

TOMADA DE POSIÇÃO DO ADVOGADO-GERAL

YVES BOT

apresentada em 7 de Dezembro de 2010¹

1. Os conflitos de um casal que se divorcia no que respeita ao destino dos filhos comuns podem constituir para estes uma provação dolorosa ou mesmo traumatizante, a qual pode ser ainda mais intensa quando, no caso de um casal misto, um dos progenitores, que não aceita as medidas tomadas em relação aos filhos pelo tribunal do Estado-Membro onde o casal residia, parte com estes para o seu Estado de origem e procura obter dos tribunais desse Estado uma decisão contrária. Se o conseguir, a situação dos filhos passa então a ser regulada por decisões judiciais contraditórias, cujo resultado se traduz frequentemente na ruptura mais ou menos prolongada de qualquer relação ou de relações normais com o outro progenitor.

2. A importância do prejuízo causado aos filhos por tais comportamentos levou os Estados, inicialmente por via convencional, através da Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980², seguidamente, no quadro da União Europeia, por via convencional e posteriormente regulamentar, a instaurar sistemas de cooperação entre os tribunais de Estados diferentes destinados, quando uma criança é

deslocada ou retida ilegalmente por um dos progenitores, a assegurar o seu regresso o mais rapidamente possível ao lugar onde residia antes do seu rapto.

3. O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho³, pertinente no presente processo, prevê assim um sistema ao abrigo do qual o juiz da residência da criança, quando o juiz do Estado-Membro para o qual a criança foi deslocada ilegalmente proferir uma decisão que se oponha ao seu regresso, tem, de uma certa forma, a última palavra e pode ordenar esse regresso através de uma decisão executória de pleno direito e não passível de contestação nos outros Estados-Membros.

4. Esse carácter executório reforçado depende da emissão, pelo juiz que tiver proferido tal decisão, de uma certidão que comprove, designadamente, que a criança teve a oportunidade de ser ouvida, salvo se a sua idade ou o seu grau de maturidade não o permitiam, e que esse juiz teve em conta elementos à luz dos quais o tribunal do lugar para onde a

1 — Língua original: francês.

2 — Convenção sobre os Aspectos Cívicos do Rapto Internacional de Crianças (a seguir «Convenção de Haia de 1980»).

3 — Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (JO L 338, p. 1).

criança foi deslocada ilegalmente tinha adoptado uma decisão de retenção.

a acompanha comportar uma declaração manifestamente inexacta no que respeita à audição da criança.

5. A execução de decisões acompanhadas de tal certidão já deu lugar a várias dificuldades de interpretação, que permitiram ao Tribunal de Justiça confirmar e precisar o alcance da sua força executória específica⁴. Assim, no acórdão Povse, já referido, declarou que, devido à repartição de competências entre o tribunal do Estado-Membro de origem e do Estado-Membro de execução, este último tribunal não pode senão reconhecer a força executória de uma decisão acompanhada da certidão e que as contestações relativas a esta só podem ser suscitadas no Estado-Membro de origem⁵.

6. No presente processo, o Oberlandesgericht Celle (Alemanha) pretende saber se, apesar da força executória específica de uma decisão acompanhada da certidão, pode opor-se à execução de tal decisão em caso de violação particularmente grave de um direito fundamental da criança, quando esta não tiver sido ouvida, em violação das disposições do Regulamento n.º 2201/2003 interpretadas em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta dos Direitos Fundamentais»). Pergunta, a título subsidiário, em que medida é obrigada a executar tal decisão quando a certidão que

7. O tribunal de reenvio precisou, além disso, que não solicitava a aplicação do processo prejudicial urgente, com o fundamento de que as suas duas questões eram fundamentais e que o seu exame devia fazer-se no quadro de um processo prejudicial aprofundado.

8. O Tribunal de Justiça, em conformidade com o poder que lhe é conferido pelo artigo 104.º-B, n.º 1, terceiro e último parágrafos, do seu Regulamento de Processo, considerou porém que os requisitos de aplicação da tramitação urgente estavam preenchidos e decidiu tratar o presente processo seguindo este tipo de tramitação.

9. Nas presentes conclusões, proporemos ao Tribunal, antes do exame das questões prejudiciais, que se pronuncie sobre a procedência da premissa em que estas questões se baseiam. As referidas questões assentam, com efeito, na premissa segundo a qual a criança não teve a oportunidade de ser ouvida, contrariamente ao que é indicado na certidão que acompanha a decisão que ordena o seu regresso, e que, portanto, os requisitos a que está sujeita a emissão de tal certidão não foram respeitados pelo tribunal do Estado-Membro de origem.

10. Todavia, embora resulte efectivamente dos autos que a criança não pôde ser ouvida por este tribunal, resulta igualmente que se

4 — V. acórdãos de 11 de Julho de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, Colect. p. I-5271) e de 1 de Julho de 2010, Povse (C-211/10 PPU, Colect., p. I-6673).

5 — Acórdão Povse, já referido (n.ºs 73 a 75).

procedeu à sua audição a pedido das autoridades judiciárias do Estado-Membro de execução no quadro do processo que conduziu à decisão de retenção, e que a opinião expressa por esta criança na referida audição foi evocada na decisão e na certidão controvertidas.

n.º 2201/2003 são da competência exclusiva dos tribunais do Estado-Membro de origem.

I — Quadro jurídico

11. É por esta razão que, nas presentes conclusões, proporemos ao Tribunal que examine, a título preliminar, a procedência da premissa do tribunal de reenvio, pronunciando-se assim sobre a questão de saber se, em tais circunstâncias, o requisito segundo o qual a certidão que acompanha uma decisão que ordena o regresso da criança só pode ser emitida se esta tiver tido a oportunidade de ser ouvida foi preenchido.

12. Exporemos os motivos pelos quais, em nossa opinião, se deve considerar que este requisito foi efectivamente respeitado.

14. Os diplomas pertinentes são a Convenção de Haia de 1980, o Regulamento n.º 2201/2003 e a Carta dos Direitos Fundamentais.

15. A Convenção de Haia de 1980, que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 1983, foi ratificada por todos os Estados-Membros. Continua a aplicar-se entre eles mas as suas disposições são completadas pelas do Regulamento n.º 2201/2003. As disposições deste regulamento, nas relações entre os Estados-Membros, prevalecem sobre as da referida convenção⁶.

13. Indicaremos, seguidamente, a título subsidiário, que, mesmo admitindo que o referido requisito não tenha sido preenchido, um tribunal do Estado-Membro requerido não pode opor-se à execução de uma decisão acompanhada da respectiva certidão. Recordaremos que, devido à estrita separação das competências entre os tribunais dos Estados-Membros em causa, as contestações relativas a uma tal decisão e a uma certidão emitida ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento

A — A Convenção de Haia de 1980

16. A Convenção de Haia de 1980 parte do postulado de que qualquer deslocação brutal de uma criança do lugar da sua residência habitual sem o acordo do detentor da guarda prejudica gravemente os interesses dessa criança e constitui um recurso a vias de

6 — Artigos 60.º e 62.º do referido regulamento.

facto a que importa pôr termo sem demora e sem examinar o mérito do litígio entre os progenitores.

habitual está em melhores condições para apreciar.

17. Nos termos do seu artigo 1.º, esta convenção tem assim por objecto fazer respeitar de maneira efectiva nos outros Estados contratantes os direitos de custódia (guarda) e de visita existentes num Estado contratante e assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente.

18. Por força do artigo 3.º da referida convenção, a deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando tenha sido efectuada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa pela lei ou por uma decisão judicial do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência.

19. Em qualquer questão relativa à guarda, é o «interesse da criança» que prevalece. Esta tem direito à estabilidade, a poder permanecer na sua residência habitual, considerada um dos fundamentos essenciais do seu equilíbrio e do seu desenvolvimento. A criança não é um objecto que os pais possam instrumentalizar em caso de conflito entre eles.

20. Nestas condições, a partir do momento em que uma deslocação ilícita seja constatada, é ordenado o regresso imediato da criança à sua residência habitual. A decisão de regresso é portanto dissociada da atribuição do direito de guarda, que o juiz da residência

21. O artigo 12.º da Convenção de Haia de 1980 prevê assim:

«Quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do artigo 3.º e tiver decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o regresso imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após a expiração do período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deve ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente.

[...]»

22. Os autores desta convenção pretenderam no entanto temperar o mecanismo quase automático de regresso com excepções que permitem ter em conta o interesse da criança e as circunstâncias. O artigo 13.º da referida convenção prevê assim que a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a

— pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar:

B — *O Regulamento n.º 2201/2003*

- que o progenitor não exercia efectivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável, ou ainda
- que a criança se opõe ao seu regresso e que atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração a sua opinião.

23. A aplicação da Convenção de Haia de 1980, por força do seu artigo 4.º, cessa quando a criança atingir a idade de 16 anos. Além disso, nos termos do artigo 20.º desta convenção, o regresso da criança de acordo com as disposições contidas no seu artigo 12.º desta convenção poderá ser recusado quando não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

24. O Regulamento n.º 2201/2003, tal como a Convenção de Haia de 1980, visa dissuadir os raptos de crianças, assegurando o regresso da criança sem demora ao Estado-Membro de origem. Inscreve-se no quadro do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, que, como é recordado no seu segundo considerando, tem como pedra angular o reconhecimento mútuo das decisões judiciais.

25. Para este efeito, o legislador comunitário pretendeu instituir o seguinte sistema.

- os tribunais do Estado-Membro de origem mantêm a sua competência. A deslocação ilícita da criança não desencadeia em si mesma uma transferência de competência;
- os tribunais do Estado-Membro requerido devem assegurar o regresso sem demora da criança;
- se o tribunal do Estado-Membro requerido decidir não ordenar o regresso da criança, deve transmitir a sua decisão bem como os elementos de prova em que essa decisão se baseia ao tribunal competente do Estado-Membro de origem e os dois tribunais devem cooperar,

— se o tribunal do Estado-Membro de origem ordenar o regresso da criança, a sua decisão, se lhe tiver sido junta a certidão emitida por esse tribunal, é executória de pleno direito no Estado-Membro requerido e não pode ser objecto de contestação neste.

26. Assim, o décimo sétimo considerando do Regulamento n.º 2201/2003 tem a seguinte redacção:

«Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de uma criança, deve ser obtido sem demora o seu regresso; para o efeito, deverá continuar a aplicar-se a Convenção de Haia [...], completada pelas disposições do presente regulamento, nomeadamente o artigo 11.º Os tribunais do Estado-Membro para o qual a criança tenha sido deslocada ou no qual tenha sido retida ilicitamente devem poder opor-se ao seu regresso em casos específicos devidamente justificados. Todavia, tal decisão deve poder ser substituída por uma decisão posterior do tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ou da retenção ilícitas. Se esta última decisão implicar o regresso da criança, este deverá ser efectuado sem necessidade de qualquer procedimento específico para o reconhecimento e a execução da referida decisão no Estado-Membro onde se encontra a criança raptada.»

27. Nos termos do vigésimo primeiro considerando deste regulamento, o «reconhecimento e a execução de decisões proferidas num Estado-Membro têm por base o princípio da confiança mútua e os fundamentos

do não reconhecimento serão reduzidos ao mínimo indispensável».

28. Nos termos do vigésimo terceiro considerando do referido regulamento, as «decisões relativas ao direito de visita e as decisões relativas ao regresso da criança em relação às quais tenha sido emitida uma certidão no Estado-Membro de origem nos termos do presente regulamento deverão ser reconhecidas e têm força executória em todos os outros Estados-Membros sem necessidade de qualquer outra formalidade. As regras de execução destas decisões continuam a ser reguladas pelo direito interno.» O vigésimo quarto considerando do Regulamento n.º 2201/2003 prossegue declarando que a «certidão emitida para facilitar a execução da decisão não deverá ser susceptível de recurso. Só pode dar origem a uma acção de rectificação em caso de erro material, ou seja quando a certidão não reflecta correctamente o conteúdo da decisão».

29. Além disso, este regulamento reconhece a importância da audição da criança. Assim, nos termos do seu décimo nono considerando, a «audição da criança desempenha um papel importante na aplicação do presente regulamento embora este instrumento não se destine a alterar os procedimentos nacionais aplicáveis na matéria».

30. Segundo o vigésimo considerando do referido regulamento, a «audição de uma

criança num outro Estado-Membro pode ser efectuada segundo as regras previstas no Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial [7]».

imediatamente antes da deslocação ou retenção, desde que o direito de guarda estivesse a ser efectivamente exercido.

31. Finalmente, é indicado no trigésimo terceiro considerando do referido regulamento que «o presente regulamento reconhece os direitos fundamentais e os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais [...]; pretende, designadamente, garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais da criança enunciados no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais».

34. O artigo 11.º do regulamento, intitulado «Regresso da criança», dispõe:

«1. Os n.ºs 2 a 8 são aplicáveis quando uma pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda pedir às autoridades competentes de um Estado-Membro uma decisão, baseada na [Convenção de Haia de 1980], a fim de obter o regresso de uma criança que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida num Estado-Membro que não o da sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas.

32. A estas diferentes intenções do legislador é dada execução do seguinte modo nos artigos do Regulamento n.º 2201/2003.

2. Ao aplicar os artigos 12.º e 13.º da Convenção da Haia de 1980, deve-se providenciar no sentido de que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida durante o processo, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade.

33. Nos termos do artigo 2.º, ponto 11, deste regulamento, que retoma, em substância, a mesma definição que a Convenção de Haia de 1980, entende-se que há «[d]eslocação ou retenção ilícitas de uma criança» quando essa deslocação ou retenção viola o direito de guarda conferido por decisão judicial por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual

3. O tribunal ao qual seja apresentado um pedido de regresso de uma criança, nos termos do disposto no n.º 1, deve acelerar a tramitação do pedido, utilizando o procedimento mais expedito previsto na legislação nacional.

Sem prejuízo do disposto no primeiro parágrafo, o tribunal deve pronunciar-se o mais tardar no prazo de seis semanas a contar da apresentação do pedido, excepto em caso de circunstâncias excepcionais que o impossibilitem.

4. O tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso.

[...]

6. Se um tribunal tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, deve imediatamente enviar, directamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as actas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, tal como previsto no direito interno. O tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.

7. Excepto se uma das partes já tiver instaurado um processo nos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança

imediatamente antes da retenção ou deslocação ilícitas, o tribunal ou a autoridade central que receba a informação referida no n.º 6 deve notificá-la às partes e convidá-las a apresentar as suas observações ao tribunal, nos termos do direito interno, no prazo de três meses a contar da data da notificação, para que o tribunal possa analisar a questão da guarda da criança.

Sem prejuízo das regras de competência previstas no presente regulamento, o tribunal arquivará o processo se não tiver recebido observações dentro do prazo previsto.

8. Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento, tem força executória nos termos da secção 4 do capítulo III, a fim de garantir o regresso da criança.»

35. O artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, que faz parte desta Secção 4 do Capítulo III, dispõe:

«1. O regresso da criança referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 40.º, resultante de uma decisão executória proferida num Estado-Membro é reconhecido e goza de força executória noutra Estado-Membro sem necessidade de

qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem, nos termos do n.º 2.

Mesmo se a legislação nacional não prever a força executória de pleno direito de uma decisão que exija o regresso da criança previsto no n.º 8 do artigo 11.º, o tribunal pode declarar a decisão executória, não obstante qualquer recurso.

2. O juiz de origem que pronunciou a decisão referida na alínea b) do n.º 1 do artigo 40.º só emite a certidão referida no n.º 1, se:

a) A criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, excepto se for considerada inadequada uma audição, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade;

b) As partes tiverem tido a oportunidade de ser ouvidas; e

c) O tribunal, ao pronunciar-se, tiver tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão pronunciada ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Se o tribunal ou qualquer outra autoridade tomarem medidas para garantir a protecção da criança após o seu regresso ao Estado-Membro onde reside habitualmente, essas medidas deverão ser especificadas na certidão.

O juiz de origem emite a referida certidão, por sua própria iniciativa, utilizando o formulário constante do anexo IV (certidão relativa ao regresso da criança).

A certidão é redigida na língua da decisão.»

36. Nos termos do artigo 47.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003, «[qualquer decisão proferida pelo tribunal de outro Estado-Membro, e declarada executória [...] ou homologada nos termos [...] do n.º 1 do artigo 42.º, é executada no Estado-Membro de execução como se nele tivesse sido emitida».

C — A Carta dos Direitos Fundamentais

37. A Carta dos Direitos Fundamentais, que, por força do artigo 6.º TUE, tem o mesmo valor jurídico que os Tratados, enuncia, no seu artigo 24.º, os direitos das crianças nos seguintes termos:

«1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar.

Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

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

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.»

II — Litígio no processo principal e questões prejudiciais

38. Os factos na origem do litígio no processo principal, tal como apresentados pelo tribunal de reenvio, podem ser resumidos do seguinte modo.

39. Joseba Andoni Aguirre Zarraga e Simone Pelz casaram em 25 de Setembro de 1998 em Erandio (Espanha). Desse casamento nasceu a filha do casal, Andrea, em 31 de Janeiro de 2000. A casa de morada da família dos progenitores situava-se em Sondika (Espanha).

40. Os pais separaram-se no final de 2007. Cada um apresentou um pedido de divórcio, no qual pedia que lhe fosse concedido o direito de guarda exclusivo da Andrea.

41. Por decisão de 12 de Maio de 2008, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao (Espanha) confiou provisoriamente o direito de guarda ao pai, cujo domicílio a Andrea integrou. No mês de Junho de 2008, a mãe da Andrea mudou-se para a Alemanha. No final das férias de Verão de 2008, durante as quais a Andrea visitou a mãe, esta última manteve a sua filha junto de si. Desde 15 de Agosto de 2008, a Andrea reside portanto no domicílio da mãe na Alemanha. No mesmo dia, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao proferiu uma decisão na qual proibia a Andrea de abandonar o território espanhol.

42. O pai da Andrea requereu então o regresso da filha a Espanha, com fundamento na Convenção de Haia de 1980. O seu pedido foi indeferido por decisão de 1 de Julho de 2009, tomada com base no artigo 13.º, segundo parágrafo, desta convenção. A audição da Andrea, efectuada nessa época, demonstrou que a criança se opunha de maneira persistente e categórica ao seu regresso a Espanha. O perito nomeado pelo tribunal na sequência dessa audição concluiu que a opinião da Andrea devia ser tomada em conta quer atendendo à sua idade quer ao seu grau de maturidade.

43. O ministério da Justiça alemão transmitiu esta decisão à autoridade central espanhola por carta de 8 de Julho de 2009.

44. No mesmo mês, o processo relativo à atribuição do direito de guarda prosseguiu

no Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao. Esse tribunal considerou que se impunham a realização de um novo exame pericial bem como a audição pessoal da Andrea e marcou datas de comparência tanto para uma como para a outra em Bilbao. Nem a Andrea nem a mãe compareceram às diligências para as quais foram convocadas. O tribunal espanhol não deu seguimento ao pedido, apresentado anteriormente pela mãe, destinado a obter a autorização, para ela própria e para a filha, de poder abandonar livremente o território espanhol após o exame pericial e a audição da Andrea. O tribunal espanhol também não deu satisfação ao pedido expresso da mãe requerendo que a audição da Andrea fosse efectuada por videoconferência.

45. Por sentença de 16 de Dezembro de 2009, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao atribuiu ao pai da criança o direito de guarda exclusivo.

46. A mãe recorreu desta sentença, invocando designadamente a necessidade de uma audição da Andrea. Por acórdão de 21 de Abril de 2010, a Audiencia Provincial da Biscaia (Espanha) indeferiu este pedido de organização de uma audição da criança.

47. Em 5 de Fevereiro de 2010, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao emitiu uma certidão relativa à sentença de 16 de Dezembro de 2009, em aplicação do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003.

48. A mãe requereu, por seu lado, que não fosse ordenada a execução coerciva e que esta sentença não fosse reconhecida.

49. Por decisão de 28 de Abril de 2010, o Amtsgericht – Familiengericht – Celle (tribunal do cantão de Celle, secção de família, Alemanha) deferiu este pedido com o fundamento de que o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao não tinha ouvido a Andrea antes de proferir a sua decisão.

50. Em 18 de Junho de 2010, o pai da criança recorreu desta decisão.

51. O Oberlandesgericht Celle (Alemanha), chamado a conhecer deste recurso, está confrontado com as seguintes interrogações.

52. Embora a sentença de 16 de Dezembro de 2009 seja uma decisão que ordena o regresso da criança posteriormente a uma decisão de retenção, relativamente à qual o tribunal do Estado-Membro de execução não tem, em princípio, competência de fiscalização, como resulta dos citados acórdãos Rinau e Povse, considera que, em caso de violação particularmente grave de direitos fundamentais, deveria dispor de um poder de fiscalização próprio para poder opor-se à execução de tal decisão.

53. O Oberlandesgericht Celle considera, com efeito, que, no litígio no processo principal, a falta de audição da Andrea pelo tribunal

do Estado-Membro de origem constitui uma violação do artigo 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais. Trata-se, em sua opinião, de uma violação que reveste uma importância tal que justificaria o reconhecimento de uma competência de fiscalização do tribunal do Estado-Membro de execução com fundamento numa interpretação do artigo 42.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 conforme à Carta dos Direitos Fundamentais.

54. Além disso, o Oberlandesgericht Celle interroga-se sobre a questão de saber se, no caso de, apesar desta violação dos direitos fundamentais, o tribunal do Estado-Membro de execução não dispor de nenhum poder de fiscalização, pode considerar-se vinculado por uma certidão, emitida ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, cujo conteúdo é manifestamente falso. É o que acontece, na opinião deste tribunal, no presente processo, no qual a certidão comporta uma declaração manifestamente inexata, ou seja, de que a criança foi ouvida pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao.

55. O Oberlandesgericht Celle decidiu portanto suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) No quadro de uma interpretação do artigo 42.º do Regulamento [n.º 2201/2003] conforme com a Carta dos Direitos Fundamentais, o tribunal do Estado-Membro

de execução dispõe excepcionalmente de uma competência de controlo própria quando a decisão do Estado-Membro de origem que deve ser executada implica uma violação grave dos direitos fundamentais?

2) O tribunal do Estado-Membro de execução está obrigado a executar essa decisão mesmo quando o tribunal do Estado-Membro de origem emitiu, nos termos do artigo 42.º do Regulamento [n.º 2201/2003], uma certidão que, como resulta dos autos, é manifestamente inexata?»

III — A nossa análise

56. Através das suas questões, o tribunal de reenvio pretende saber, em primeiro lugar, se o Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que o juiz do Estado-Membro requerido pode opor-se à execução de uma decisão que ordena o regresso de uma criança tomada com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, deste regulamento, quando se afigure que a criança em causa não foi ouvida, em violação das disposições do artigo 42.º do referido regulamento, interpretadas em conformidade com o direito fundamental enunciado no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais. Pergunta, em seguida, se, em caso de resposta negativa à primeira questão,

este juiz é obrigado a proceder a tal execução quando a certidão que acompanha a decisão em causa está manifestamente errada, na medida em que indica incorrectamente que a criança foi ouvida.

57. Estas duas questões assentam assim na premissa segundo a qual, no processo principal, a criança não teve a oportunidade de ser ouvida, em violação do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, lido à luz do artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

58. Resulta porém das indicações fornecidas pelo tribunal de reenvio e dos elementos dos autos que uma audição da criança foi efectuada pelo Amtsgericht – Familiengericht – Celle por ocasião da audiência de 20 de Março de 2009, no quadro do processo em que foi proferida a decisão de retenção proferida por este tribunal em 1 de Julho de 2009.

59. Resulta igualmente do exame da sentença proferida pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao em 16 de Dezembro de 2009, que ordenou o regresso da criança posteriormente a esta decisão de retenção, que este juiz tomou em consideração esta audição e expôs os motivos pelos quais, apesar da recusa da criança em regressar a Espanha para aí viver, considerava que o regresso desta constituía a solução mais conforme aos interesses da criança.

60. Segundo o tribunal de reenvio, a referida audição e a referência a esta na sentença de 16 de Dezembro de 2009 não permitem considerar que o direito fundamental da criança, consagrado no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003, tenha sido respeitado. Esta disposição prevê, recorde-se, que o juiz do Estado-Membro de origem que decide ordenar o regresso da criança apesar de uma decisão de retenção só pode emitir a certidão destinada a acompanhar a sua decisão, conferindo-lhe assim um carácter executório reforçado, se a criança tiver tido a oportunidade de ser ouvida, a menos que uma audição tenha sido julgada inadequada tendo em conta a sua idade ou o seu grau de maturidade.

61. A premissa do tribunal de reenvio assenta portanto numa interpretação do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003 segundo a qual o juiz do Estado-Membro de origem não pode limitar-se a fazer referência a uma audição da criança efectuada pelas autoridades judiciais do Estado requerido, no quadro do processo em que foi proferida a decisão de retenção, mas deve ele próprio proceder a uma nova audição da criança, sob pena de violar de forma grave o direito fundamental desta, enunciado no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais.

62. É essencial, em nossa opinião, que o Tribunal de Justiça, antes de examinar as questões submetidas pelo tribunal de reenvio, se pronuncie sobre a validade de tal premissa, uma vez que, por um lado, a mesma condiciona a pertinência dessas questões e, por outro, está em causa um ponto importante do

sistema e das garantias previstas pelo Regulamento n.º 2201/2003.

65. O Governo alemão bem como a Comissão Europeia sustentam que há que responder à referida questão negativamente. Baseiam a sua posição em vários argumentos que podem ser resumidos do seguinte modo:

A — Procedência da premissa subjacente às questões prejudiciais

63. Propomos ao Tribunal que se pronuncie, a título liminar, sobre a seguinte questão:

«A audição da criança efectuada pelas autoridades judiciais do Estado-Membro de execução no quadro do processo em que foi proferida uma decisão de retenção e que o juiz do Estado-Membro de origem teve em conta na sua decisão que ordena o regresso, tomada ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003, permite considerar que o requisito enunciado no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), deste regulamento, segundo o qual a criança deve ter tido a oportunidade de ser ouvida, foi satisfeito?»

64. A fim de respeitar o princípio do contraditório, as partes no litígio no processo principal bem como as outras partes autorizadas a apresentar observações no Tribunal de Justiça, por escrito ou na fase oral, foram convidadas a pronunciar-se sobre esta questão.

— A audição perante o tribunal do Estado-Membro de execução e a referida no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 têm objectos diferentes, uma vez que a primeira refere-se ao regresso da criança ao passo que a segunda tem por objecto permitir decidir a questão do direito de guarda definitivo da criança e tem portanto um alcance mais amplo.

— Admitir que o requisito do artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 é satisfeito quando a criança tiver sido ouvida pelo juiz do Estado-Membro de execução teria por consequência dispensar sistematicamente o juiz do Estado-Membro de origem da obrigação de ouvir a criança e permitiria portanto contornar esta disposição. Seria igualmente contrário à economia da referida disposição, que estabelece, na sua alínea a), a obrigação de ouvir a criança, e não apenas, na sua alínea c), o dever de tomar em conta os elementos em que decisão de retenção se fundou.

— Segundo a Comissão, no presente processo, o tempo que decorreu entre a audição da criança pelo juiz do Estado-Membro requerido e a adopção da decisão que ordenou o seu regresso, ou seja, perto de nove meses, não permitia considerar que o requisito referido no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 tivesse sido preenchido.

conforme consagrado no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003, em primeiro lugar, que tal direito deve ser objecto de uma interpretação autónoma, em segundo lugar, que tem com finalidade que a criança que tenha uma capacidade de discernimento suficiente tenha tido a oportunidade de dar a sua opinião sobre o seu regresso e, em terceiro lugar, que essa opinião não vincula o juiz, mas constitui um elemento que lhe permite apreciar se o interesse superior da criança se opõe a esse regresso.

66. Na audiência de 6 de Dezembro de 2010, S. Pelz e os Governos helénico, francês e letão defenderam igualmente esta posição.

67. Contrariamente a estes intervenientes e ao tribunal de reenvio, somos de opinião, tal como J.A. Aguirre Zarraga e o Governo espanhol, que há que responder afirmativamente à questão examinada. Baseamos a nossa posição, por um lado, no conteúdo do direito fundamental da criança em ser ouvida, consagrado no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 e, por outro, no sistema de cooperação entre os tribunais de Estados-Membros diferentes previsto por este regulamento.

a) Uma interpretação autónoma

69. É ponto assente que ao Regulamento n.º 2201/2003, como a qualquer acto de direito da União, deve ser dada execução em conformidade com os direitos fundamentais. Como referido no seu trigésimo terceiro considerando, este regulamento reconhece os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais e pretende, designadamente, garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais da criança enunciados no artigo 24.º desta. Além disso, como indica o décimo nono considerando do referido regulamento, a audição da criança desempenha um papel importante na sua aplicação.

1. Conteúdo do direito fundamental da criança em ser ouvida

68. Defenderemos, no que respeita ao direito fundamental da criança em ser ouvida,

70. O Regulamento n.º 2201/2003 contém assim quatro disposições que prevêm que a criança deve ter tido a oportunidade de ser ouvida, ou seja, os artigos 11.º, n.º 2, e 42.º, n.º 2, alínea a), que respeitam ao regresso da criança deslocada ou retida de maneira ilícita,

o artigo 23.º, alínea b), relativo aos fundamentos de não reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental, e o artigo 41.º, n.º 2, alínea c), que respeita ao reconhecimento de uma decisão sobre o direito de visita.

71. É certo que estas disposições não prevêem as modalidades processuais de tal audição. Essas modalidades, como é indicado no décimo nono considerando do Regulamento n.º 2201/2003, são determinadas por cada Estado-Membro, em conformidade com o princípio da autonomia processual. Isso não significa porém, em nossa opinião, que a questão de saber se, ao ser dada aplicação ao requisito do artigo 42.º, n.º 2, alínea a), deste regulamento, foram respeitados os direitos fundamentais da criança, deva ser apreciada tendo em conta a ordem pública de cada Estado-Membro.

72. Na verdade, quando examinamos os diferentes artigos do Regulamento n.º 2201/2003 que prevêem esta audição, verificamos que só o artigo 23.º se refere expressamente à ordem pública do Estado-Membro de execução. Este artigo dispõe, com efeito, que uma decisão proferida em matéria de responsabilidade parental não é reconhecida se, excepto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, «em violação de normas processuais fundamentais do Estado-Membro requerido».

73. Tal referência, em contrapartida, não existe no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003, nem, de resto, nos dois outros artigos acima mencionados. Esta diferença de redacção demonstra, em nossa opinião, que o respeito do requisito referido nesta disposição, segundo o qual a criança deve ter tido a oportunidade de ser ouvida, não depende do respeito dos direitos fundamentais da criança tal como previstos na ordem jurídica do Estado-Membro de execução. Não está subordinado ao requisito de que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida em conformidade com a lei fundamental do Estado-Membro para o qual tenha sido deslocada ou no qual esteja ilicitamente retida.

74. Na verdade, uma disposição de um diploma comunitário que, para determinar o seu sentido e o seu alcance, não comporta nenhum reenvio para a ordem jurídica dos Estados-Membros deve, segundo jurisprudência constante, ser objecto de uma interpretação autónoma⁸. O Tribunal de Justiça já aplicou esta jurisprudência no quadro do Regulamento n.º 2201/2003 no que respeita aos conceitos de «matérias civis», referido no artigo 1.º, n.º 1, deste⁹, e de «residência habitual», referido no artigo 8.º, n.º 1, do referido regulamento¹⁰.

8 — Acórdão de 2 de Abril de 2009, A (C-523/07, Colect. p. I-2805, n.º 34).

9 — Acórdão de 27 de Novembro de 2007, C (C-435/06, Colect. p. I-10141, n.º 46).

10 — Acórdão A, já referido (n.º 35 a 37).

75. Além disso, o carácter autónomo do conteúdo do requisito enunciado no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 é igualmente confirmado, em nossa opinião, pela autonomia processual da força executória de uma decisão que ordena o regresso de uma criança subsequente a uma decisão de retenção¹¹. Com efeito, a fim de assegurar o regresso efectivo e sem demora da criança, tal decisão, por força do artigo 11.º, n.º 8, deste regulamento, é executória em conformidade com o Capítulo III, Secção 4, do referido regulamento, ou seja, é reconhecida e tem força executória no Estado-Membro para o qual a criança tenha sido deslocada ou no qual esteja ilicitamente retida, não sendo necessária uma declaração que lhe confira força executória e sem que ninguém possa opor-se ao seu reconhecimento¹².

76. O Regulamento n.º 2201/2003 diferencia-se assim da Convenção de Haia de 1980, que prevê, no seu artigo 20.º, que o regresso da criança pode ser recusado quando não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido. A «mais-valia» do Regulamento n.º 2201/2003 em relação a esta convenção é portanto permitir ultrapassar situações de bloqueio que podem ser ocasionadas pelas divergências de apreciação do interesse superior da criança quando esta apreciação é efectuada pelo juiz de origem e pelo juiz requerido tendo em conta os respectivos direitos fundamentais.

77. O efeito útil deste regulamento ficaria portanto comprometido se o juiz do Estado-Membro de origem verificasse o respeito dos requisitos de emissão da certidão que confere tal força executória específica à sua decisão tendo em conta os direitos fundamentais do Estado-Membro para o qual a criança foi deslocada ou no qual está ilicitamente retida.

78. Daqui resulta, em nossa opinião, que o direito fundamental da criança de ser ouvido, conforme consagrado no artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, deve ter um conteúdo autónomo. Isso implica, no presente processo, que a questão de saber se o artigo 42.º, n.º 2, alínea a), deste regulamento foi respeitado deve ser apreciada não à luz das exigências da lei fundamental alemã, mas do conteúdo deste requisito, tal como deve ser entendido de maneira uniforme em todos os Estados-Membros, segundo a interpretação feita pelo Tribunal de Justiça. Saliente-se, a este respeito, que o Governo alemão partilha desta análise.

b) O conteúdo do direito de ser ouvido

79. O artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 prevê que o juiz do Estado-Membro de origem só emite a certidão destinada a acompanhar a sua decisão que ordena o regresso da criança posteriormente a uma decisão de retenção se «[a] criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, excepto se for considerada inadequada uma

11 — Acórdãos já referidos Rinau (n.º 63) e Povse (n.º 56).

12 — Acórdão Rinau, já referido (n.º 68).

audição, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade».

80. Resulta do teor desta disposição, lida à luz do artigo 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, que a criança objecto de uma decisão de regresso proferida com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003 deve ter tido a oportunidade de exprimir livremente a sua opinião sobre tal regresso. Este artigo traduz, no domínio dos raptos de crianças, a evolução contemporânea dos direitos internacional e europeu, nos termos da qual a opinião de uma criança dotada de discernimento deve ser tomada em consideração nas decisões que lhe dizem respeito¹³.

81. Vários ensinamentos um pouco mais precisos podem ser tirados da formulação deste direito fundamental, como consagrado no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento

13 — Assim, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia-geral das Nações Unidas, em 20 de Novembro de 1989, prevê, no seu artigo 12.º:

«1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem [...]

2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.»

A Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos das crianças, de 25 de Janeiro de 1996, no seu artigo 3, e a Convenção Europeia sobre as relações pessoais relativas às crianças, de 15 de Maio de 2003, no seu artigo 6.º, prevêem o direito de a criança ser informada, consultada e de exprimir o seu ponto de vista nos processos. V., designadamente, Gouttenoire, A., «L'audition de l'enfant dans le règlement "Bruxelles II bis"», in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 201 e segs.

n.º 2201/2003. O referido direito fundamental, sublinhe-se desde já, deve contribuir para proteger o interesse superior da criança.

82. No quadro das disposições do Regulamento n.º 2201/2003 aplicáveis em caso de deslocação ou de detenção ilícitas de uma criança, o interesse superior desta é, em princípio, um regresso sem demora ao lugar da sua residência inicial, porque a solução forçada de que é vítima viola o seu direito fundamental de manter relações directas e pessoais com cada um dos seus dois progenitores¹⁴. Consequentemente, este regresso só pode não ocorrer se se verificar que é ele próprio contrário ao interesse da criança.

83. O direito conferido à criança pelo artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 tem assim por objecto permitir-lhe participar no processo decisório conducente à decisão final relativa ao seu regresso, mas esta participação também não deve ser contrária ao seu próprio interesse. A tensão entre estes direitos e estes interesses permite, em nossa opinião, extrair os seguintes ensinamentos.

84. Em primeiro lugar, o artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 consagra um direito que apenas pode ser derogado pelo motivo enunciado nesta disposição, isto é, quando a audição se afigurar «inadequada»

14 — Acórdão de 23 de Dezembro de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, Colect., p. I-12193, n.º 54). V., igualmente, TEDH, acórdão Iglesias Gil e A.U.I. c. Espanha, de 29 de Abril de 2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-V.

tendo em conta a idade ou o grau de maturidade da criança. É interessante notar que o texto utiliza a palavra «inadequada» e não visa um estado de incapacidade física objectivo constatado do ponto de vista médico. Este carácter inadequado remete portanto para uma apreciação por parte do juiz no que respeita à aptidão da criança em emitir uma opinião pessoal. O princípio que deve orientar essa apreciação é que qualquer criança com capacidade de discernimento deve ter tido a oportunidade de expressar a sua opinião. Ora, é razoável supor que, antes de atingir uma certa idade, uma criança não seja capaz de emitir uma opinião pessoal susceptível de ser tomada em consideração¹⁵.

85. No presente processo, não existe uma divergência de apreciação entre o juiz do Estado-Membro de execução e o do Estado-Membro de origem quanto à aptidão da Andrea em ser ouvida, uma vez que este último juiz a convocou para uma audição.

86. Em seguida, o artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 consagra o direito que assiste à criança de ter a oportunidade de ser ouvida. Não prevê que essa criança deve ter sido ouvida. Esta formulação comporta, em nossa opinião, duas consequências. Em primeiro lugar, a criança com uma

capacidade de discernimento suficiente deve ter sido informada de que tem o direito de dar a sua opinião livremente. Na medida em que, materialmente, a audição de uma criança, em particular de uma criança de tenra idade, depende da contribuição do progenitor que o tenha deslocado ou que o retém de maneira ilícita, os Estados-Membros devem dar ao juiz os meios de ultrapassar, se necessário, os obstáculos à audição dessa criança que podem ser levantados por tal progenitor.

87. Em segundo lugar, a referida formulação implica que a criança tem igualmente o direito de não se pronunciar. A criança não deve ser obrigada a escolher entre o progenitor que a deslocou ou que a retém de maneira ilícita e o seu outro progenitor. Também não deve ser colocada numa situação na qual poderia ter a impressão de que é a única responsável da decisão sobre o seu regresso e, portanto, do sofrimento que essa decisão poderá eventualmente causar a um dos seus progenitores. As condições em que a palavra da criança é recolhida devem ser adaptadas às circunstâncias bem como à sua idade e à sua maturidade, a fim de não constituir para ela uma experiência traumatizante¹⁶. Um juiz nacional,

15 — V. TEDH, acórdão Pini, Bertani, Manera e Atripaldi c. Roménia, de 22 de Junho de 2004, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IV, no qual o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que as autoridades nacionais não tinham excedido a sua margem de apreciação ao fixarem em dez anos a idade a partir da qual o consentimento da criança na sua adopção devia ser recolhido.

16 — V. TEDH, acórdão Sahin c. Alemanha, de 8 de Julho de 2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-VIII, no qual o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que, no quadro de um processo tendo por objecto o direito de visita de um progenitor que não exercia a guarda de uma criança, o tribunal não pode ser obrigado a ouvir sistematicamente a criança na audiência mas deve dispor de uma margem de apreciação sobre as condições dessa audição em função das circunstâncias particulares da causa bem como da idade e da maturidade da criança em causa (§ 73).

em nossa opinião, deveria assim poder determinar que a criança fosse ouvida por uma pessoa competente num quadro apropriado, quando considerasse inoportuno proceder ele próprio a tal audição. Do mesmo modo, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao tinha igualmente o direito de considerar, em nossa opinião, que, no contexto do presente processo, a audição por videoconferência de uma criança de tenra idade como a Andrea era inadequada.

88. É atendendo a estas condições que incumbe ao juiz do Estado-Membro de origem, antes de emitir a certidão relativa à sua decisão em aplicação do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, verificar que a criança teve a oportunidade de ser ouvida na aceção do n.º 2, alínea a), deste artigo.

c) A opinião da criança não vincula o juiz do Estado-Membro de origem

89. Finalmente, a opinião expressa pela criança na sua audição não vincula o juiz do Estado-Membro de origem, competente para tomar uma decisão com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003. Na Convenção de Haia de 1980, a oposição da criança ao seu regresso é citada expressamente, no artigo 13.º desta, como um dos motivos que podem justificar uma decisão de

retenção¹⁷, sem com isso vincular o juiz do Estado-Membro de execução. O Regulamento n.º 2201/2003 não retoma esta disposição entre os textos que conferem ao juiz do Estado-Membro de origem o poder de se pronunciar na sequência de tal decisão.

90. O artigo 42.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento n.º 2201/2003 prevê simplesmente que o juiz do Estado-Membro de origem que ordena o regresso da criança em tal situação deve comprovar que tomou a sua decisão tendo em conta os motivos e os elementos de prova com base nos quais o juiz do Estado-Membro de execução tomou uma decisão de retenção.

91. O teor do Regulamento n.º 2201/2003, mais ainda do que o da Convenção de Haia de 1980, demonstra assim que a opinião da criança constitui um elemento de apreciação que o juiz deve ter em conta, mas que não o vincula.

92. Quando, como no presente processo, a criança tiver declarado que se opõe ao seu regresso na audição pelo juiz do Estado-Membro de execução e este, no quadro do seu poder soberano de apreciação, tiver considerado

17 — O artigo 13.º, segundo parágrafo, da Convenção de Haia de 1980 dispõe:
«A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.»

que deve tomar uma decisão de retenção, é certo que esta opinião deve ser tomada em consideração pelo juiz do Estado-Membro de origem na sua decisão final, mas tal opinião não o vincula.

93. Tão-pouco o obriga a proceder ele próprio a uma nova audição da criança antes de tomar essa decisão final, como exporemos seguidamente na segunda parte da nossa análise, em que abordaremos o sistema do Regulamento n.º 2201/2003.

2. Sistema do Regulamento n.º 2201/2003

94. A título liminar, importa sublinhar que o artigo 42, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 não prevê que o próprio juiz do Estado-Membro de origem deva proceder à audição da criança. Exige simplesmente que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida. Este requisito pode portanto ser satisfeito quando a criança tenha sido ouvida pelas autoridades judiciais de outro Estado-Membro, como é confirmado pelo vigésimo considerando deste regulamento, nos termos do qual a audição de uma criança num outro Estado-Membro pode ser efectuada segundo as regras previstas no Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.

95. Quando a criança em causa tenha sido ouvida pelos serviços judiciais do Estado-Membro de execução não a pedido do juiz do Estado-Membro de origem, ao abrigo do Regulamento n.º 1206/2001, mas no quadro do processo em que foi proferida uma decisão de retenção, não pensamos, tendo em conta o sistema previsto pelo Regulamento n.º 2201/2003, que o juiz do Estado-Membro de origem seja obrigado, por força do artigo 42, n.º 2, alínea a), deste regulamento, a proceder obrigatoriamente a uma nova audição.

96. A principal característica do sistema previsto pelo referido regulamento em caso de rapto de uma criança consiste no facto de o processo perante o juiz do Estado-Membro de execução em que foi proferida uma decisão de retenção e o processo perante o juiz do Estado-Membro de origem chamado a tomar a decisão final sobre esse regresso não constituírem processos estanques e concorrentes. São componentes complementares de um único e mesmo processo, que respeita à situação de uma criança cuja guarda é disputada pelos pais, e no qual os dois juizes de Estados-Membros diferentes têm, por força do Regulamento n.º 2201/2003, o dever imperioso de trabalhar em conjunto a fim de alcançar a melhor solução para preservar o interesse desta criança.

97. Por força deste sistema, quando o progenitor de uma criança deslocada ou retida de maneira ilícita noutra Estado-Membro tenha pedido o regresso desta, o juiz do Estado-Membro de execução e o juiz do Estado-Membro de origem devem conhecer

sucessivamente da mesma questão. Trata-se de saber se existe um motivo legítimo e imperioso que se oponha ao regresso desta criança. Como o Tribunal de Justiça indicou no acórdão Povse, já referido, este sistema comporta um duplo exame da questão do regresso da criança, garantindo assim uma melhor fundamentação da decisão e uma protecção acrescida dos interesses dessa criança¹⁸.

98. A confiança e o reconhecimento mútuos que presidem ao Regulamento n.º 2201/2003 visam assim criar, no espaço judiciário europeu, um sistema que se aproxime tanto quanto possível da situação existente num único Estado-Membro quando um progenitor recusa submeter-se a medidas provisórias relativas à guarda de um filho comum. Num quadro puramente interno, o tratamento judicial de tal recusa assume a forma de um incidente que se enxerta no processo principal de divórcio.

99. É por esta razão que, em nossa opinião, ao prever simultaneamente no artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003 e no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), deste mesmo regulamento que a criança deve ter tido a oportunidade de ser ouvida, o legislador comunitário não pretendeu fazer da audição da criança uma exigência formal susceptível de se impor obrigatoriamente em cada fase do processo relativo ao seu regresso. Pretendeu que a criança objecto de tal processo tenha efectivamente tido a oportunidade de se exprimir no quadro global do processo, desde

a fase iniciada no Estado-Membro requerido. Não impôs que essa criança fosse sistematicamente ouvida de novo pelo juiz do Estado-Membro de origem chamado a tomar uma decisão com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003.

100. Este juiz deve poder basear-se na audição efectuada pelo juiz do Estado-Membro de execução desde que nela encontre os elementos necessários à sua própria decisão.

101. Baseamos a nossa análise, por um lado, no artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 2201/2003, por força do qual todos os elementos recolhidos pelo juiz do Estado-Membro de execução com base nos quais este juiz decidiu tomar uma decisão de retenção, em especial as actas das audiências, devem ser comunicadas ao juiz do Estado-Membro de origem, competente para tomar a decisão definitiva sobre esse regresso¹⁹.

19 — Recorde-se o que dispõe o artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 2201/2003:

«Se um tribunal tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, deve imediatamente enviar, directamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, *em especial as actas das audiências* [sublinhado nosso], ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, tal como previsto no direito interno. O tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.»

18 — N.º 60.

102. A nossa análise assenta, por outro lado, no facto de, por força do artigo 42.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento n.º 2201/2003, o juiz do Estado-Membro de origem ser obrigado a tomar em conta a justificação e as provas com base nas quais o juiz do Estado-Membro requerido proferiu a sua decisão de retenção.

103. A acta da audição da criança, à qual o juiz do Estado-Membro de execução era obrigado a proceder no quadro do processo em que foi tomada a decisão de retenção, faz assim parte integrante dos elementos que devem ser comunicados ao juiz do Estado-Membro de origem territorialmente competente e que este tem a obrigação de tomar em conta.

104. Finalmente, a nossa análise parece-nos ser confirmada pelo imperativo de celeridade que preside a este processo. O regresso de uma criança deslocada ou retida de maneira ilícita implica, geralmente, que esta criança ainda não teve tempo de se integrar completamente no seu novo ambiente. É por esta razão que o Regulamento n.º 2201/2003 impõe aos tribunais aos quais seja apresentado um pedido de regresso que se pronunciem rapidamente, utilizando os procedimentos mais céleres previstos pelo direito nacional e o mais tardar seis semanas após lhes ter sido apresentado o pedido²⁰. Este imperativo de celeridade impõe-se também logicamente ao

juiz do Estado-Membro de origem chamado a tomar a decisão final sobre tal regresso.

105. É certo que este juiz pode considerar útil ou oportuno ouvir de novo a criança antes de tomar a sua decisão final. Assinale-se que, no presente processo, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao, posteriormente à decisão de retenção tomada pelo Amtsgericht – Familiengericht – Celle, convocou a criança e a sua mãe para as ouvir em Espanha.

106. Todavia, o facto de, na sequência da não comparência da Andrea e da mãe, aquele juiz ter proferido a sua decisão final que prevê o regresso da criança sem ter procedido à audição desta última por videoconferência nem ter tentado organizar uma audição na Alemanha deslocando-se ele próprio ou mandatando para esse efeito os serviços judiciais alemães enquadra-se no seu poder soberano de apreciação e não pode ser analisado como uma violação do direito fundamental da criança em ter tido a oportunidade de ser ouvida.

107. Também não pensamos que o facto de, na sua sentença de 16 de Dezembro de 2009, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao não ter simplesmente ordenado o regresso da Andrea, mas de se ter pronunciado sobre a sua guarda e de ter atribuído esta ao pai, justifique que se chegue a outra conclusão.

20 — V. artigo 11.º, n.ºs 3 e 6, do Regulamento n.º 2201/2003.

108. Como o Tribunal declarou no acórdão Povse, já referido, o Regulamento n.º 2201/2003 permite ao juiz do Estado-Membro de origem ordenar o regresso da criança posteriormente a uma decisão de retenção sem ter de se pronunciar previamente sobre a guarda definitiva desta²¹. No entanto, permite-lhe igualmente ligar ambas as coisas pronunciando-se sobre a guarda definitiva da criança, como resulta claramente do seu artigo 11.º, n.º 7, de modo que a decisão sobre o regresso da criança é a consequência necessária dessa atribuição.

109. Esta maneira de proceder apresenta a vantagem de evitar um vai e vem da criança entre os Estados envolvidos no caso de o juiz do Estado-Membro de origem considerar que a guarda deve no fim de contas ser atribuída ao progenitor que a deslocou ou que a retém de maneira ilícita. Supõe, no entanto, que este juiz disponha dos elementos suficientes para se pronunciar sobre esta atribuição, incluindo a audição da criança quando esta disponha de uma capacidade de discernimento suficiente.

110. Contrariamente ao Governo alemão e à Comissão, não pensamos que, nesse caso, a audição da criança efectuada pelo juiz do Estado-Membro de execução no quadro do processo em que foi proferida uma decisão

de retenção seja necessariamente insuficiente para permitir considerar que o direito da criança de ser ouvida foi respeitado pelo facto de supostamente ter um objecto muito mais restrito, limitado ao regresso.

111. As questões do regresso e da guarda definitiva não são estranhas uma em relação à outra. E são-no tanto menos, no presente processo, quanto a Andrea declarou opor-se ao seu regresso a Espanha, o que implica, *a fortiori*, a sua oposição a que a sua guarda seja atribuída ao seu pai. A possibilidade de o juiz do Estado-Membro de origem considerar que a criança pôde ser ouvida sobre a atribuição da sua guarda depende portanto das circunstâncias e do conteúdo da audição dessa criança efectuada no Estado-Membro de execução. Importa, em nossa opinião, deixar ao juiz nacional, nesta matéria, o poder de apreciar se encontra nessa audição os elementos suficientes para decidir sobre a guarda definitiva da criança na sua decisão tomada com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003.

112. Acrescente-se que, como o Governo espanhol indicou na audiência, uma decisão sobre a guarda de uma criança, como a sentença do Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao de 16 de Dezembro de 2009, só é apelidada de «definitiva» para a distinguir das medidas provisórias decretadas no processo de divórcio e que, em

21 — O n.º 54 deste acórdão tem a seguinte redacção:
«Do mesmo modo, os artigos 40.º e 42.º a 47.º do regulamento não subordinam a execução de uma decisão proferida ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, acompanhada da certidão referida no artigo 42.º, n.º 1, [deste] regulamento, à adopção prévia de uma decisão em matéria de guarda.»

princípio, tal decisão pode sempre ser revista, quer por acordo entre os pais, quer no caso de surgirem elementos novos.

B — *Exame das questões prejudiciais*

113. Finalmente, a Comissão sustenta que, no presente processo, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao não podia validamente considerar que o requisito previsto no artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 estava preenchido, devido ao prazo decorrido desde a audição da criança na Alemanha, isto é, perto de nove meses.

114. É certo que tal prazo se pode afigurar longo no quadro de um processo de regresso, mas, mais uma vez, não vemos muito bem o que uma nova audição da criança poderia ter acrescentado, a partir do momento em que esta tinha declarado opor-se ao seu regresso a Espanha.

115. Tendo em conta o conjunto destas considerações, propomos portanto ao Tribunal que declare que o artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que o requisito enunciado nesta disposição é satisfeito quando a criança tiver sido ouvida pelas autoridades judiciais do Estado-Membro de execução no quadro do processo em que foi proferida uma decisão de retenção e o juiz do Estado-Membro competente tiver tomado essa audição em consideração na sua decisão que ordena o regresso, adoptada ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, do mesmo regulamento.

116. Tendo em conta a nossa posição no que respeita à premissa em que se baseiam as questões prejudiciais submetidas pelo Oberlandesgericht Celle, apenas examinaremos essas questões a título subsidiário.

117. Através das referidas questões, que propomos sejam examinadas em conjunto, este tribunal pergunta, em substância, se o Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que o juiz do Estado-Membro requerido pode opor-se à execução de uma decisão acompanhada da respectiva certidão, que ordena o regresso de uma criança posteriormente a uma decisão de retenção, quando se afigure que a criança em causa, contrariamente ao que é referido na certidão emitida ao abrigo do artigo 42.º do referido regulamento, não teve a oportunidade de ser ouvida, em violação das disposições deste artigo e do direito fundamental enunciado no artigo 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais.

118. Deve portanto proceder-se à análise desta interrogação dando por adquirido que a criança objecto da decisão tomada ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003 não teve a oportunidade de ser ouvida, contrariamente às indicações que figuram na certidão que acompanha tal decisão.

119. Somos de opinião, como a Comissão e contrariamente ao Governo alemão, que, mesmo em tal configuração, o juiz do Estado-Membro de execução não tem o direito de se opor à execução da decisão em causa. Baseamos o nosso ponto de vista no sistema previsto pelo Regulamento n.º 2201/2003, tal como interpretado pela jurisprudência.

120. Como vimos, este regulamento, tal como a Convenção de Haia de 1980, parte do postulado segundo o qual a deslocação ou a retenção ilícitas de uma criança em violação de uma decisão judicial prejudica gravemente os interesses desta criança, de modo que o seu regresso ao seu lugar de residência inicial deve ser efectivado sem demora.

121. Verificámos igualmente que a mais-valia do referido regulamento em relação a esta convenção foi ter instituído um sistema por força do qual, em caso de divergência de apreciação entre o juiz da residência habitual da criança e o juiz do lugar onde esta se encontra ilicitamente, o primeiro conserva a sua competência e, de uma certa forma, tem a última palavra para decidir se esta criança deve efectivamente regressar ou não ao seu lugar de residência inicial.

122. Esta competência do juiz do Estado-Membro de origem assenta no postulado de que esse juiz é o mais bem colocado para tomar a decisão final sobre esse regresso, porque pode recolher no círculo próximo da criança e junto das pessoas com as quais essa

criança esteve em contacto todos os elementos que permitem apreciar se existe um motivo legítimo que se oponha ao seu regresso.

123. A economia e a finalidade deste sistema foram explicitados muito claramente pelo Tribunal de Justiça no acórdão Povse, já referido, em resposta à questão de saber se uma decisão que concede um direito de guarda provisório, proferida posteriormente por um tribunal do Estado-Membro de execução e considerada executória por força do direito desse Estado, obsta à execução de uma decisão anterior que ordena o regresso da criança, tomada ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003 e à qual foi junta a certidão prevista no artigo 42.º deste mesmo regulamento.

124. O Tribunal de Justiça declarou o seguinte:

«73 Decorre [dos artigos 42.º, n.º 1, e 43.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 2201/2003], que estabelecem uma repartição clara de competências entre os tribunais do Estado-Membro de origem e do Estado-Membro de execução e que visam o regresso rápido da criança, que uma certidão emitida por força do artigo 42.º do regulamento, que confere à decisão assim homologada uma força executória específica, não é susceptível de recurso. O tribunal requerido não pode deixar de reconhecer a força executória dessa decisão, sendo uma acção de rectificação ou dúvidas quanto à sua autenticidade os únicos meios que podem ser invocados em

relação à certidão, por força das regras de direito do Estado-Membro de origem (v., neste sentido, acórdão Rinau, já referido, n.ºs 85, 88 e 89). As únicas regras de direito aplicáveis do Estado-Membro requerido são as que regulam as questões de natureza processual

não trata de requisitos de forma nem de questões processuais, mas regula questões de fundo.

- 74 Em contrapartida, as questões relativas à substância da decisão enquanto tal, nomeadamente a questão de saber se estavam reunidas as condições exigíveis para permitir ao tribunal competente proferir essa decisão, incluindo a eventual contestação da competência, devem ser suscitadas nos tribunais do Estado-Membro de origem, em conformidade com as regras da sua ordem jurídica. Do mesmo modo, um pedido de suspensão da execução de uma decisão homologada só pode ser apresentado no tribunal competente do Estado-Membro de origem, em conformidade com as regras da sua ordem jurídica.
- 75 Assim, não pode ser suscitado nenhum fundamento nos tribunais do Estado-Membro da deslocação contra a execução de tal decisão, visto que as regras jurídicas deste Estado regulam exclusivamente as questões de natureza processual, na acepção do artigo 47.º, n.º 1, do regulamento, ou seja, as regras de execução da decisão. Ora, um processo como o que é objecto da presente questão prejudicial
- 76 Consequentemente, a existência de um conflito, na acepção do artigo 47.º, n.º 2, segundo parágrafo, do regulamento, entre uma decisão homologada e uma decisão executória posterior só pode ser verificada em relação às eventuais decisões proferidas posteriormente pelos tribunais competentes do Estado-Membro de origem.»
125. Em resumo, o juiz do Estado-Membro de execução não pode portanto opor-se à execução de uma decisão acompanhada da respectiva certidão, tomada com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003.
126. Somos de opinião que esta interpretação do regulamento deve prevalecer igualmente no caso improvável de a certidão ter sido emitida erradamente declarando que a criança não teve a oportunidade de ser ouvida.
127. Com efeito, no referido regulamento, o legislador comunitário extraiu os ensinamentos das insuficiências do sistema da Convenção de Haia de 1980, no qual as divergências de apreciação entre os tribunais dos Estados contratantes no que respeita ao interesse superior da criança, quando esse interesse é medido tendo como referência a ordem pública

própria de cada Estado, levavam a legalizar o rapto da criança.

128. Previu portanto, por um lado, que, no quadro do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003, esses direitos fundamentais deviam ter um conteúdo autónomo, uniforme no conjunto dos Estados-Membros, ou seja, o da Carta dos Direitos Fundamentais. Considerou, por outro lado, que o nível de confiança mútua dos Estados-Membros na capacidade dos tribunais dos outros Estados-Membros em assegurar uma protecção real desses direitos permitia tirar todas as consequências desta lógica e conferir à decisão final tomada pelo juiz territorialmente competente uma força executória específica, não susceptível de contestação nos outros Estados-Membros.

129. Basta, a este respeito, comparar a redacção das disposições da Secção 4 do Capítulo III do Regulamento n.º 2201/2003, que prevêem esta força executória específica, com a dos artigos da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho²², relativa ao mandado de detenção europeu. Esta decisão-quadro prevê expressamente que a entrega da pessoa objecto de um mandado de detenção europeu deve proceder de uma decisão de um juiz do Estado-Membro de execução e enumera os

motivos pelos quais esse juiz pode ou deve opor-se à entrega²³. Na decisão-quadro, o legislador da União quis assim que o respeito dos direitos fundamentais fosse sujeito a um duplo controlo, pelos tribunais do Estado-Membro requerente e do Estado-Membro requerido.

130. Em contrapartida, no Regulamento n.º 2201/2003, o legislador comunitário deu mais um passo a favor do reconhecimento mútuo, uma vez que não previu esse duplo controlo. No entanto, esse passo adicional não deve ter como consequência uma protecção inferior dos direitos fundamentais da criança. Já vimos que, no trigésimo terceiro considerando deste regulamento, o legislador comunitário recordou a importância primordial do respeito desses direitos. No entanto, considerou que estes podiam ser preservados pelos tribunais do Estado-Membro de origem.

131. Cabe assim ao progenitor que considere que a decisão que ordena o regresso da criança foi tomada sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação do direito fundamental desta, e, portanto, que a certidão estava errada, contestar esta decisão perante o tribunal competente do Estado-Membro de origem, sem que, no entanto, o exercício de uma tal iniciativa processual possa, enquanto tal, justificar uma suspensão da execução da referida decisão no Estado-Membro de execução.

22 — Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190, p. 1, a seguir «decisão-quadro»).

23 — V. artigos 3.º e 4.º da decisão-quadro.

132. O Governo alemão convida o Tribunal a ampliar o seu raciocínio para abranger a hipótese em que os tribunais competentes do Estado-Membro requerido não tenham cumprido as suas obrigações e não tenham modificado uma decisão que viola de forma manifesta os direitos fundamentais.

133. Este Governo sustenta assim que o tribunal do Estado-Membro requerido deve poder opor-se à execução de tal decisão quando o recurso para os tribunais do Estado-Membro de origem não tenha obtido provimento apesar de o direito fundamental da criança ter sido manifestamente violado. O referido Governo alega que, em tal caso, o Regulamento n.º 2201/2003 não pode impor a execução de uma decisão que viola manifestamente os direitos fundamentais. Baseia a sua argumentação no facto de, no presente processo, ter sido negado provimento ao recurso interposto pela mãe da Andrea em Espanha contra a sentença de 16 de Dezembro de 2009.

134. Somos de opinião que o presente processo não se presta a uma tomada de posição sobre tal hipótese. Com efeito, por um lado, se o Tribunal de Justiça concordar com a nossa análise sobre a premissa subjacente às questões prejudiciais, o direito fundamental da criança em ser ouvida não foi objecto de uma violação manifesta. Esse direito foi respeitado. Por outro lado, o Governo espanhol, na audiência, contestou a afirmação segundo a qual a mãe da criança já tinha esgotado todas as vias de recurso à sua disposição em Espanha. Além disso, este Governo afirmou que

existe, na sua ordem jurídica interna, uma via de recurso prevista especialmente quando uma parte invoca uma violação dos seus direitos fundamentais.

135. A este respeito, somos de opinião que a existência, na ordem jurídica do Estado-Membro de origem, de vias de recurso (que existem no presente caso) destinadas a permitir às partes interessadas contestar a procedência de uma decisão acompanhada da respectiva certidão nos termos do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003 e, portanto, o respeito dos direitos fundamentais por parte do tribunal que proferiu essa decisão, é a contrapartida indispensável da inexistência de qualquer possibilidade de contestação de tal decisão no Estado-Membro de execução.

136. De qualquer forma, em princípio, a situação a que alude o Governo alemão também não deveria produzir-se. Incumbe aos tribunais nacionais aplicar o direito da União em conformidade com os direitos fundamentais e, em caso de dúvida sobre o alcance destes últimos, submeter as suas interrogações ao Tribunal de Justiça no quadro de um reenvio prejudicial. Compete igualmente aos Estados-Membros prever, nas respectivas ordens jurídicas, as vias de recurso suficientes a fim de assegurar que esses direitos sejam efectivamente respeitados. Finalmente, o respeito destas obrigações está sujeito à fiscalização da Comissão, que pode, designadamente, desencadear uma acção por incumprimento contra um Estado-Membro se os tribunais

deste, em especial o seu tribunal supremo, violar tais obrigações²⁴.

tal decisão pudesse de alguma maneira ser contestada perante as autoridades judiciais do Estado-Membro de execução e depender assim do desfecho do processo desencadeado nesses tribunais.

137. O presente processo não justifica que se duvide da capacidade da ordem jurídica de cada Estado-Membro de assegurar uma aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 que respeite os direitos fundamentais da criança.

138. Demonstra, pelo contrário, que o reconhecimento de um direito de oposição aos tribunais do Estado-Membro de execução seria susceptível de criar novas possibilidades de bloqueio ou de atrasos injustificados na execução de decisões que ordenam o regresso de uma criança, tomadas com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003. Como já indicámos, no domínio específico e muito doloroso dos raptos de crianças, cada mês de atraso na execução de uma decisão de regresso torna este mais difícil e agrava assim a situação. O efeito útil do Regulamento n.º 2201/2003 ficaria portanto seriamente comprometido se a execução de

139. Tendo em conta estas considerações, propomos ao Tribunal de Justiça que complete a resposta precedente acrescentando que, mesmo supondo que a criança não tenha tido a oportunidade de ser ouvida, contrariamente às menções constantes da certidão emitida ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003 e em violação das disposições deste artigo e do direito fundamental enunciado no artigo 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, este regulamento deve ser interpretado no sentido de que o juiz do Estado-Membro requerido não pode opor-se à execução de uma decisão, acompanhada da respectiva certidão, que ordena o regresso de uma criança, tomada com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do referido regulamento.

24 — Acórdão de 9 de Dezembro de 2003, Comissão/Itália (C-129/00, Colect., p. I-14637, n.º 32).

IV — Conclusão

140. Tendo em conta as considerações que precedem, propomos que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões submetidas pelo Oberlandesgericht Celle:

«O artigo 42.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, deve ser interpretado no sentido de que o requisito enunciado nesta disposição é satisfeito quando a criança tiver sido ouvida pelas autoridades judiciais do Estado-Membro de execução no quadro do processo em que foi proferida uma decisão de retenção e o juiz do Estado-Membro competente tiver tomado essa audição em consideração na sua decisão que ordena o regresso, adoptada ao abrigo do artigo 11.º, n.º 8, do mesmo regulamento.

Mesmo supondo que a criança não tenha tido a oportunidade de ser ouvida, contrariamente às menções constantes da certidão emitida ao abrigo do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003 e em violação das disposições deste artigo e do direito fundamental enunciado no artigo 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, este regulamento deve ser interpretado no sentido de que o juiz do Estado Membro requerido não pode opor-se à execução de uma decisão, acompanhada da respectiva certidão, que ordena o regresso de uma criança, tomada com fundamento no artigo 11.º, n.º 8, do referido regulamento.»