterar a relação que tem com os filhos, independentemente do impacto que isso tenha na vida da criança. Já, pelo contrário, o progenitor residente, para levar a criança consigo está dependente da autorização do outro progenitor ou do respectivo suprimento judicial. Assim, o progenitor residente tem como opções: separar-se da criança que cuida desde do seu nascimento, ou renunciar os seus projectos de vida.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Cf. BRUCH, Carol S., *Casos de rapto internacional de crianças...ob. Cit.*, p.59.

<sup>70</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais...ob. Cit.*, p.96.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Concordamos que não é em todos os casos que uma ordem de regresso reveste a gravidade aludida pela alínea b) do artigo 13º e que justifica uma consequente recusa da restituição internacional. No entanto, deve existir uma atitude cautelosa quando se apreciam os eventuais danos psicológicos causados à criança derivados exclusivamente da sua separação com o progenitor raptor. Principalmente quando o progenitor que subtrai a criança é a pessoa primária ou de referência da criança. Como refere SANFORD BRAVER<sup>71</sup> *“De facto, embora a separação do pai, causada pela deslocação, possa ser incómoda para a criança, a sua separação da mãe, que tem sido a prestadora primária de cuidados para a criança durante e após o casamento, pode parecer pior”*.

Contudo, se estamos perante um conflito de interesses, quer do progenitor que efectua a subtracção, quer do progenitor cujos direitos foram violados, a solução convencional deveria passar pelo legítimo interesse da criança, e não ter por base um mecanismo de reposição de direitos do progenitor que invoca o accionamento da Convenção. A criança não pode ser vista como um objecto cuja titularidade é disputada e muito menos a resolução dos litígios pode passar pela afirmação dos direitos dos seus progenitores. A resolução dos litígios que envolvem as crianças deve atender à realização dos seus direitos e interesses legítimos.

Nunca esquecendo que a Convenção dos Direitos das Crianças<sup>72</sup> no seu artigo 3º prevê *“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”*.

É essencial reconhecer e compreender os princípios fundamentais emergentes dos instrumentos internacionais juridicamente relevantes neste domínio, para uma adequada concretização judiciária do direito da família e das crianças. E um dos princípios fundamentais emergentes da Convenção dos direitos da Criança é “o melhor interesse da criança”, como se observa no seu artigo 3º, em qualquer decisão que lhe diga respeito. Logo, este princípio deve ser atendido nos termos do artigo 13º alínea b).

E ainda, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não faça muitas referências à criança, a jurisprudência do Tribunal Europeu aplica o princípio do primado interesse

---

<sup>71</sup> BRAVER, Sanford L., e outros, *Mudança de residência de crianças após divórcio e superior interesse da criança : novas provas e considerações legais, ob. Cit.*, p.92.

<sup>72</sup> Direito de menores / [organização] BDJUR - Base de Dados Jurídicos.- 6ª ed. - [Coimbra] : Almedina, [2010]. – p.369.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

superior da criança, nomeadamente, no *case of yousef v. The Netherlands*, decidido a 5 de Fevereiro de 2003 “ *O Tribunal reitera que, nas decisões judiciais, quando os direitos dos pais e os de uma criança, abrangidos pelo Artigo 8º (da Convenção Europeia, sobre o respeito da vida privada e familiar), estão em causa, os direitos das crianças têm de ser a consideração primordial*”.<sup>73</sup>

### **3.7 Consequências da separação da pessoa de referência**

Os tribunais nos EUA têm recorrido a investigações da ciência social sobre os potenciais efeitos das deslocações nas crianças, surgindo novas tendências jurisprudenciais de afastar as restrições às deslocações por parte dos progenitores guardiães ou que detêm os cuidados primários da criança.<sup>74/75</sup>

A experiência da vida e os dados da psicologia demonstram que uma criança sofrerá danos graves no seu desenvolvimento psicológico, físico e mental, com o afastamento da pessoa que é a sua figura de referência, que como vimos é aquela pessoa que detém os cuidados primários da criança.

Os resultados das investigações de John Bowlby e Mary Ainsworth vêm exactamente de encontro a este facto, alertando ainda, para o facto de que crianças que são separadas da sua figura materna ou do seu cuidador primário revelam dificuldades na infância e na idade adulta, resultando mesmo psicopatologias desta privação. Neste mesmo panorama, investigações feitas sobre o impacto do divórcio revelam, contrariamente, ao que a convicção popular julga, que a manutenção de uma relação frequente da criança com ambos os pais não

---

<sup>73</sup> Cf. MONTEIRO, A. Reis; *Direitos da criança: era uma vez.. ob. Cit.*, p.79.

<sup>74</sup> Cf. BRAVER, Sanford L., e outros, *Mudança de residência de crianças após divórcio e superior interesse da criança: novas provas e considerações legais, ob. Cit.*, p.93.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p.110 - Apesar do caso em concreto não constituir um caso de aplicação da Convenção relativa ao Rapto Internacional de Crianças, torna-se relevante a sua menção, porque reporta-se a um caso de um pedido, por parte da progenitora guardiã, de deslocação com as crianças para um outro Estado, apesar numa menor extensão (deslocação entre estados dos EUA). É um caso decidido num tribunal de recurso Californiano, no qual, ao tempo do divórcio a mãe foi sempre a progenitora primária dos filhos e a relação afectiva com o pai era das melhores, existindo contacto semanal entre ele e as crianças. A mãe pede o direito de guarda para se deslocar com os filhos para o Novo México, onde a família vivia. O pai perante o pedido da mãe, pediu ao Tribunal a alteração condicional da decisão de guarda. O tribunal decidiu indeferir o requerimento do pai, fundamentando o juiz a sua decisão, no facto de se ver obrigado a “escolher a alternativa menos má para o superior interesse das crianças”: a manutenção da guarda primária com a mãe no Novo México. As decisões, neste âmbito, podem ser uma das consequências do rapto internacional de crianças por parte de um progenitor, acontecendo pelo medo de que, perante um pedido judicial de levar as crianças para outro estado, o juiz indefira esse pedido e consequentemente atribua a guarda ao outro progenitor. No entanto, no caso em concreto o juiz atendeu e ponderou o superior interesse da criança, o que por vezes muitos outros juízes não fazem.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

afecta a adaptabilidade da mesma à situação que vivencia, resultando essa adaptação do facto de a criança estar ao cuidado de um progenitor responsável.<sup>76</sup>

Logo, o problema que se gera perante uma ordem de restituição imediata é que esta pode originar danos graves à criança, quando essa ordem implica uma separação da sua pessoa de referência, isto porque é muito mais traumatizante para a criança uma ruptura com o progenitor com quem tem vivido e com quem construiu uma relação mais forte, do que a redução do contacto com o outro progenitor.

A verdade sociológica e afectiva, vivida pela criança, é uma realidade mais presente na sua vida e mais necessária no seu bem-estar e desenvolvimento, do que a própria identidade biológica<sup>77</sup>. Logo, quando dentro da própria identidade biológica existam conflitos de interesses de ambos os progenitores, a decisão, deve ser ela também, baseada no interesse da criança, no sentido de manter a sua estabilidade emocional e contacto diário com a sua pessoa de referência.

A questão da mudança de residência deve ser analisada perante as alternativas disponíveis. Claro que nenhuma das opções é a ideal, no entanto, nenhuma sendo a ideal, é de prevalecer aquela que mantém a criança com a sua figura primária de referência.

Como MARIA CLARA SOTTOMAYOR<sup>78</sup> refere “*A conflitualidade em torno desta questão contribui, ela própria, para lesar o interesse da criança...uma solução, que favoreça a estabilidade da relação da figura primária de referência com o/a filho/a e a sua liberdade de opção relativamente à deslocação, evita o surgimento deste tipo de conflitos...*”.

---

<sup>76</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara- *Regulação do exercício das responsabilidades parentais...ob. Cit.*, p.101.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.8.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p.95.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

### **3.8 A presunção do interesse da criança da Convenção de Haia**

Como se pode observar, nomeadamente pela Convenção dos Direitos da Criança, acima referenciada, nota-se no movimento internacional uma preocupação na efectivação dos direitos da criança, ajudando a modelar um conceito de família que olha para a criança numa perspectiva de individualização dos seus direitos, vendo-se mesmo uma afirmação e concretização com especial vigor do princípio do interesse da criança.

Pretende-se que haja uma democratização do mundo familiar, no qual o papel da criança passa a ter um papel muito mais participativo quanto às decisões que lhe dizem respeito. Como refere ADAYER DYER<sup>79</sup>, *“à medida que nos aproximamos do fim deste século, a visão da criança como sujeito do Direito e do Direito Internacional, em vez de objecto desse Direito, tende a predominar”*.

É perceptível, após o exposto, que o princípio da célere restituição da criança subtraída é a base sobre qual assenta a Convenção de Haia de 1980. Desde logo recorre-se a procedimentos de urgência, e uma vez que se verifique o carácter ilícito da deslocação e fracassadas as medidas tomadas para uma restituição voluntária (artigo 10º e 7º al.c)), a autoridade competente deverá ordenar o seu regresso imediato (artigo 12º nº1).

Os Tribunais em todos os Estados contraentes devem, inevitavelmente, fazer referência e avaliar os objectivos da Convenção para que possam compreender a finalidade do instrumento, interpretar os conceitos e aplicar as disposições.

O artigo 1º da Convenção identifica os objectivos fundamentais:

- Assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer estado Contratante
- Respeitar de maneira efectiva nos outros Estados Contraentes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contraente

Para uma maior eficácia da celeridade de todo o processo, a Convenção vem proibir no seu artigo 16º que as autoridades do Estado onde o menor se encontre, depois de informadas da retenção ilícita, decidam sobre o fundo do direito de guarda, e ainda reforça o artigo 17.º da

---

<sup>79</sup> DYER, Adair - *A conferência da Haia completa com anos de trabalho no campo de direito dos menores* / Adair Dyer ; [tradução de] Teresa Trigo de Sousa Infância e juventude, Lisboa, n.3(Jul.-Set.1993), p.16.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

mesma, que a existência de uma decisão sobre a guarda não serve de obstáculo ao regresso imediato da criança.

No entanto, e como referido, existe um conjunto de excepções que ao serem invocadas acabam por permitir que haja uma maior discricionariedade quanto à decisão de regresso imediato da criança. São as cláusulas que invocam o princípio do interesse da criança.<sup>80</sup>

Se estiver preenchida algumas das excepções do artigo 12º, 13º e 20º, a proibição de decisão de mérito desaparecerá, se se revelar que, de acordo com a Convenção, não é apropriado o regresso da criança.<sup>81</sup>

Existindo por isso, estados requeridos ao abrigo da Convenção, como nos casos supra referenciados, que perante a oposição do regresso da criança fundada numa dessas excepções, acabam por ajuizar sobre qual dos dois progenitores reúne melhores condições, e as autoridades acabam por ponderar o interesse concreto da criança. Isto é, sobreavaliam o facto de o menor se encontrar bem junto do raptor e de uma eventual alteração lesar a sua estabilidade ou o ambiente em que o menor será colocado caso seja feita a restituição.

No entanto, há quem defenda que estas cláusulas só vêm permitir que haja uma discussão sobre o mérito da guarda e afastam o objectivo primordial da Convenção: o regresso imediato da criança ao Estado de onde foi subtraída, frustrando assim o seu esforço convencional. Entendemos porém, que as próprias decisões que ordenam o regresso da criança, por preverem que o interesse da criança é voltar ao estado de onde foi subtraída, incidem elas também em juízos de valor e no mérito da questão.

É certo que o ponto de partida da Convenção de 1980 quanto ao interesse da criança, perante a sua subtracção unilateral e privação do contacto com um dos progenitores, será o regresso à sua situação anterior.

A convenção pretendeu desta forma evitar as mais variadas interpretações de qual o interesse do menor no caso em concreto, adoptando como interesse mais evidente do menor,

---

<sup>80</sup> Cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças...ob. Cit.*, p. 505.

<sup>81</sup> Cf. OLIVEIRA, Elsa Dias - *Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores* / Elsa Dias Oliveira *Revista do CEJ*, Lisboa, n.1(2004), p.67

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

desta forma, o direito de gozar da estabilidade nas suas relações familiares<sup>82</sup>. Isto é, a Convenção parte da presunção que o melhor para a criança é assegurar o seu regresso imediato ao Estado onde antes da subtracção tinha a sua residência habitual. Existindo assim uma “suposta” tutela paralela, quer da efectivação dos direitos de custódia quer do interesse da criança.

E nessa mesma perspectiva, aparecem as decisões que invocam uma interpretação restritiva do preceito a que alude o artigo 13º b), que impedem que a separação da criança da sua pessoa de referência seja considerada o perigo intolerável aludido no preceito. Incorporando, apenas, no seu núcleo restritivo de excepções, o objectivo convencional: o perigo inerente à pessoa que invoca a convenção e a falta de cautela das autoridades do estado requerente do bem-estar da criança.

O grande problema é que nos debatemos com situações em que o regresso da criança só terá efeitos prejudiciais para a mesma, e, devido à recusa de uma análise mais aprofundada daquilo que se considera melhor para a criança, são tomadas decisões que vão contra a criança como pessoa, que tem sentimentos, e acaba por haver um conflito com outros instrumentos internacionais, nomeadamente com a Convenção dos Direitos da Criança.

Esta presunção de que o interesse do menor corresponderá ao seu retorno imediato é criticável. Na medida, em que estamos perante situações que põem em “jogo” a vida da criança, a Convenção não pode presumir que o restabelecimento do seu *status* anterior é em todos os casos o melhor para ela, porque inevitavelmente isso dependerá de caso para caso.

Nas palavras de RUI JORGE GUEDES FARIA AMORIM<sup>83</sup> “*o interesse de uma criança não se confunde com o interesse de outra criança e o interesse de cada menor é, ele próprio, susceptível de se modificar ao longo do tempo, já que o processo de desenvolvimento é uma sucessão de estádios, com características e necessidades próprias.*” Logo, em certos casos, essa presunção vai contra os interesses das crianças porque nem sempre o seu retorno corresponde ao melhor para ela, tornando-se imprescindível uma valoração da situação em concreto.

---

<sup>82</sup> Cf. PÉREZ VERA, Elisa -*El Convenio de la Haya sobre la sustracción internacional de menores, veinte años después* / Elisa Pérez Vera In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço / organizado por Rui Manuel de Moura Ramos.. [et al.] . - [Coimbra] : Almedina, [2002]. - 1.v., p.583

<sup>83</sup> Cf. AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria - *O interesse menor : um conceito transversal à jurisdição de família e crianças* / Rui Jorge Guedes Faria Amorim Revista do CEJ, Lisboa, n.12(2.sem.2009), p.88.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

O facto da Convenção ter objectivos fundamentais, nomeadamente a celeridade, não pode levar à subordinação dos interesses da criança, que são postos em perigo para se conseguir atingir esses objectivos.

A existência de um conjunto de excepções (artigo 12º; 13º e 20º), indicam que a própria Convenção incorpora um objectivo adicional, o que permite que, perante certas circunstâncias, seja ponderado o melhor interesse da criança.<sup>84</sup>

É fundamental que se entenda, que a celeridade imposta pela Convenção não pode, de todo, ser um limite aos direitos das crianças, pelo contrário, os interesses e os direitos das crianças envolvidas neste tipo de conflitos devem ser um limite da celeridade processual. Assim sendo, quando se imponha o dever de averiguar o interesse da criança e seja invocada a excepção do artigo 13 b), esta deve ser acautelada e a previsão do artigo 16º deve ser afastada.

O interesse da criança não pode ser afastado e suprido em função de um objectivo convencional e do seu conseqüente sucesso. Existe, por isso, uma necessidade urgente, de sensibilizar e consciencializar os aplicadores da Convenção para a ideia de que a própria Convenção prevê excepções, para salvaguardar os direitos e interesses da criança. Portanto, quando o regresso da criança, não se afigure ao seu interesse, este não deve ser decretado.

Não se pretende com o exposto defender que é legítimo a um dos progenitores, por decisão unilateral, levar os filhos para um país estrangeiro, nem muito menos justificar a acção ilícita desses mesmos progenitores. Mas, perante o sucedido, é imprescindível uma valoração da situação em que se encontra a criança, porque para além de estarmos a falar de uma pessoa singular a quem lhe são reconhecidos direitos, numa perspectiva jurídica, existe, sobretudo, em todo o desenrolar de uma situação de rapto, uma dimensão social.

---

<sup>84</sup> “A Convenção teve por fim proteger a criança no plano internacional dos efeitos prejudiciais resultantes de uma mudança de domicílio ou de uma retenção ilícita e estabelecer formas que garantam o regresso imediato da criança ao estado de residência habitual, bem como assegurar a protecção dos direitos de visita, não é menos verdade que foram razões inerentes à salvaguarda dos interesses superiores das crianças que estiveram na base do estabelecimento das excepções à aplicação do regime de recondução das mesmas para o país onde se encontravam antes da actuação ilegítima, isto é, foram essas razões que estão na base da previsão deste artº 13º, em particular, da alínea b) do mesmo” vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.02.2005

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Achamos por isso, que a convenção pode ter como objectivo primordial o regresso da criança ao Estado de onde ela foi subtraída, mas nunca esquecendo de ponderar se esse regresso satisfaz ou não os seus interesses, quando esteja em causa uma possível separação com a pessoa que sempre cuidou dela. Nas palavras de NUNO GONÇALO DA ASCENSÃO SILVA<sup>85</sup>, “*a Convenção de Haia tem constituído um instrumento privilegiado de protecção da criança contra a actuação ilícita dos familiares que ponham em causa o seu direito à família, devendo, naturalmente, o seu funcionamento eficaz, a culminar numa ordem de restituição, não obscurecer a necessidade de, por vezes, ponderar os mérito da guarda....garantido no Estado de regresso o decurso de um processo justo e imparcial*”.

Considerando ainda que o próprio preâmbulo da Convenção afirma que ela tem como objectivo “*proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de uma mudança de domicílio ou de uma retenção ilícitas*”. Logo se do regresso ao estado de onde foi subtraída resulta um efeito mais prejudicial, o qual tem de ser ponderado, aquele não deve ser ordenado, por ir contra aos objectivos da própria Convenção.

Recorrendo à declaração dos Direitos da Criança, promulgada a 20 de Novembro de 1959, no seu Princípio segundo, consagra que “*A criança gozará protecção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objectivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.*”

Invocada a presunção e o retorno seja decretado de forma automática levam-nos a ponderar: “estamos perante uma pessoa ou uma coisa?”, e ainda, se estamos perante uma Convenção que pretende proteger o poder paternal ou proteger a criança.<sup>86</sup>

A criança não pode ser, de todo, um objecto, propriedade dos seus pais, que a qualquer momento um dos dois reclama. A criança é acima de tudo reconhecida juridicamente como

---

<sup>85</sup> Silva, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 ...ob. Cit.*, p. 550.

<sup>86</sup> Fazendo um paralelismo: Uma ordem de retorno da criança, para o progenitor que reclama o seu regresso, independentemente de os seus direitos de guarda/visita terem sido violados, afastando-a do progenitor referênciada, sem ponderar os interesses da criança, é o mesmo que seguir o critério da identidade biológica. Isto porque este critério, nos conflitos judiciais entre pais biológicos e pais afectivos, encara a criança como um objecto, que vê como únicas necessidades da criança uma habitação e alimentação, e desconhece a importância do afecto e da relação emocional para o seu crescimento e felicidade. Nos casos em estudo, não está em causa um critério da identidade biológica no sentido da palavra, mas no raciocínio lógico, utiliza-se o mesmo critério: a criança como objecto desprovida de sentimento.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

sujeito autónomo de direitos. Nas palavras de MARIA CLARA SOTTOMAYOR,<sup>87</sup> “ *Falar dos direitos da criança é, antes de mais, reconhecer à criança o estatuto de pessoa, titular de direitos fundamentais e vê-la, no espaço social, como pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, que em muitos aspectos se assemelham aos dos adultos.*”

Reforçando ainda esta ideia, A.REIS MONTEIRO<sup>88</sup> diz “*Atender ao interesse superior da criança não é mais que respeitar a criança como ser humano, reconhecendo a sua igualdade ético-jurídica, mas tendo em conta a sua diferença físico-psicológica*”.

Nota-se ainda, que os tribunais judiciais locais reagem ao conceito da Convenção, e têm proferido decisões ao abrigo do artigo 13º alínea b), que envolvem de certa forma um exame e atribuição da guarda com base no mérito, e são os tribunais de recurso que corrigem essa tendência por parte dos tribunais de primeira instância<sup>89</sup>, mantendo os princípios básicos da Convenção.<sup>90</sup>

Antes de mais, se existem excepções, estas são para ser aplicadas mesmo que de forma restritiva e com algum cuidado, e como foi dito anteriormente, estas excepções foram pensadas como um objectivo adicional da Convenção, neste caso, em concreto, para protecção da criança. Quando o objectivo principal da convenção (regresso imediato da criança) entre em confronto com o objectivo adicional (protecção do interesse da criança), o objectivo adicional deve prevalecer, caso contrário não faria sentido existir o artigo 13º alínea b) e as respectivas excepções. E ainda, se realmente o tribunal de 1ª instância acaba por ponderar o interesse da criança na situação em concreto e perante essa ponderação decide que deve ser

---

<sup>87</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara - *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança* / Maria Clara Sottomayor In: *Cuidar da justiça de crianças e jovens : a função dos juízes sociais*, ob. Cit., p.9.

<sup>88</sup> Cf. MONTEIRO, A. Reis; *Direitos da criança: era uma vez...*, ob. Cit., p.89.

<sup>89</sup> Exemplo disso é o caso [incadat 269] – Reino Unido, no qual, uma menina e menino de 9 e 7 anos respectivamente desde sempre viveram nos EUA, e são levados pela mãe para Inglaterra, a 1 de Janeiro de 1998, mediante autorização do juiz de menores para deslocação no período de Natal, mas acabam por permanecer nesse estado. Os pais eram divorciados e tinham a guarda conjunta, porém a mãe vivia com outra pessoa. O pai das crianças tinha sido condenado por lesão corporal grave contra duas crianças por um juiz na Califórnia. O pai perante a permanência dos filhos em Inglaterra pede o retorno das crianças, e a 6 de Julho de 1998, o Tribunal rejeita o seu pedido com o fundamento de que a excepção do artigo 13º alínea b) deve ser aplicada. O pai recorre, e o seu pedido é deferido. Consequentemente o retorno é ordenado, e os fundamentos da decisão do Tribunal de recurso foram: “o objectivo da Convenção é assegurar que a decisão da custódia substantiva é tomada pelos tribunais do estado onde as crianças têm a sua residência habitual”; “o tribunal da Califórnia pode proteger as crianças”; “o Juiz errou ao colocar muito peso no facto do padrasto das crianças não poder regressar aos EUA, o que levaria a mãe a não regressar também, consequentemente essa separação para as crianças resultaria num dano psicológico profundo, sendo esta apenas uma manobra dos mesmos para beneficiar da sua conduta ilícita”.

<sup>90</sup> DYER, Adair - *A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças : para uma cooperação global: os seus sucessos e insucessos*, ob. Cit., p.18.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças** **A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

aplicada a excepção do artigo 13 alínea b) para protecção da criança, é porque realmente é o melhor para ela. O tribunal de recurso, ao decidir em sentido contrário e contra essas mesmas ponderações tem como objectivo único o cumprimento da Convenção, e só mostra o desprezo completo por aquilo que se revela ser o melhor para a criança.

Entendemos que a Convenção, contudo, apesar da sua convertida aplicação e interpretação pelos tribunais, na maioria das suas decisões, não pretendeu de forma alguma menosprezar os interesses das crianças envolvidas nestes conflitos parentais. Existe, no entanto, uma necessidade de chegar a um equilíbrio na sua aplicação.

É certo que não existem dúvidas de que o objectivo primordial da Convenção é que a criança regresse o mais rapidamente possível ao Estado de onde foi retirada nos termos do artigo 1º. No entanto, a própria Convenção ao prever que o Estado requerido, em situações determinadas, não seja obrigado a ordenar o regresso da criança, veio proteger o interesse da criança, permitindo “ilidir” a presunção de que o interesse da criança é o regresso ao estado de onde foi subtraída.

Como refere ELSA DIAS OLIVEIRA<sup>91</sup>, “é óbvio que o que está subjacente é sempre o interesse da criança. E como tal poderia defender-se que o objectivo da Convenção em assegurar o seu retorno deve ser subordinado à consideração dos interesses da criança”. A Convenção não ficou de modo algum indiferente aos interesses da criança, reconhecendo a necessidade da regulação de excepções à obrigação geral de devolver a criança. Mas, por outro lado, a sua redacção podia ser mais esclarecedora quanto ao predomínio do interesse da criança perante um conflito de interesses; nomeadamente impedindo a discricionariedade do juiz quando se depare com uma das situações estabelecidas nas excepções.

Contudo, cabe ao julgador atender a este princípio basilar dos conflitos – o interesse da criança - preenchendo valorativamente este conceito, decidindo, na situação concreta de cada criança, o mais justo e o mais adequado, oferecendo as melhores garantias de desenvolvimento físico e psíquico à criança.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> Cf. OLIVEIRA, Elsa Dias - *Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores*, ob. Cit., p.64.

<sup>92</sup> Cf. AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria *O interesse menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças*, ob. Cit., p.88.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**4. Realidade dominante**

- Tem sido denunciado que os critérios para ordenar a restituição das crianças são diferentes consoante o raptor seja o pai ou mãe, sendo mais fácil ao pai reter os/as filhos/as, o que envolve discriminação da mulher e perigos para a criança, sobretudo quando a mãe é vítima de violência doméstica e muda de país para fugir ao agressor.<sup>93</sup>
- Os tribunais concedem a guarda quase automaticamente ao progenitor cujos direitos foram violados, encontrado assim uma forma de facilitar o regresso da criança, ainda que não haja provas de que a atribuição da guarda a este progenitor seja no interesse da criança.
- Em Portugal, os tribunais não se tem demitido de realizar uma ampla investigação do interesse da criança e do mérito de guarda que estava a ser exercida.

---

<sup>93</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara- *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, ob. Cit., nota 338.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**5. O relevo do regulamento na recusa do regresso**

Este regulamento vai ser aplicado em simultâneo com o artigo 13º da Convenção de Haia e vai ter implicações directas no mesmo.

O artigo 13º prevê os meios de oposição ao regresso da criança e o Regulamento vem restringir esses mesmos meios de oposição, introduzindo condições mais apertadas do que a Convenção de Haia para a possível retenção da criança. O regulamento vem afastar, no seu artigo 11º nº4, a possibilidade de recusa do regresso com fundamento numa das alíneas do artigo 13º, se o Estado requerente provar que tomou medidas adequadas para garantir a protecção da criança após o regresso.

O problema do Regulamento debate-se sobretudo por não especificar que medidas são essas, o preceito apenas diz “medidas adequadas” ou “garantias de protecção”, e alguns processos podem-se resumir a um simples documento subscrito pela Segurança Social do País para onde a criança deve ser remetida, a informar que *“terão em conta as necessidades psicológicas da criança de acordo com as informações que lhe forem trazidas pelo Tribunal e Serviços Sociais do País de onde ela vem, aquando da sua chegada”*.

Parece-nos certo, que a enunciada medida não é apropriada a acautelar os interesses da criança, pois além do mais não enuncia aquilo que será feito em concreto. No fundo, dão a entender que a criança irá necessitar de apoio psicológico mas remetem para mais tarde a análise desse apoio, o que de certa forma cria poucas ou nenhuma garantias de protecção.

O Estado requerido deve exigir ao Estado requerente, não apenas uma declaração de compromisso dos serviços sociais relativamente à avaliação do progenitor requerente e ao acompanhamento da criança, mas a especificação das medidas concretas tomadas e a tomar para proteger a criança do perigo, bem como a prova de eficácia dessas medidas e da sua adequação ao interesse da criança.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio, ob. Cit.*, p.145.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

### **Conclusão**

A Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças é sem dúvida um instrumento útil para a resolução de casos em que um dos progenitores subtrai a criança para outro país, infringindo as decisões de responsabilidades parentais adoptadas pelo estado onde a criança vive. Esta preza-se pela celeridade na reposição do *status* anterior da criança, permitindo que a criança volte à sua vida normal.

O problema que se coloca é que nem sempre essa celeridade e a reposição do seu *status* corresponde ao seu interesse, existindo uma interpretação linear da Convenção, que impede que as excepções previstas na mesma, para recusar o regresso da criança, sejam tomadas em conta pelos seus aplicadores, em casos que se justifica a sua aplicação.

Como se observou, na maioria das decisões ao abrigo da Convenção invoca-se uma interpretação restritiva da excepção prevista no artigo 13º b), ou seja, existe uma interpretação restritiva da noção de “perigo” físico e psicológico para que o regresso da criança possa ser recusado com base nessa alínea. A noção de “perigo” físico ou emocional para a criança, incorpora apenas, no seu núcleo restritivo, o perigo inerente à pessoa que invoca a Convenção, e em alguns casos, exige-se que aliado ao perigo inerente ao progenitor requerente, se comprove ainda que as autoridades do estado requerente não tutelariam o bem-estar da criança.

Os defensores da interpretação restritiva da noção de “perigo” não aceitam afirmações vagas de perigo, defendendo que não passam de alegações tácticas e impróprias de adiamento, exigindo que o grave risco de perigo físico ou psíquico tenha natureza substancial.

Uma das questões mais problemáticas e que enfrenta mais riscos na aplicação restritiva do conceito de perigo dá-se quando a subtracção da criança é feita pelo progenitor guarda, que corresponde geralmente à pessoa de referência da criança, e o outro progenitor se opõe porque vê os seus direitos restringidos.

A pessoa de referência traduz-se na pessoa que assume de facto a responsabilidade pela criança desde que esta nasce, e acaba por ser um critério para preencher valorativamente um princípio tão importante como o interesse da criança, que deve ser um critério a ter em conta em todas as decisões que envolvam o destino das crianças. O critério mais conforme ao

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

interesse da criança é esta permanecer junto da pessoa que cuidou dela no dia-a-dia, pois perme a continuidade das relações afectivas da criança com a pessoa que sempre esteve ao seu lado.

Apesar do conceito de “perigo físico ou psíquico” e de “situação intolerável” derivar directamente da consideração do interesse da criança como critério de decisão, e esse conceito ter por base a relação afectiva da criança com a sua pessoa de referência, a interpretação restritiva da noção de “perigo” forma uma barreira a que a “situação intolerável” aludida no preceito inclua a separação da criança da sua pessoa de referência.

Como verificamos na exposição de casos reais na presente dissertação, existe uma orientação dominante no sentido de decretar a restituição da criança, mesmo quando se alude aos problemas psicológicos causados à criança pela separação do progenitor raptor, que não pode ou não quer regressar ao país da sua residência habitual. E a interpretação restritiva é a consequência directa para que não seja considerado um perigo psicológico para a criança a separação da sua pessoa de referência.

Os fundamentos invocados para uma decisão neste sentido foram:

- Apenas sérios danos aos interesses das crianças podem justificar a negação da restituição, não se considerando como sério o dano da separação da criança em relação à sua figura primária de referência.
- É inevitável que haja danos psicológicos do afastamento da criança da sua mãe, mas estes não se traduzem necessariamente numa situação intolerável.
- As acções no âmbito da Convenção de Haia não estão relacionadas com o que pode vir a ser melhor para a criança, pertencendo essa questão às autoridades do estado requerente pois a Convenção apenas pretende reparar o *status quo ante*.
- As “mães guardiãs” utilizam-se da excepção de oposição ao regresso para legitimar o seu acto ilícito.
- A inevitabilidade dos danos psicológicos perante o accionamento da Convenção.
- A presunção de que os Tribunais do Estado requerente são capazes de minimizar e eliminar os danos que a criança possa enfrentar com o regresso.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Todos os fundamentos invocados são refutáveis:

- Quanto ao dano da separação da criança em relação à sua figura primária, existem resultados de investigações que provam que as crianças separadas do seu cuidador primário revelam dificuldade na infância e na idade adulta, resultando psicopatologias desta privação, que se traduzem numa situação intolerável para a criança. A verdade sociológica e afectiva vivida pela criança é uma realidade mais presente e necessária no seu bem-estar.

- As acções no âmbito da Convenção de Haia pretendem reparar o *status quo ante*, presumindo que uma decisão nesse sentido visa atingir o melhor para a criança, e que, na maioria dos casos, assim o será. No entanto, a existência de um conjunto de excepções ao regresso imediato indica um objectivo adicional da Convenção, que permite, perante certas circunstâncias definidas pela Convenção, a ponderação do melhor interesse da criança.

- A aplicação de uma excepção para salvaguarda do interesse da criança não pode ser impedida com o objectivo de punir o progenitor que pretende legitimar a sua conduta ilícita, pois o objectivo dessas excepções é a protecção da criança. E numa maioria dos casos, a mãe procede à retenção da criança numa atitude de auto-defesa, por sofrer de violência doméstica, numa situação de empobrecimento pós-divórcio, porque pretende refazer a sua vida noutro país, ou para obter apoio da família que se encontra noutro estado.

- É inevitável que uma criança que tenha sido levada para outro país sofra de instabilidade, mas esses estados podem ser agravados, quando não seja ponderado o impacto do seu regresso e do afastamento da pessoa de referência.

- Quanto à presunção, o bem-estar da criança não pode estar dependente de presunções mas de certezas, isto é, quando existem possíveis danos para a criança resultantes do seu regresso, o Tribunal só deve permitir que isso aconteça mediante acordos assumidos pelo estado requerente de que a criança será acompanhada. O Estado não deve limitar-se a presumir que aquela criança poderá ser protegida pelas autoridades requerentes, excluindo do seu âmbito de responsabilidade a averiguação de que realmente isso acontecerá.

## **Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

A interpretação restritiva do conceito de perigo não permite, em muitos casos, uma decisão em harmonia com o interesse da criança, pois esse entendimento presume que o melhor para a criança é a reposição da sua situação anterior, com base no art. 1.º da Convenção, alertando-se para o facto do que se pretende é o *status quo ante*, e não uma decisão de mérito.

Debatemo-nos assim, com situações em que o regresso da criança só terá efeitos prejudiciais para a mesma, devido à recusa de uma análise mais aprofundada da situação em concreto.

Este entendimento tende a ir de encontro aos objectivos convencionais estabelecidos na Convenção: o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas e o respeito de maneira efectiva dos direitos de custódia e de visita existentes num Estado contraente.

Para uma maior eficácia e celeridade de todo este processo, a Convenção proíbe, no seu artigo 16º, que as autoridades do Estado onde o menor se encontre, depois de informadas da retenção ilícita, decidam sobre o fundo do direito de guarda, reforçando, no seu artigo 17º, que a existência de uma decisão sobre a guarda não serve de obstáculo ao regresso da criança. Sendo certo que se presume que o interesse da criança, previsto pela Convenção, será o seu regresso à sua situação anterior.

Esta presunção é criticável porque o que está em causa é a vida de crianças, e a Convenção não pode presumir que o restabelecimento do seu *status* anterior é em todos os casos o melhor para elas, porque isso inevitavelmente dependerá de caso para caso.

E entende-se que apesar da própria Convenção querer evitar decisões de mérito, conforme estabelecido no artigo 16º, a própria presunção de que o interesse do menor é voltar ao estado requerente acaba por implicar, também, uma decisão de mérito.

Contudo, a Convenção, ao prever um conjunto de excepções permitiu uma maior discricionariedade quanto à decisão de regresso imediato da criança, excepções que têm como fundo o superior interesse da criança, permitindo que, em determinados casos, se pondere, se a criança se encontra bem junto do raptor e se uma eventual alteração lesa a sua estabilidade.

Nesse sentido, encontramos também decisões que contrariamente às anteriores, entendem o conceito de “perigo” de uma forma mais ampla, abrangendo não só os danos criados à

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

estabilidade da vida da criança por uma nova alteração das condições de vida actuais desta, como as consequências provocadas pela separação da sua pessoa de referência.

Tendo como fundamentos:

- Os casos em que as crianças são imediatamente devolvidas ao seu país de residência habitual e em que os Estados ordenam a restituição de uma criança cegamente para o local de residência, podem produzir um resultado não desejado para a criança.

- Deve haver uma apreciação, para saber se a mãe volta com as crianças, e se não volta, deve averiguar-se quais são as consequências de uma possível separação.

- O progenitor que subtrai não tem o direito de criar uma situação de “dano”, mas o Tribunal também não tem autoridade para isentar-se da sua jurisdição e colocar a criança em grave risco de dano, ao abster-se de uma análise do caso em concreto.

- Considerar o interesse da criança é realmente difícil atendendo ao interesse “universal”, mas parece errado para fazer face a um objectivo convencional pôr em causa o interesse da criança, sendo que este coincide com as excepções previstas na Convenção.

- O termo “grave” e “intolerável” não deve ser interpretado restritivamente, mas terá de ter o seu sentido habitual excepcional, porém, não quer dizer que seja frequentemente aplicada. A aplicação do artigo 13º requer a consideração das consequências do regresso da criança, questão que deve ser resolvida com base em provas no processo.

- O regresso do menor, com a consequente entrega da criança ao pai e o afastamento face à mãe, acarreta para a criança um indubitável sofrimento, que poria em risco a sua estabilidade emocional e afectiva, reflectindo-se necessariamente no seu normal desenvolvimento, tal situação reveste o risco grave a que alude a alínea b) do artigo 13º.

Entendemos que estas decisões demonstram uma preocupação efectiva pelo bem-estar da criança, sem de todo violar o sentido da Convenção, tendo como base o princípio do interesse da criança nas suas decisões. Um interesse que, como considera a Convenção dos Direito da Criança de 1980, deve permanecer na interpretação objectiva de outros textos convencionais.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

Não se pretende com o exposto defender qualquer atitude ilícita por parte dos progenitores, apenas se pretende elucidar de que para além dos interesses dos pais, e por mais que seja difícil, culturalmente, aceitar essa ideia, devem permanecer os interesses da criança.

Com a presente dissertação pretendeu-se ainda alertar para algumas decisões que são tomadas ao abrigo desta Convenção, que em cumprimento do objectivo convencional (celeridade e reposição da situação anterior) acabam por subordinar, nas decisões judiciais, a protecção da criança e dos seus interesses aos interesses dos Estados. O julgador não pode demitir-se da sua função e não deve de modo algum subordinar os interesses das crianças a um objectivo convencional.

Em conclusão, admitimos que nem todos os casos revestem a gravidade aludida na alínea b) do artigo 13º para fundamentar a consequente decisão de recusa da restituição da criança, no entanto, quando o julgador se depara com um caso em que o progenitor raptor é a pessoa de referência da criança, deve existir uma atitude cautelosa e de ponderação relativamente aos danos que aquela sofrerá com a separação, sob pena de serem tomadas decisões contrárias ao seu bem-estar e em violação do *princípio do interesse da criança*.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**Referências Bibliográficas**

BRAVO, Teresa Maria da Silva, *Em defesa do superior interesse da criança*, in: Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas / Bárbara Cruz [et al.]; prólogo de Manuel Atienza; apresentação de António Manuel Hespanha, Teresa Pizarro Beleza. - [Coimbra] : Almedina, 2011 - p. 313-336 .

Código Civil, Quid júris, sociedade editora, 13º Edição, 2011.

Direito de Menores, Almedina, 6ª Edição, Outubro 2010.

MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da criança: era uma vez...*, Coimbra, Almedina, 2010.

PÉREZ VERA, Elisa, *El Convenio de la Haya sobre la sustracción internacional de menores, veinte años después*, In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço/ organizado por Rui Manuel de Moura Ramos.. [et al.] . - Coimbra: Almedina, 2002. - 1.v., p.561-584.

SOTTOMAYOR, Maria Clara - *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio / Maria Clara Sottomayor*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança / Maria Clara Sottomayor*, In: Cuidar da justiça de crianças e jovens: a função dos juízes sociais: actas do encontro / coordenador científica Maria Clara Sottomayor. - Coimbra: Almedina, 2003. - p.9-63.

**Artigos de Revistas**

AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria, *O interesse menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças*, Revista do CEJ, Lisboa, n.12 (2.sem.2009), p.83-115.

BRAVER, Sanford L., e outros, *Mudança de residência de crianças após divórcio e superior interesse da criança: novas provas e considerações legais*; tradução de Manuela Baptista Lopes, Infância e Juventude, Lisboa, n.4 (Out.- Dez.2007), p.83-120. Artigo publicado em Journal of Family Psychology 2003, Vol. 17, nº 2, p.206-219.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

BRUCH, Carol S., *Casos de rapto internacional de crianças : experiência ao abrigo da Convenção da Haia de 1980* ; tradução de Teresa Trigo de Sousa, Infância e juventude, Lisboa, n.3(Jul.-Set.1993), p.35-63.

Capítulo baseado numa comunicação apresentada em 17 de Maio de 1991, na VII Conferência Mundial da Sociedade Internacional de Direito da Família, em Opatija, Jugoslávia.

BRUCH, Carol S., *O rapto civil de crianças e os tribunais ingleses*; tradução de Maria Ana do Canto e Castro; Teresa Trigo de Sousa, Infância e juventude, Lisboa, n.4 (Out.-Dez.1993), p.63-81

DYER, Adair, *A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: para uma cooperação global: os seus sucessos e insucesso*, Infância e juventude, Lisboa, n.3 (Jul.-Set.1994), p.9-36.

Artigo baseado numa Conferência proferida no Programa sobre Direitos Internacionais de Crianças, Queen Mary e Westfield College, Londres.

DYER, Adair, *A conferência da Haia completa com anos de trabalho no campo de direito dos menores*, tradução de Teresa Trigo de Sousa, Infância e juventude, Lisboa, n.3(Jul.-Set.1993), p.9-33

Conferência realizada no Rio de Janeiro, em 13 e 14 de Agosto de 1992, como parte do Curso de Direito Internacional organizado pela Organização dos Estados Americanos e que, nesta ocasião ocorreu no quadro da celebração do Centenário da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

OLIVEIRA, Elsa Dias, *Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores*, Revista do CEJ, Lisboa, n.1 (2004), p.53-75.

SOTTOMAYAOR, Maria Clara, *A família de facto e o interesse da criança*, Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.45 (Jan.-Fev. 2007), p.4-8.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio*, Direito e justiça, Lisboa, v.9t.2 (1995), p.169-192.

**Convenção de Haia relativa ao Rapto Internacional de Crianças**  
**A noção de perigo da alínea b) do artigo 13º e o interesse da criança**

**Monografias**

Silva, Nuno Gonçalo da Ascensão - *A convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: alguns aspectos* / Estudos em memória o Prof. Doutor António Marques dos Santos, Vol. 1, p. 443-556.

**Sítios da Internet Consultados**

<http://www.incadat.com>, consultado a partir de 12.10.12.

<http://www.dgsi.pt/>, consultado a 23.10.12.

<http://www.gddc.pt/>, consultado a 8.11.12.

<http://www.dgrs.mj.pt>, consultado a 20.01.13.