

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

DIREITO INTERNACIONAL DA FAMÍLIA

JURISDIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

MARÇO 2019

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ


Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta





A ordem jurídica nacional é cada vez mais, também, internacional. De facto, o direito internacional, cuja recepção, por via da Constituição da República Portuguesa, é evidente, implica uma atenção redobrada às normas que possam estar em vigor e sejam susceptíveis de aplicabilidade.

Na área do direito da família a matéria é ainda mais relevante face aos interesses em jogo.

Conhecendo a realidade e os problemas suscitados, a jurisdição da família e da criança do Centro de Estudos Judiciários tem incluído nos seus planos de formação várias comunicações que agora se publicam neste e-book. Do papel do Ponto de Contacto, à jurisprudência do TEDH, às Convenções da Haia, ao Regulamento (CE) 4/2009, ao Regulamento Bruxelas II bis, passando pela análise de situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças e de casos práticos de divórcio transnacional, este será mais um e-book que cumprirá o objectivo do Centro de Estudos Judiciários de disponibilizar, em forma de acesso universal, conteúdos de excelência.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito Internacional da Família

Jurisdição da Família e das Crianças:

Ana Teresa Pinto Leal (Procuradora da República, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição*)

Chandra Gracias (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Pedro Raposo de Figueiredo (Juiz de Direito e Docente do CEJ*)

Maria Oliveira Mendes (Procuradora da República e Docente do CEJ*)

Ana Maria Carvalho Massena Carreiro (Procuradora da República, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição**)

Maria Gomes Bernardo Perquilhas (Juíza de Direito e Docente do CEJ**)

José Eduardo Gonçalves Barbosa Lima (Procurador da República e Docente do CEJ**)

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2016/2017:

Direito Internacional da Família – 21 de abril de 2017 ([programa](#))

Plano de Formação 2017/2018:

Direito Internacional da Família – 6 de abril de 2018 ([programa](#))

Conceção e organização:

Jurisdição da Família e das Crianças

Intervenientes:

Paulo Pinto de Albuquerque – Juiz Português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Carlos Marinho – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa

César Melo – Assessor Jurídico do Ponto de Contacto Português da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial

Anabela Gonçalves – Professora Universitária, Escola de Direito da Universidade do Minho

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

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Desde setembro de 2018.

** À data da realização das Ações de Formação.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

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

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

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

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

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

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

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

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

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –19/03/2019	09/12/2020

Direito Internacional da Família

Índice

1. O papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na proteção da Família e da Criança – Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Regulamento (CE) 2201/2003 e Convenções da Haia	9
Paulo Pinto de Albuquerque	
2. A competência dos tribunais no Regulamento (CE) 4/2009	13
Carlos Marinho	
3. As funções do Ponto de Contacto Português da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial	17
César Melo	
4. Deslocação ou retenção ilícitas de criança	29
Anabela Sousa Gonçalves	
5. Casos práticos de divórcio transnacional	57
João Gomes de Almeida	
Nota prévia	59
Caso n.º 1	59
Caso n.º 2	68
Caso n.º 3	80
Caso n.º 4	87
6. Aplicação prática do Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II bis)	91
Anabela Sousa Gonçalves	
1. Exercícios práticos	93
2. O regulamento Bruxelas II bis e o seu âmbito de aplicação	95
3. Competência internacional em matéria de responsabilidades parentais	98
4. Deslocação ou retenção ilícitas de crianças	102
5. Litispendência	106

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1.

**O papel do Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem na
proteção da Família e da Criança
– Convenção Europeia dos Direitos
do Homem; Regulamento (CE) 2201/2003
e Convenções da Haia**

Paulo Pinto de Albuquerque



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**O PAPEL DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E
DA CRIANÇA – CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM; REGULAMENTO (CE)
2201/2003 E CONVENÇÕES DA HAIA**

Paulo Pinto de Albuquerque*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2pyluv4xyj/flash.html?locale=pt>

* Juiz Português no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2.

**A competência dos
tribunais no Regulamento
(CE) 4/2009**

Carlos Marinho



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS NO REGULAMENTO (CE) 4/2009

Carlos Marinho*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2pyluv4y6n/flash.html?locale=pt>

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3.

**As funções do Ponto de
Contacto Português da Rede
Judiciária Europeia em Matéria
Civil e Comercial**

César Melo



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AS FUNÇÕES DO PONTO DE CONTACTO PORTUGUÊS DA REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL

Paula Pott*
César Melo**

O PAPEL DO PONTO DE CONTACTO NA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS LEGAIS INTERNACIONAIS

As redes de cooperação judiciária das quais Portugal faz parte



A RJE Civil

A Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial foi criada pela Decisão do Conselho n.º 2001/470/CE revista pela Decisão do Conselho n.º 568/2009/CE

Fazem parte da RJE Civil 27 Estados Membros da União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Roménia, Suécia.

A Dinamarca só participa na rede na qualidade de observador das reuniões – Protocolo n.º 22 relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O Reino Unido integra a rede sem prejuízo do que vier a resultar da negociação para a sua saída da União.

O secretariado geral da rede é em Bruxelas, na Comissão Europeia, na Direcção Geral de Justiça e Consumidores

* Ponto de Contacto Português da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial.

** Assessor Jurídico do Ponto de Contacto Português da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial.



A IberRede

A rede Ibero-Americana de Cooperação jurídica internacional foi criada pelo Regulamento da IberRede feito em Cartagena de Índias nos dias 27 a 29 de Outubro de 2004

A IberRede é composta por 23 Estados: Andorra, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai, Venezuela.

Foi criada pelos Ministérios da Justiça, Ministérios Públicos e Poderes Judiciais destes 23 países.

O secretariado geral da rede é em Madrid, na COMJIB (Conferência de Ministros da Justiça dos países Ibero-americanos).



A Rede Judiciária da CPLP

O Instrumento que cria a Rede Judiciária da CPLP foi feito na Praia em Novembro de 2005

A rede Judiciária da CPLP é composta por 8 Estados: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

Foi criada pela CMJPLOP (Conferencia de Ministros da Justiça dos Países de Língua Oficial Portuguesa).

O secretariado permanente da rede é em Lisboa, no Ministério da Justiça, na Direcção Geral da Política de Justiça.

A REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA

A RJE Civil é uma ferramenta essencial para a aplicação prática dos instrumentos de justiça civil da União Europeia.

Para alcançar estes objectivos, a rede apoia-se nos Pontos de Contacto e conta com a colaboração das autoridades dos Estados Membros na sua actividade.

Os Pontos de Contacto contribuem para estabelecer ligações entre os sistemas judiciais dos diferentes Estados-Membros.

Portugal designou um único ponto de contacto para a RJE Civil – um Juiz nomeado pelo Conselho Superior da Magistratura – mediante concurso.

Esse ponto de contacto acumula funções de ponto de contacto do grupo civil da IberRede e da Rede Judiciária da CPLP.

O Ponto de Contacto de Portugal da RJE Civil exerce funções no Conselho Superior da Magistratura.

Membros nacionais da RJE Civil

1. Direcção Geral da Política de Justiça (DGPJ) - Ministério da Justiça
2. Direcção Geral da Administração da Justiça (DGAJ) - Ministério da Justiça
3. Direcção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) - Ministério da Justiça
4. Instituto de Registos e Notariado IP (IRN IP)- Ministério da Justiça
5. Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça IP (IGFEJ IP)- Ministério da Justiça
6. Conselho dos Julgados de Paz - Ministério da Justiça
7. Instituto da Segurança Social IP (ISS IP) - Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social
8. Comissão de Protecção da Vítimas de Crimes (CPVC) - Ministério da Justiça
9. Ordem dos Advogados (OA)
10. Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução (OSAE)
11. Ordem dos Notários (ON)

Portugal indicou à Comissão Europeia estes onze membros nacionais da RJE Civil cuja colaboração com o Ponto de Contacto e participação nas soluções práticas encontradas, é essencial para que os pedidos de cooperação entre os tribunais de diferentes Estados Membros possam ter êxito.

Autoridades Centrais . Autoridades competentes

Desempenham certas tarefas previstas nos instrumentos a seguir referidos:

DGAJ

- ✓ Regulamento (CE) n° 4/2009 de 18.12.2008 (alimentos)
- ✓ Regulamento (CE) n° 1393/2007 de 13.11.2000 (citação e notificação)
- ✓ Regulamento (CE) n° 1206/2001 de 28.5.2001 (obtenção de provas)
- ✓ Convenção da Haia de 1965 sobre citação e notificação no estrangeiro de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial
- ✓ Convenção da Haia de 1970 sobre colheita de prova no estrangeiro em matéria civil e comercial
- ✓ Convenção da Haia de 2007 sobre cobrança internacional de alimentos devidos a crianças e outros membros da família
- ✓ Convenção de Nova Iorque de 1956 sobre cobrança de alimentos no estrangeiro

DGRSP

- ✓ Regulamento (CE) n° 2201/2003 de 27.11.2003 (divórcio e responsabilidades parentais)
- ✓ Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças
- ✓ Convenção da Haia de 1996 sobre competência, lei aplicável, reconhecimento, execução e cooperação em matéria de responsabilidades parentais e medidas de protecção de crianças

IRN IP

- ✓ Regulamento (UE) n° 650/2012 de 4.7.2012 (sucessões)

ISS IP

- ✓ Directiva 2003/8/EC de 27.1.2003 (apoio judiciário)

CPVC

- ✓ Directiva 2004/80/EC de 29.4.2004 (indemnização às vítimas de crimes)

PGR

- ✓ Convenção da Haia de 2000 sobre protecção de adultos vulneráveis.

A ACTIVIDADE DO PONTO DE CONTACTO

O Ponto de Contacto auxilia os Juizes, magistrados do Ministério Público, funcionários judiciais, e autoridades que exerçam funções judiciais (e.g. Notários em matéria de inventários, Conservatórias) quer nacionais quer estrangeiros.

Por exemplo, nos seguintes casos:

- Quando têm de pedir a inquirição de uma testemunha, um relatório social ou um exame médico ou pericial, ao Tribunal de outro Estado Membro e surgem dúvidas quanto ao modo de envio do pedido, ao Regulamento ou Convenção aplicáveis, às línguas aceites pelo Tribunal estrangeiro, ao formulário obrigatório a preencher, ao direito processual aplicável no outro Estado
- Quando não obtêm resposta ao pedido de cooperação enviado ou é recusado o seu cumprimento
- Quando necessitam de aplicar o direito substantivo estrangeiro e pedem informação sobre o seu conteúdo
- Quando pretendem transferir um processo em matéria de responsabilidades parentais.

O CARÁCTER INFORMAL DOS CONTACTOS

Para resolver essas dificuldades e facilitar a aplicação do direito da União, o **Ponto de Contacto estabelece os contactos informais que julgue mais adequados** seja com o Ponto de Contacto de outro Estado Membro seja com o Tribunal ou Autoridade Central do outro Estado Membro. As informações fornecidas não vinculam o Ponto de Contacto, nem a rede, nem os Tribunais.

Esses contactos, assim como os pedidos de auxílio dos Tribunais, **são feitos preferencialmente por correio electrónico e por telefone. Podem ser dirigidos a: correio@redecivil.mj.pt ou +351 213220042**

O Ponto de Contacto **não pode responder a questões ou pedidos de informação do público em geral, dos cidadãos ou seus representantes, ou das partes** num processo.

Está apenas à disposição das autoridades judiciárias para: localizar pedidos de cooperação; identificar dificuldades no seu cumprimento; sugerir soluções práticas que possam ser aceites pelas autoridades judiciárias envolvidas; ajudar a ultrapassar diferenças entre os sistemas judiciais e processuais dos vários Estados Membros; pedir (para um juiz nacional) ou fornecer (a um juiz estrangeiro), informações sobre a lei aplicável num determinado caso.

AS FICHAS INFORMATIVAS

Para ajudar a compreender os diferentes sistemas legais dos Estados Membros

- A RJE Civil estabelece e actualiza **fichas de informação** acessíveis e gratuitas para os **profissionais forenses e para o público** sobre a legislação nacional de cada Estado. É possível aceder a estas fichas no Portal Europeu da Justiça, na secção **RJE Civil**: <https://e-justice.europa.eu/ejncivil>
- **Cabe aos Pontos de Contacto de cada Estado Membro a redacção das fichas.**
- Encontram-se disponíveis fichas informativas sobre uma série de temas, nomeadamente: **divórcio, alimentos, responsabilidade parental, mediação familiar, sucessões, insolvência, execuções, juros.**
- A sua consulta é útil não só quando tenha de ser aplicado o direito de outro Estado Membro mas também quando tenha de ser aí instaurada uma acção.
- São um instrumento valioso para ajudar a compreender os conceitos jurídicos de outros Estados-Membros.

GUIAS SOBRE OS INSTRUMENTOS DA UNIÃO

- A fim de reforçar a aplicação eficaz dos instrumentos da União, a rede elaborou também uma série de guias destinados aos cidadãos e aos profissionais.
- Os guias são elaborados pelos Pontos de Contacto em colaboração com os membros nacionais da rede e com a Comissão Europeia.
- Estão disponíveis nas línguas oficiais da União.
- Podem ser descarregados na secção da RJE Civil do Portal Europeu da Justiça https://e-justice.europa.eu/content_ejn_publications-287-en.do
- Ou na EU Bookshop <https://bookshop.europa.eu>.
- Também podem ser disponibilizados em papel pelo Ponto de Contacto nacional.
- Versam nomeadamente sobre: aplicação do Regulamento relativo a obtenção de prova, aplicação do Regulamento Bruxelas IIa, competência e lei aplicável aos litígios internacionais entre o trabalhador e a entidade patronal, acções de pequeno montante, sucessões.



GUIA PRÁTICO
Competência judiciária e lei aplicável nos litígios internacionais entre o trabalhador e a entidade patronal

GUÍA PRÁCTICA
Competencia judicial e ley aplicable en los litigios internacionales entre el trabajador y la entidad patronal

→ Os trabalhadores estabelecidos em países terceiros estão abrangidos?
Os trabalhadores a parir de local de afiliação estabelecidos num país terceiro continuam a poder ser abrangidos pelo Regulamento Bruxelas II e Roma I. Os contratos de trabalhadores a parir de local de afiliação devem ser considerados aplicáveis em conformidade com o princípio do TUE, sempre que...

→ Que tipos de créditos laborais são cobertos?
O Regulamento Bruxelas I reformulado abrange a competência dos tribunais nos litígios em matéria de contratos individuais de trabalho, artigo 20.º. O regulamento não especifica quais os tipos de litígios laborais abrangidos. No entanto, a jurisprudência relativa à Comissão de Trabalho sugere que o artigo 20.º se aplica a todos os litígios decorrentes de um contrato de trabalho, sem base no facto de se tratar de um contrato, habitualmente, que contém cláusulas de trabalho por tempo determinado ou de duração limitada, pelo menos no momento em que o litígio dá origem a uma reclamação por parte da autoridade competente nomeada que visa a entidade patronal no âmbito do TUE no momento do litígio. O Tribunal de Justiça da União Europeia também afirmou que, quando o artigo 20.º do Regulamento se aplica, o litígios laborais são abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento (ver artigo 1.º, n.º 2, alínea c), e o artigo 20.º do Regulamento abrange a Comissão de Trabalho).

→ E o «trabalho independente»?
Um falso trabalhador independente é alguém que sempre se cumpre os critérios de trabalhador mais e declarado trabalhador independente. É necessário estabelecer se o trabalhador, em caso de um litígio com a entidade patronal, beneficia dos artigos anteriores estabelecidos no Regulamento Bruxelas II e Roma I. O Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que, ao analisar uma base legal a nível para determinar se um trabalhador está incluído no âmbito de aplicação do Regulamento para a qual trabalhar e qual é o natureza do seu litígio com a empresa, há que determinar, entre as situações de «falso trabalhador independente», se o trabalhador está incluído no âmbito de aplicação do Regulamento para a qual trabalhar e qual é o natureza do seu litígio com a entidade patronal, independentemente das circunstâncias aplicadas ao caso em concreto.

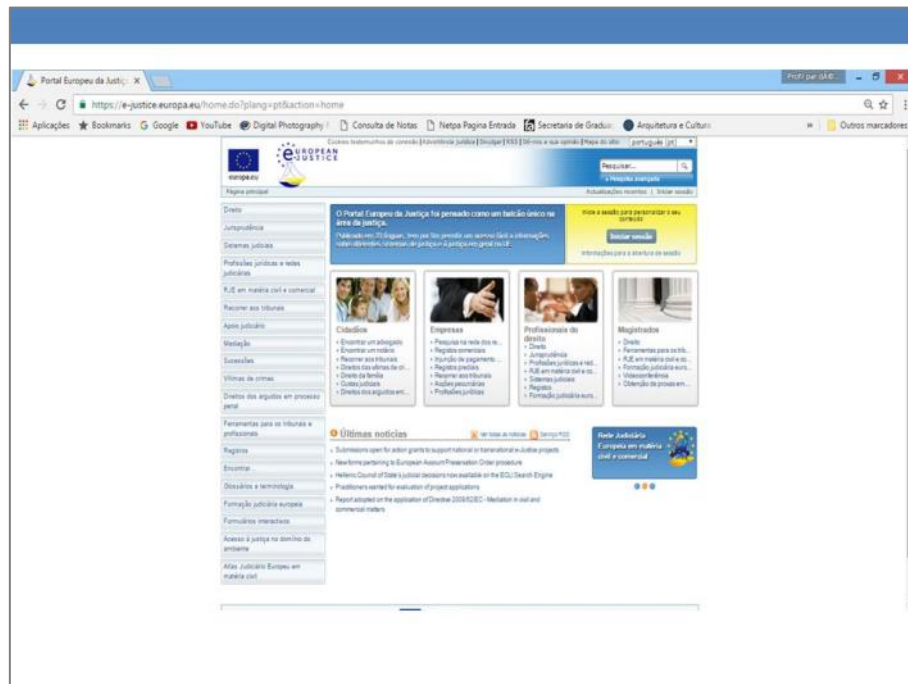
O Portal Europeu da Justiça <https://e-justice.europa.eu>

O Portal Europeu da Justiça contém as secções desenvolvidas pela RJE Civil – fichas informativas e guias práticos – e uma série de outras informações de carácter prático, para facilitar a aplicação quotidiana do direito da União pelos Tribunais nacionais.

Neste portal os funcionários judiciais podem encontrar e preencher os formulários que são exigidos por determinados instrumentos da União:

https://e-justice.europa.eu/content_dynamic_form-155-en.do

Para encontrar os Tribunais e as autoridades judiciárias competentes noutros Estados-Membros ou obter informações sobre as línguas e meios de comunicação aceites pelos outros Estados, os funcionários, juízes e outros profissionais forenses podem consultar o Atlas Judiciário Europeu em Matéria Civil que se encontra também no Portal europeu de Justiça em https://e-justice.europa.eu/content_atlas-321-en.do



AS REUNIÕES NO SEIO DAS TRÊS REDES DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA

Ultrapassar dificuldades e fortalecer a confiança mútua entre juízes

O Ponto de Contacto organiza reuniões trimestrais com todos os membros nacionais. Sempre que necessário, reúne-se apenas com alguns membros para resolver dificuldades pontuais na aplicação de um regulamento ou convenção.

Participa nas reuniões dos Pontos de Contacto da RJE Civil – cerca de seis reuniões por ano acrescidas de algumas reuniões restritas dos grupos de trabalho.

Participa nas reuniões dos pontos de contacto e autoridades centrais da IberRede – cerca de duas reuniões por ano.

Participa nas reuniões dos pontos de contacto da rede Judiciária da CPLP. O texto fundador prevê a realização de uma reunião anual. A última teve lugar em Lisboa, em 2016. Foi organizada pelo Ponto de Contacto de Portugal com o apoio do Conselho Superior da Magistratura. Restringiu-se ao grupo civil da rede e contou com a colaboração activa do Ministério da Justiça.

A NEWSLETTER DO PONTO DE CONTACTO DE PORTUGAL

NEWSLETTER DO PONTO DE CONTACTO de Portugal da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial - RJCEC
Nº 12 - Outubro 2015 - www.redeschil.pt

Neste Número:
• Editorial: A actividade da rede • Acórdão do TJUE: A homologação de um acordo de partilha da herança celebrado pelo curador especial em nome dos filhos menores constitui uma medida à qual se aplica o Regulamento Bruxelas IIa ou o Regulamento Sucessões?

Editorial: A actividade da rede
A última reunião trimestral de membros nacionais da RJCEC teve lugar no dia 9 de Outubro de 2015. « Dado resultado que os testes do projecto support (cobrança electrónica de alimentos) no qual participam a DGAI e o IGFEU IP, estão previstos para a primeira metade de 2016. • A transposição técnica da Directiva relativa à interconexão de registos comerciais está a ser levada a cabo pelo IGFEU IP em estreita colaboração com o IRN IP. • Relativamente ao Regulamento Sucessões, o IRN IP ainda não tinha registado, na data acima referida, nenhum pedido de emissão de CSE (Certificado Sucessório Europeu). • No entanto, a aplicação informática que permitirá proceder à numeração sequencial dos CSEs, a regular a sua emissão e entrega, já está operacional, para o que contribui a colaboração do IGFEU IP. • O IRN IP elaborou o formulário adequado. • O processo de actualização das coordenadas dos Tribunais no Atlas Judiciário Europeu está a ser levado a cabo pela DGAI com o apoio do IGFEU IP em colaboração estreita com a DG Justiça e Consumidores da Comissão Europeia. • Esta última, é responsável pelo processo de migração do Atlas Judiciário para o portal E-justice, actualmente em curso. • Enquanto decorre este processo, em casos de dúvida, os Tribunais podem pedir auxílio ao Ponto de Contacto português [contact@redeschil.pt]. • O projecto do guia sobre disputas laborais europeias, elaborado no seio de um grupo de trabalho de Pontos de Contacto da RJCEC, do qual faço parte, está terminado. • Será submetido à aprovação de todos os Pontos de Contacto, na reunião do dia 16 de Outubro de 2015, em Bruxelas. • O tema principal desta reunião é o Regulamento Bruxelas I reformulado (reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras). • Por isso, convido para me acompanharem três juízes nacionais que já proferiram decisões e aplicar o Regulamento Bruxelas I. Com esta síntese da actividade do rede, despojo a todos um bom trabalho. Paula Pout Juiz Ponto de Contacto de RJCEC

A homologação de um acordo de partilha da herança celebrado pelo curador especial em nome dos filhos menores constitui uma medida à qual se aplica o Regulamento Bruxelas IIa ou o Regulamento Sucessões?

ACÓRDÃO DO TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia) de 6/10/2015 no Processo C - 404/14

Embora tenha declarado que o Regulamento Sucessões (Regulamento Nº 650/2012 de 4/7/2012) não é aplicável ao caso em análise, *ratione temporis*, o TJUE clarifica a fronteira entre o âmbito de aplicação deste Regulamento e do Regulamento Bruxelas IIa (Regulamento Nº 2201/2003 de 27/11/2003). Ou seja, define o que pertence ao domínio da responsabilidade parental e o que pertence ao domínio das sucessões.



The wedding
Karel Měřička, 1937 (WIKIA.org - obra no domínio público)

Trata-se de saber se a homologação de um acordo de partilha de uma herança, no qual são

partes o progenitor (cônjuge sobrevivente) e os filhos menores, celebrado pelo curador especial dos filhos menores, é uma medida destinada à proteção dos interesses dos menores, abrangida pelo artigo 11(1)(b) do Regulamento Bruxelas IIa ou se, pelo facto de ser adoptada no contexto de um processo sucessório em curso, deve antes ser qualificada como uma medida relativa às sucessões e como tal ser excluída do âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas IIa por força do artigo 1(3)(f) deste.

O TJUE julgou que a homologação do acordo de partilha é uma medida que se destina a proteger o interesse do menor e está directamente ligada à capacidade jurídica deste. O facto de a sua homologação se inscrever num processo sucessório (e.g. de inventário) não determina que tal medida seja abrangida pelo direito das sucessões. A necessidade de obter a homologação pelo juiz é uma consequência directa do estado e capacidade dos menores e está ligada à administração, conservação e disposição dos bens destes no âmbito do exercício da responsabilidade parental.

Acresce que, se a legislação nacional que rege o direito das sucessões prevê a intervenção de um representante legal do filho menor herdeiro, a sua nomeação rege-se pelas regras aplicáveis no domínio da responsabilidade parental. É para evitar, quer a submissão de normas dos dois Regulamentos, quer o vazio legal, que o artigo 12(2) do Regulamento Sucessões exclui do seu âmbito de aplicação a capacidade jurídica das pessoas singulares.

Assim, a homologação de um acordo de partilha da herança celebrado pelo curador especial em nome dos filhos menores, num processo sucessório, constitui uma medida relativa ao exercício da responsabilidade parental à qual se aplica o Regulamento Bruxelas IIa (incluindo as regras de competência neste fixadas) e não uma medida relativa a sucessões.



Paula Pott – 2018

Juiz Desembargadora - Ponto de Contacto de Portugal em matéria civil e comercial

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2pyluv4ye6/flash.html?locale=pt>

4.

**Deslocação ou retenção
ilícitas da criança**

Anabela Sousa Gonçalves



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DESLOCAÇÃO OU RETENÇÃO ILÍCITAS DE CRIANÇA

Anabela Sousa Gonçalves*

Deslocação ou retenção ilícitas de crianças

Anabela Susana de Sousa Gonçalves
Professora Auxiliar da Escola de
Direito da Universidade do Minho

Casos

TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App. No. 31679/96.

TEDH, *Bianchi v. Switzerland*, App. No. 7548/04.

TEDH, *Susanne Paradis and Others v. Germany*, App. No. 4065/04.

TJUE, *Inga Rinau v. M. Rinau*, processo C-195/08 PPU.

* Professora Universitária, Escola de Direito da Universidade do Minho.

Deslocação ou retenção ilícitas de crianças

- A convenção de Haia de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças (Convenção de Haia);
- O regulamento Bruxelas II *bis* (Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental).

Convenção de Haia

A ideia fundamental da Convenção de Haia está prevista no seu art. 1º. **É estabelecido no art. 1º que o objeto da Convenção é promover o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida e fazer respeitar efetivamente os direitos de custódia e de visita existentes no Estados Contratantes.**

Convenção de Haia

A **deslocação ilícita** abrange aquelas situações em que há uma deslocação ilícita de criança para outros Estados, em violação de um direito de guarda ou custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação, desde que esse direito estivesse a ser exercido efetivamente no momento da deslocação, individualmente ou em conjunto, ou o devesse estar a ser exercido se a deslocação não tivesse ocorrido [art. 3º, al. a) e al. b)].

Convenção de Haia

O **direito de custódia** é definido no art. 5º, n.º 1, como **aqueles direitos relativos aos cuidados da criança, nomeadamente o direito de decidir sobre o seu lugar de residência**. Este direito resulta de atribuição de pleno direito ou acordo vigente segundo o direito do Estado da residência habitual da criança antes da sua deslocação (art. 3º *in fine*).

Convenção de Haia

A Convenção visa também o respeito efectivo dos direitos de visita existentes num Estado Contratante nos outros Estados Contratantes [art. 1º, al. b)], abarcando este o direito de levar uma criança para um lugar diferente da sua residência habitual durante um breve período [art. 5º, al. b)], incluindo para outros países.

Convenção de Haia

A Convenção de Haia aplica-se a crianças com residência habitual num Estado Contratante antes da violação do direito de custódia ou de visita, cessando a sua aplicação quando a criança atinge a idade de 16 anos (art. 4º).

Aplica-se em Portugal (desde 1 de Dezembro de 1983).

Convenção de Haia

Cada Estado Contratante designará uma autoridade central (art. 6) que terá uma dupla função com o objetivo final de assegurar o regresso imediato da criança:

- a de cooperar com as entidades centrais dos outros países;
- mas também a de coordenar as autoridades dos próprios Estados (art. 7º)

Convenção de Haia

Competirá à autoridade central (art. 7º):

- localizar a criança;
- evitar a aumento dos danos provocados à criança ou às partes interessadas pela promoção de providências cautelares;
- procurar uma solução amigável ou o regresso voluntário da criança;
- caso seja útil, trocar informações relativas à situação social da criança;
- disponibilizar informações em relação ao direito do seu Estado no âmbito de aplicação da Convenção;
- caso seja necessário para obter uma decisão de regresso, deve iniciar ou facilitar a abertura de um procedimento judicial ou administrativo com esse fim;
- facilitar ou aconselhar a obtenção de assistência judiciária;
- garantir o regresso sem perigo da criança, acautelando todas as medidas administrativas necessárias;
- trocar informações com as outras autoridades centrais para eliminar os obstáculos à aplicação da Convenção.

Convenção de Haia

De acordo com o art. 8º, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode pedir assistência em caso de deslocação ou retenção ilícitas à autoridade central do Estado da residência habitual da criança ou de outro Estado Contratante com vista ao regresso da criança, pedido que deve ser instruído com os elementos elencados naquela disposição legal, referentes:

- a dados sobre a criança,
- o requerente,
- a pessoa com a qual se presume que a criança esteja,
- os fundamentos legais e factuais para exigir o regresso da criança,
- informações relativamente à localização da criança,
- entre outros documentos que possam ser considerados úteis.

Convenção de Haia

- **Caso a autoridade central considere que há indícios da presença da criança em outro Estado Contratante, deve transmitir o pedido de assistência à autoridade central desse Estado, informando subsequentemente o requerente ou, no caso de o pedido ter sido transmitido para uma autoridade central de um terceiro Estado, a autoridade central requerente (art. 9º).**
- **Pelo contrário, se a autoridade central considerar que o pedido não tem fundamento, ou que as condições estabelecidas na Convenção não estão preenchidas, não é obrigada a receber o pedido, devendo informar fundamentadamente o requerente ou a entidade central que remeteu o pedido (art. 27º).**

Convenção de Haia

Estabelece o art. 11º da Convenção de Haia, reiterando o determinado pelo art. 2º, que as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados **devem adoptar procedimentos de urgência para garantir o regresso da criança.**

Convenção de Haia

O 2º § do art. 11º fixa ainda um prazo indicativo de seis semanas a contar da data da participação, findo o qual o requente ou a autoridade central do Estado requerido pode solicitar uma declaração sobre as razões da demora na promoção do regresso da criança, seja por sua iniciativa ou a pedido da autoridade central do Estado requerente.

Convenção de Haia

Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de criança e **se tiver decorrido menos de um ano** entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra, **aquela autoridade deve ordenar o regresso imediato da criança** (art. 12º, 1º §).

Convenção de Haia

Caso já tenha decorrido este prazo de um ano, a referida autoridade judicial ou administrativa **deve ordenar o regresso da criança**. Todavia, neste último caso, a Convenção permite a emissão de uma decisão de retenção da criança se for provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente.

Convenção de Haia

Dúvidas se podem colocar relativamente ao art. 12º:

- limites temporais que balizam este prazo de um ano;
- a forma como deve ser provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente;
- a que país a criança deve regressar.

Convenção de Haia

A regra deve ser a decisão de regresso da Criança (art. 12º), mas há exceções.

Convenção de Haia

De acordo com o art. 13º, al. a), da Convenção de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção a prova por parte de quem se opõe ao regresso da criança de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exercia efetivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido posteriormente com a deslocação.

Convenção de Haia

Outro fundamento para a decisão de retenção encontra-se no art. 13º, al. b), da Convenção de Haia, onde se determina que pode fundamentar aquela decisão a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável.

Convenção de Haia

A oposição da criança ao seu regresso pode também fundamentar uma decisão de retenção, nos termos do art. 13º, 2º §, desde que a criança já tenha uma idade e um grau de maturidade que permitam tomar em consideração a sua opinião.

Convenção de Haia

Um último fundamento que pode justificar a decisão de retenção resulta do art. 20º da Convenção de Haia, onde se determina que outro fundamento desta decisão será o facto de o regresso pôr em causa os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Regulamento Bruxelas II *bis*

O Regulamento Bruxelas II *bis* estabelece:

- um sistema uniforme de regras de competência internacional e;
- de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Responsabilidade parental deve esta ser entendida nos termos do art. 2º, n.º 7, como «o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança», o que inclui o direito de guarda e o direito de visita.

O Regulamento Bruxelas I *bis* aplica-se às questões cíveis que envolvem a responsabilidade parental, incluindo a sua atribuição, o seu exercício e a sua cessação.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O âmbito de aplicação espacial do Regulamento Bruxelas II *bis* é definido no art. 21º, n.º 1, sendo aplicável às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-membros da UE cuja competência seja determinada de acordo com as regras previstas nos artigos 3º e seguintes do Regulamento.

Regulamento Bruxelas II bis

Por fim, encontramos o âmbito de aplicação temporal do regulamento Bruxelas II bis no art. 72º e no art. 64º, n.º 1, sendo este aplicável às acções judiciais, actos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de Março de 2005.

Regulamento Bruxelas II bis

Quanto às relações do Regulamento Bruxelas II bis com a Convenção de Haia, de acordo com o art. 60º, al. e), o Regulamento tem primazia nas relações entre os Estados-membros relativamente à aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças.

Regulamento Bruxelas II *bis*

A noção de deslocação ou retenção ilícita de criança para efeito de aplicação do Regulamento (prevista no art. 2.º, n.º 11) acompanha a noção presente no art. 3.º da Convenção de Haia, **assim como a noção de direito de guarda** (prevista no art. 2.º, n.º 9) também coincide também com a noção que encontramos no art. 5.º, al. a) da Convenção de Haia.

Regulamento Bruxelas II *bis*

No plano da competência internacional, o superior interesse da criança concretiza-se através do princípio de proximidade: têm competência internacional para julgar as questões de responsabilidade parental os tribunais do Estado-Membro onde resida da criança à data em que o processo é instaurado no tribunal (art. 8.º).

Regulamento Bruxelas II *bis*

Questões importantes para a aplicação do art. 8º:

- qual o conceito de residência habitual da criança para efeitos do regulamento Bruxelas II *bis*?
- a determinação do conceito de criança.

Regulamento Bruxelas II *bis*

A regra geral do artigo 8.º do regulamento Bruxelas II *bis* cede perante as regras especiais previstas nas situações de extensão de competência (art. 12º).

Regra de competência residual – art. 14º.

Situação excepcional do art. 15º - foro conveniente.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Conceitos prévios:

- deslocação ou retenção ilícita de criança (art.2.º, n.º 11);
- direito de guarda (art. 2.º, n.º 9);
- aquisição do direito de guarda (art. 2.º, n.º 11): é o direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência antes da deslocação ilícita que determina em que condições se verifica a aquisição do direito de guarda da criança por parte do pai ou pais.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Uma das ideias principais que consta do regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças é a de que **os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ilícita continuam a ser competentes após essa deslocação ilícita**, até que a criança disponha de outra residência habitual num país da UE, o que apenas sucede se estiverem reunidas as circunstâncias previstas nas alíneas do artigo 10º.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Quanto ao procedimento a adotar face a uma deslocação ilícita da criança para outro Estado-Membro, o artigo 11.º do regulamento Bruxelas II *bis* completa o previsto na Convenção de Haia de 1980.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O n.º 3 do art. 11º do regulamento Bruxelas II *bis* determina que o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo **pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas** a contar da apresentação do pedido.

Deste pedido pode resultar uma decisão de regresso da criança ao país da residência habitual de origem ou uma decisão de retenção.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O regresso da criança pode, porém, ser recusado através de uma decisão de retenção que tenha como base um dos fundamentos previstos no artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O regulamento Bruxelas II bis fixa um limite à invocação do artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, como fundamento de uma decisão de recusa de regresso, no seu artigo 11.º, n.º 4:

- o argumento de que regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável (artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980) não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a proteção da criança após esse regresso.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O artigo 11.º, n.º 5, do regulamento Bruxelas II bis salvaguarda a posição da pessoa que fez o pedido de regresso, uma vez que estabelece que o regresso da criança não pode ser recusado se a pessoa que fez o pedido não tiver tido oportunidade de ser ouvida.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Se o tribunal do Estado onde a criança está deslocada decide reter a criança ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980 deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as atas da audiência, que devem ser recebidos **no prazo de um mês a contar da decisão**, de acordo com o artigo 11.º, n.º 6.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Em seguida, o tribunal da residência habitual de origem da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes **no prazo de três meses** após a notificação (artigo 11.º, n.º 7).

Regulamento Bruxelas II *bis*

O sistema de reconhecimento previsto no regulamento Bruxelas II *bis* baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo.

Segundo o artigo 21.º, n.º 1, «[a]s decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades», visando-se desta forma concretizar o princípio da confiança entre as autoridades judiciais dos Estados-Membros:

- Desta forma, de acordo com o artigo 21.º, n.º 3 do regulamento, qualquer parte interessada pode pedir uma declaração de reconhecimento ou o não reconhecimento da decisão.
- O regulamento Bruxelas II *bis* prevê, ainda, a necessidade de obtenção de uma declaração prévia de exequibilidade a pedido de qualquer parte interessada para aquelas decisões relativas ao exercício da responsabilidade parental e que tenham força executória no Estado-Membro de origem das mesmas, para que possam ser executadas noutro Estado-Membro (artigo 28.º, n.º 1).

Regulamento Bruxelas II bis

Para este efeito, tanto em matéria de direito de visita, como em relação às decisões de regresso da criança, basta que estas decisões satisfaçam as condições presentes no artigo 41.º e no artigo 42.º para que adquiriram força executiva, não sendo necessário qualquer processo prévio que a declare.

Regulamento Bruxelas II bis

O tribunal da residência habitual de origem da criança que pronuncia a decisão de regresso emite a certidão relativa ao regresso da criança no idioma do processo, cujo formulário consta do anexo IV do regulamento, desde que estejam reunidos os pressupostos do artigo 42.º, n.º 2:

- 1) a criança ter tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a maturidade e idade da criança o desaconselhar;
- 2) tenha sido dada oportunidade às partes para se pronunciarem;
- 3) na decisão tenham sido ponderadas as provas e a justificação da decisão de retenção pronunciada segundo o artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Regulamento Bruxelas II *bis*

Se existir uma alteração das circunstâncias que implique que a execução da decisão homologada possa prejudicar o superior interesse da criança, esta será uma questão de fundo, que deve ser levada ao conhecimento do tribunal de origem, a quem se pode pedir uma suspensão da execução da decisão e uma alteração da decisão de regresso.

Regulamento Bruxelas II *bis*

O único fundamento para a não execução de uma decisão de retorno, proferida de acordo com o artigo 42.º, n.º 1, é se esta for incompatível com uma decisão com força executória proferida posteriormente (artigo 47.º, n.º 2, 2.ª parte).

Regulamento Bruxelas II *bis*

A decisão em causa é automaticamente executória em todo o território da União, não estando os seus efeitos circunscritos ao Estado-Membro que pronunciou a decisão de retenção, de acordo com a Comissão Europeia, e segundo uma interpretação que nos parece compatível com a letra do artigo 42.º.

Regulamento Bruxelas II *bis*

A pessoa que requer a execução da decisão deve apresentar uma cópia da decisão que satisfaça os requisitos de autenticidade e a certidão referida no artigo 42.º, n.º 1, acompanhada de uma tradução do ponto referente às medidas tomadas para assegurar o regresso da criança (artigo 45.º).

Regulamento Bruxelas II bis

Alterações propostas ao Regulamento Bruxelas II bis:

- Concentração da competência territorial.
- Prazo de apreciação do pedido de regresso: a autoridade central passa a ter o prazo de seis semanas para instruir o pedido e cada instância passa a ter o período de 6 semanas para decidir.
- No espaço de 6 semanas em que o tribunal deve decidir, este deve ainda analisar se as partes estão dispostas a encetar um processo de mediação.
- O tribunal da residência habitual da criança, após receber os documentos sobre a decisão de retenção da criança do tribunal onde a criança está retida ilicitamente e as observações das partes, e se já se encontrar pendente um processo relativo à guarda da criança nesse Estado-Membro, deve apreciar a questão da guarda da criança conjuntamente com os motivos e provas subjacentes à decisão de retenção.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2pyluv4yji/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5.

Casos práticos de divórcio transnacional

João Gomes de Almeida



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CASOS PRÁTICOS DE DIVÓRCIO TRANSNACIONAL

João Gomes de Almeida*

Nota prévia

O presente texto surge na sequência de convite do Centro de Estudos Judiciários para participar em ação de formação subordinada ao tema “Direito Internacional da Família”. No âmbito dessa ação de formação efetuei uma pequena exposição sobre o divórcio transnacional e preparei casos práticos com o propósito de debater, com os formandos e a equipa dinamizadora da formação, algumas questões suscitadas pela temática do divórcio transnacional.

O texto que agora se apresenta inclui o enunciado dos dois casos práticos utilizados na ação de formação, bem como de dois casos adicionais. Cada um dos enunciados é acompanhado de uma proposta de tópicos de resolução. Tendo presente o caráter dinâmico da ação de formação, os tópicos de resolução configuram apenas uma via possível de resolução – aquela que me parece mais adequada e que advogo –, não tendo qualquer pretensão de exaustividade na indicação de soluções possíveis ou divergentes ou de referências doutrinárias e jurisprudenciais. A jurisprudência mencionada sem indicação de fonte pode ser encontrada em <https://curia.europa.eu/> ou em <http://www.dgsi.pt/>. Os tópicos de resolução são largamente tributários do trabalho desenvolvido na minha dissertação de doutoramento¹, onde se pode encontrar mais desenvolvimentos e indicações doutrinárias e jurisprudenciais.

Caso n.º 1

a) Enunciado

André, cidadão português, conheceu **Pierre**, cidadão francês, enquanto fazia um curso de pós-graduação na Universidade de *Sorbonne*. Apaixonaram-se e casaram em Paris no ano de 2013. Fixaram a sua residência habitual comum, por motivos profissionais, em Bucareste (Roménia).

André, quando se encontrava de férias em Portugal, intenta ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge junto do Tribunal de Comarca de Lisboa, com fundamento em separação de facto há mais de dois anos. Alega que os tribunais portugueses são internacionalmente competentes ao abrigo do critério da necessidade (artigo 62.º/c) do Código de Processo Civil), pois o Direito material romeno proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não reconhecendo esses casamentos mesmo quando tenham sido validamente celebrados no estrangeiro. O artigo 277.º do Código Civil romeno estabelece:

“ (1) É proibido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2017.

- (2) Os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados ou contraídos no estrangeiro, quer por romenos quer por cidadãos estrangeiros, não são reconhecidos na Roménia.
- (3) As parcerias civis entre pessoas de sexos opostos ou do mesmo sexo, celebradas ou contraídas no estrangeiro, quer por cidadãos romenos quer por estrangeiros, não são reconhecidas na Roménia.
- (4) As disposições legais sobre a livre circulação de cidadãos na Roménia, para cidadãos de Estados-Membros da UE e do Espaço Económico Europeu, continuam a ser aplicáveis.”²

- a) O Tribunal de Comarca de Lisboa é internacionalmente competente para julgar a ação intentada por **André**?
- b) Admita agora que **Pierre** tinha fixado a sua residência habitual em Lisboa quatro meses antes de a ação ter sido intentada no Tribunal de Comarca de Lisboa. Este Tribunal era internacionalmente competente? Admitindo que se encontra provada a separação de facto, deveria ser proferido o divórcio?

b) Tópicos de resolução

Alínea a)

1. *Verificação dos âmbitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis*³. O âmbito de aplicação espacial (ou transnacionalidade da situação) está preenchido, porque a situação em causa tem pontos de contacto relevantes com mais de Estado soberano, em virtude da nacionalidade dos cônjuges (Portugal e França) e residência habitual (Roménia).

O Regulamento Bruxelas II *bis* só é aplicável aos divórcios transfronteiriços. As normas habilitantes do Regulamento Bruxelas II *bis* são a alínea c) do artigo 61.º e o n.º 1 do artigo 67.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE)⁴. A alínea c) do artigo 61.º permite ao Conselho adotar “[m]edidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, previstas no artigo 65.º”. O corpo do artigo 65.º do TCE⁵ expressamente exige que as medidas “tenham uma incidência transfronteiriça”. Ou seja, as medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil têm sempre de ter carácter transfronteiriço, isto é, o seu objeto é, por definição, a situação transnacional.

² Tradução efetuada pelos serviços da União Europeia e disponível em:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2011-000280+0+DOC+XML+V0//PT> (consultada pela última vez em 23 de março de 2018).

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, publicado no Jornal Oficial L 338 de 23 de dezembro de 2003, pp. 1— 29, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004 do Conselho, de 2 de dezembro de 2004, que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, em relação aos tratados com a Santa Sé, publicado no Jornal Oficial L 367 de 14 de dezembro de 2004, pp. 1—2 (doravante Regulamento Bruxelas II *bis*).

⁴ Versão Tratado de Nice.

⁵ *Idem*.

O *âmbito de aplicação temporal* também se encontra preenchido. As normas de competência internacional do Regulamento Bruxelas II *bis* são aplicáveis aos processos instaurados a partir de 1 de março de 2005⁶.

O preenchimento do *âmbito de aplicação material* neste caso é mais *discutível*. O Regulamento Bruxelas II *bis* é aplicável às matérias civis relativas ao divórcio, à separação judicial e à anulação do casamento⁷. “Segundo jurisprudência constante, decorre das exigências tanto de aplicação uniforme do direito comunitário como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito comunitário que não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente ser interpretados em toda a Comunidade de modo autónomo e uniforme, tendo em conta o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pelas normas em causa”⁸. Apesar disso, o Regulamento Bruxelas II *bis* não define muitos dos conceitos que utiliza, nomeadamente não define o conceito casamento. Pergunta-se se o conceito de casamento deve ser interpretado de acordo com o Direito de fonte interna de cada um dos Estados-Membros ou se deve ser interpretado autonomamente.

Esta segunda solução parece impor-se no Regulamento Roma III⁹. É possível ver no artigo 13.º do Regulamento Roma III o reconhecimento, por parte do legislador europeu, de que o conceito de casamento não é comum a todos os Estados-Membros participantes. Ao estabelecer que “[n]ada no presente regulamento obriga os tribunais de um Estado-Membro participante cuja lei não [...] considere o casamento em questão válido para efeitos do processo de divórcio, a pronunciarem um divórcio em aplicação do presente regulamento”, entende-se que o preceito indicia que o Regulamento Roma III não consagrou um conceito restrito de casamento, assente no menor denominador comum entre os vários Estados-Membros participantes. Caso fosse perfilhado o conceito tradicional de casamento, isto é, se o casamento, para efeitos do Regulamento Roma III, fosse considerado apenas a união entre duas pessoas de sexo diferente, este preceito seria desprovido de sentido. Todos os pedidos de divórcio referentes a casamentos que não fossem enquadráveis nesta definição não estariam incluídos no âmbito de aplicação do Regulamento Roma III, razão pela qual as suas normas nunca seriam aplicáveis. Advoga-se, por isso, que o *conceito de casamento, para efeitos do Regulamento Roma III, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a abranger o casamento entre pessoas do mesmo sexo*.

A questão é menos clara no Regulamento Bruxelas II *bis*. A linguagem empregue pelo Regulamento Bruxelas II *bis* é neutra quanto a esta questão, sendo normalmente utilizada a expressão *cônjuges*. A única exceção consta do ponto 3 do modelo de certidão referida no

⁶ Cf. n.º 1 do artigo 64.º e artigo 72.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁷ Cf. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) de 2 de abril de 2009, *A.*, proc. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, considerando n.º 34, proferido em sede do Regulamento Bruxelas II *bis*, em matéria de responsabilidade parental. Esta jurisprudência constante é reiterada no Acórdão de 16 de julho de 2009, *Hadady*, proc. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474, considerando n.º 38, igualmente proferido em sede do Regulamento Bruxelas II *bis*, mas no âmbito de um litígio de divórcio.

⁹ Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, publicado no JO L 343 de 29 de dezembro de 2010, p. 10—16 (doravante Regulamento Roma III).

artigo 39.º relativa a decisões em matéria matrimonial, onde se utilizam as expressões esposo e esposa. Em sentido contrário depõe o elemento histórico. As normas relativas às ações matrimoniais do Regulamento Bruxelas são praticamente idênticas às normas do Regulamento Bruxelas II e da Convenção de Bruxelas II que o precederam. O primeiro projeto da Convenção de Bruxelas II surgiu em 1994 e as negociações concluíram em 1997, data em que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era desconhecido na Europa e no Mundo¹⁰. E o próprio TJ, em 2001, afirmou que “é certo que o termo «casamento», segundo a definição comumente aceite pelos Estados-Membros, designa uma união entre duas pessoas de sexo diferente”¹¹.

O argumento assente numa interpretação sistemática com o Regulamento Roma III é *improcedente*. O Regulamento Roma III foi adotado no âmbito de uma cooperação reforçada. Como tal, vincula apenas os Estados-Membros participantes. Pelo contrário, o Regulamento Bruxelas II *bis* vincula todos os Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca. Ora, qualquer ato adotado no âmbito de uma cooperação reforçada tem de respeitar o direito da União¹², as competências, direitos e deveres dos Estados-Membros não participantes¹³ e não faz parte do acervo da União. Deste modo, o Regulamento Roma III não pode afetar as competências, direitos e deveres dos Estados-Membros não participantes, sob pena de violação das disposições do TUE e do TFUE. Como tal, o Regulamento Roma III não pode modificar a interpretação dos conceitos utilizados no Regulamento Bruxelas II *bis*, sob pena de modificar direitos e deveres dos Estados-Membros não participantes que estão vinculados ao Regulamento Bruxelas II *bis*.

O principal argumento em favor da inclusão dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo parece ser o sustentado numa *interpretação atualista* do Regulamento Bruxelas II *bis*. Hoje, 13 dos 27 Estados-Membros vinculados ao Regulamento Bruxelas II *bis* admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁴. Embora sejam ainda uma minoria, advoga-se que é atualmente mais difícil afirmar que não existe uma forte tendência no sentido de alargar o conceito de casamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Por este motivo, sustenta-se que o conceito de casamento do Regulamento Bruxelas II *bis* abrange os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Conclusão: todos os âmbitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II *bis* estão preenchidos.

2. Norma atributiva competência internacional do regulamento Bruxelas II bis. O artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, numa situação como a do caso, em que os cônjuges *não têm* nacionalidade comum e *têm* residência habitual comum, apenas atribui competência internacional aos tribunais do Estado-Membro da residência habitual comum (tribunais romenos).

¹⁰ Os Países Baixos foram o primeiro Estado a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo e tal ocorreu em 2001.

¹¹ Cf. Acórdão de 31 de maio de 2001, *D e Suécia*, processos apensos C-122/99 P e C-125/99 P, ECLI:EU:C:2001:304, considerando n.º 34.

¹² Cf. artigo 326.º do TFUE.

¹³ Cf. artigo 327.º do TFUE.

¹⁴ A saber, a Alemanha, a Áustria (embora a lei só entre em vigor em 2019), a Bélgica, Espanha, a França, a Finlândia, a Irlanda, o Luxemburgo, Malta, os Países Baixos, Portugal, o Reino Unido e a Suécia.

3. Análise dos artigos 6.º e 7.º do Regulamento Bruxelas II bis. Invoca-se, no enunciado do caso, o critério da necessidade, previsto no Código de Processo Civil (CPC), o que suscita a questão de saber se é possível recorrer, em situações como a do caso, a outras normas atributivas de competência internacional que não as previstas no Regulamento Bruxelas II bis. A resposta (negativa) a esta questão resulta da análise dos artigos 7.º, 17.º e 6.º do Regulamento Bruxelas II bis.

No n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento Bruxelas II bis estabelece-se que “[s]e nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente nos termos dos artigos 3.º, 4.º e 5.º, a competência, em cada Estado-Membro, é regulada pela lei desse Estado-Membro”¹⁵. No caso presente, são competentes os tribunais romenos¹⁶.

Por sua vez, o artigo 17.º do Regulamento Bruxelas II bis estabelece, neste caso, que o tribunal português *tem a obrigação de oficiosamente se declarar incompetente*, uma vez que:

(i) O tribunal português *é internacionalmente incompetente* segundo as regras do Regulamento Bruxelas II bis e

(ii) Os tribunais de outro Estado-Membro (Roménia) *são internacionalmente competentes* segundo essas mesmas regras.

Estes dois artigos são aplicáveis independentemente da qualidade do cônjuge requerido¹⁷, ou seja, do regime de proteção do cônjuge requerido com residência habitual ou nacionalidade de um Estado-Membro previsto no artigo 6.º do Regulamento, o qual constitui um limite adicional à possibilidade de recorrer a outras normas atributivas de competência internacional que não as consagradas no Regulamento Bruxelas II bis¹⁸.

Conjugando os artigos 6.º e 7.º do Regulamento Bruxelas II bis, sustenta-se, em suma, que o Estado-Membro do foro só pode fundar a sua competência internacional para julgar um divórcio transnacional em normas distintas das consagradas nos artigos 3.º a 5.º do Regulamento Bruxelas II bis quando:

(1) Nenhum Estado-Membro seja internacionalmente competente para julgar esse litígio nos termos dos artigos 3.º a 5.º do citado Regulamento e

(2) O cônjuge requerido não tenha “domicílio” no Reino Unido ou na Irlanda e

¹⁵ Itálicos adotados.

¹⁶ Cf. 1.º travessão da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II bis.

¹⁷ Cf., neste sentido, Acórdão do TJ de 29 de novembro de 2007, *Sundelind Lopez*, proc. C-68/07, ECLI:EU:C:2007:740, considerando 25.

¹⁸ Na doutrina portuguesa, MOURA RAMOS, “Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia”, in *Scientia Iuridica*, tomo 62, n.º 332, 2013, pp. 413-461, p. 428 e LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, vol. III, 2.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2012, p. 238, advogam que o artigo 6.º constitui, por si só, um limite à aplicação das competências residuais previstas no n.º 1 do artigo 7.º.

(3) Não seja nacional dos restantes Estados-Membros, *exceto* nos casos em que o cônjuge requerido tenha nacionalidade do Estado-Membro do foro *ou* “domicílio” no Estado-Membro do foro, no caso do Reino Unido ou da Irlanda¹⁹.

No caso concreto, e admitindo (como se defendeu *supra*) que o Regulamento Bruxelas II *bis* é aplicável à dissolução de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, o tribunal português deve declarar-se oficiosamente incompetente.

4. *Deficiente articulação entre o Regulamento Bruxelas II bis e o Regulamento Roma III e o risco de não obtenção de uma decisão de mérito.* Como se viu *supra*, neste caso apenas os tribunais romenos seriam internacionalmente competentes para proferir o divórcio. Sucede, porém, que o Direito material romeno não considera válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Estão assim preenchidos os pressupostos do artigo 13.º do Regulamento Roma III, que concede ao órgão aplicador do direito do foro uma opção entre duas condutas possíveis. A primeira consiste na aplicação da lei designada aplicável nos termos do Regulamento Roma III. A segunda, consiste numa faculdade de *opt-out*. Mesmo que, segundo o Direito material aplicável, existisse o direito ao divórcio e estivessem reunidas todas as condições necessárias para o mesmo ser proferido, o órgão aplicador do direito pode, caso entenda, não proferir o divórcio com fundamento na invalidade do casamento segundo o Direito material do foro.

Esta faculdade concedida aos órgãos aplicadores do direito do foro acarreta um risco ilustrado no presente caso: a verificação de situações transnacionais em que pode não ser possível obter uma decisão que conceda o divórcio.

Este risco motivou o Conselho a proferir uma declaração na qual “convida a Comissão a apresentar ao Conselho e ao Parlamento Europeu, o mais rapidamente possível, uma proposta de alteração do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 a fim de determinar um foro nos casos em que todos os tribunais competentes se situem em Estados-Membros cuja lei não preveja o divórcio ou não considere o casamento em questão válido para efeitos do processo de divórcio (*forum necessitatis*)”²⁰.

No plano do Direito a constituir esta parece ser uma boa solução, porventura complementada com a consagração da autonomia da vontade dos cônjuges enquanto fundamento direto de atribuição de competência internacional (pactos de jurisdição). No artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis* concedeu-se já ao cônjuge requerente a possibilidade de licitamente escolher, de entre as várias jurisdições dos Estados-Membros que sejam internacionalmente competentes, aquela que, na sua opinião, melhor salvaguarda os seus interesses²¹. Deste modo, se foi atribuído a um dos cônjuges (o requerente) o direito de escolha da jurisdição competente, nenhuma razão parece existir para vedar essa mesma escolha quando ela seja

¹⁹ O requisito de o cônjuge requerido não ter residência habitual num Estado-Membro está ínsito em (i) do texto principal. Cf., em sentido semelhante, MOURA RAMOS, “Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia”, in *Scientia Iuridica*, tomo 62, n.º 332, 2013, pp. 413-461, p. 428, e LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, vol. III, 2.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2012, p. 239].

²⁰ Cf. anexo ao documento 17710/10 JUSTCIV 231, disponível em <http://register.consilium.europa.eu/> e consultado pela última vez em 15 de maio de 2018.

²¹ Cf. Acórdão do TJ de 16 de julho de 2009, *Hadady*, proc. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474, considerandos n.º 48, 49 e 58.

efetuada mediante acordo entre os cônjuges. No caso sob análise, um pacto de jurisdição a favor de qualquer um dos Estados-Membros da nacionalidade dos cônjuges (Portugal e França) permitiria obter uma decisão de mérito sobre o divórcio, porque esses dois Estados-Membros admitem o casamento entre pessoas do mesmo. Não obstante, o *forum necessitatis* continuaria a ser necessário, particularmente se a designação do tribunal internacionalmente competente fosse consagrada em termos limitados e não em termos amplos, como os do artigo 25.º do Regulamento Bruxelas I *bis*²². Um bom modelo encontra-se no artigo 9.º do recente Regulamento sobre regimes matrimoniais²³, em que esta mesma questão teve de ser ponderada²⁴.

Atualmente o recurso mais célere ao dispor dos cônjuges em situações como a do caso será promover a alteração da residência habitual de um ou de ambos os cônjuges para um Estado-Membro participante que reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo como um casamento válido.

Alínea b)

5. *Verificação da competência internacional*²⁵. Os critérios do artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis* são alternativos no sentido em que são de aplicação concorrente, isto é, um mesmo divórcio transnacional pode preencher dois ou mais dos critérios de competência internacional previstos neste preceito, sendo assim os tribunais de dois ou mais Estados-Membros internacionalmente competentes para julgar o litígio. O Regulamento Bruxelas II *bis*, em matéria matrimonial, possibilita o *forum shopping*. Tendo presente o âmbito de aplicação material do Regulamento Bruxelas II *bis* em matéria matrimonial, não é de estranhar que o cônjuge requerente seja, na maior parte dos casos, o cônjuge interessado em dissolver²⁶ o vínculo matrimonial. Deste modo, a admissão do *forum shopping* consubstancia também uma concretização de uma política de favorecimento do divórcio (*favor divortii*). Considerando que

²² Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicado no JO L 351 de 20 de dezembro de 2012, pp. 1—32 (doravante Regulamento Bruxelas I *bis*).

²³ Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, publicado no JO L 183 de 8 de julho de 2016, pp. 1—29 (doravante Regulamento sobre regimes matrimoniais).

²⁴ Transcreve-se o artigo 9.º do Regulamento sobre regimes matrimoniais:

“1. A título excecional, se sustentar que nos termos do seu direito internacional privado o casamento em questão não é reconhecido para efeitos de uma ação em matéria de regime matrimonial, um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que tenha competência nos termos dos artigos 4.º, 6.º, 7.º ou 8.º pode declarar-se incompetente. Se o órgão jurisdicional decidir declarar-se incompetente, deve fazê-lo sem demora injustificada.

2. Se um órgão jurisdicional competente nos termos dos artigos 4.º ou 6.º se declarar incompetente e as partes acordarem em conferir competência aos órgãos jurisdicionais de qualquer outro Estado-Membro em conformidade com o artigo 7.º, a competência para decidir sobre o regime matrimonial incumbe aos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro.

Nos outros casos, a competência para decidir sobre o regime matrimonial incumbe aos órgãos jurisdicionais de qualquer outro Estado-Membro nos termos dos artigos 6.º ou 8.º, ou aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro de celebração do casamento.

3. O presente artigo não se aplica quando as partes tenham obtido um divórcio, separação judicial ou anulação do casamento que seja suscetível de ser reconhecido no Estado-Membro do foro.”

²⁵ A análise dos âmbitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II *bis* é idêntica à efetuada *supra* na alínea a), pelo que para aí se remete.

²⁶ Ou enfraquecer, no caso da separação judicial.

o cônjuge requerido tem, nesta alínea, residência habitual em Portugal, o autor da ação pode intentar a mesma junto dos tribunais romenos (tribunais do Estado-Membro da última residência habitual dos cônjuges, na medida em que um deles ainda aí reside)²⁷ ou dos tribunais portugueses (tribunais do Estado-Membro da residência habitual do cônjuge requerido)²⁸.

Conclusão: os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para julgar esta ação de divórcio.

6. Verificação dos âmbitos de aplicação do Regulamento Roma III. O âmbito de aplicação material encontra-se preenchido, pois a situação tem pontos de contacto relevantes com mais de um Estado soberano²⁹.

O âmbito de aplicação material também se encontra preenchido, pois, conforme se referiu *supra* em 1., o artigo 13.º permite deduzir que a dissolução de casamentos entre pessoas do mesmo sexo se inclui no âmbito de aplicação material do Regulamento Roma.

A ação foi instaurada em data posterior a 21 de junho de 2012, logo o âmbito de aplicação temporal encontra-se igualmente preenchido³⁰.

7. Determinação da lei aplicável. A lei reguladora do divórcio é, em primeiro lugar, aquela, de entre as indicadas no artigo 5.º do Regulamento Roma III, que os cônjuges escolham por acordo. Na falta de escolha de lei pelos cônjuges, a lei reguladora do divórcio é determinada objetivamente, através de uma conexão singular subsidiária³¹, nos termos da qual se estabelece uma hierarquização de elementos de conexão. Tal significa que os elementos de conexão atuam, necessariamente, segundo a ordem consagrada no preceito. Apenas nos casos em que falte o primeiro elemento de conexão se pode recorrer ao segundo elemento de conexão e assim sucessivamente.

À data da instauração da ação, os cônjuges não têm residência habitual comum³², sendo aplicável a anterior residência habitual comum, porque o autor ainda aí reside e ela não cessou há mais de um ano contado da data da instauração da ação. Logo seria aplicável a lei romena.

²⁷ Cf. 2.º travessão da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

²⁸ Cf. 3.º travessão da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

²⁹ O Regulamento Roma III só é aplicável às “situações que impliquem um conflito de leis” (n.º 1 do artigo 1.º).

³⁰ Cf. n.º 1 do artigo 18.º do Regulamento Roma III.

³¹ Sobre a conexão singular subsidiária, cf. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Introdução e Direito de Conflitos Parte Geral*, vol. I, 3.ª ed. Refundida, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 440-441 e, analisando em particular o artigo 8.º do Regulamento Roma III, CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.º 1, 2012, pp. 52-85 (disponível em <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/index> e consultado pela última vez em 15 de maio de 2018), pp. 68-69.

³² Salienta-se que o caso mais usual em que os cônjuges têm residência habitual comum é aquele em que eles partilham a mesma habitação, a saber vivem ambos na casa de morada de família. Todavia, nada impede que os cônjuges tenham residência habitual comum no mesmo país sem que habitem na mesma morada. O elemento de conexão consagrado nas alíneas a) e b) do artigo 8.º está preenchido desde que ambos os cônjuges residam habitualmente no mesmo Estado (por exemplo, se um residir em Lisboa e outro no Porto, os cônjuges têm residência habitual comum em Portugal) ou no mesmo ordenamento jurídico local, quando o Estado seja um ordenamento jurídico complexo de base territorial. Cf., no mesmo sentido, LIMA PINHEIRO, “Article 8 Commentaire du

8. *A designação como lei reguladora do divórcio de uma lei que não admite nem reconhece como válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.* A aplicação da lei romena suscita dúvidas, uma vez que esta não admite nem reconhece como válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como tal, não prevê normas de Direito material que permitam a dissolução de um vínculo matrimonial entre pessoas do mesmo sexo.

Alguma doutrina advoga a aplicação do artigo 10.º do Regulamento Roma III, argumentando que o artigo 13.º do Regulamento autonomiza em hipótese própria a situação inversa à do exemplo citado, o que pode justificar uma interpretação mais ampla da expressão “não preveja o divórcio” de modo a que esta abarque igualmente, no âmbito do artigo 10.º do Regulamento Roma III, as situações em que um ordenamento jurídico estrangeiro não preveja o divórcio para um determinado tipo de casamento, que é considerado como tal pelo ordenamento jurídico do Estado-Membro participante do foro³³.

Contra esta posição dispõe o facto de a lei romena contemplar o instituto do divórcio, apenas não o considerando aplicável a determinadas situações em concreto.

Considera-se que a aplicação da cláusula de reserva de ordem pública internacional³⁴ constitui uma solução mais adequada, pois permite manter a identidade significativa da expressão “não preveja o divórcio” nos artigos 10.º e 13.º e atender à existência ou inexistência de laços significativos com a *lex fori*³⁵. Aceita-se que, no caso sob análise, os contactos com o Estado português (nacionalidade de um dos cônjuges e residência habitual do outro) sejam suficientes para acionar a ordem pública internacional portuguesa. Em favor desta leitura, depõe também, em certa medida, o facto de a nacionalidade do cônjuge estrangeiro ser também a de um Estado que admite o casamento (e o divórcio) entre pessoas do mesmo sexo.

Nesta situação, a mera remoção do Direito material estrangeiro que colide com a ordem pública internacional do foro não parece conceder ao órgão aplicador do direito as condições necessárias para dirimir o litígio transnacional. É necessário que o órgão aplicador do direito determine qual o Direito material que irá aplicar em substituição daquele que foi afastado por colidir com a ordem pública internacional. O artigo 12.º do Regulamento Roma III não se pronuncia sobre esta questão.

Advoga-se que esta questão deve ser resolvida recorrendo-se ao restante Direito de Conflitos vigente do foro, por força do princípio da subsidiariedade. Desta forma, as restantes consequências da intervenção da ordem pública internacional do foro (efeito positivo) são determinadas de acordo com as restantes regras de Direito Internacional Privado do foro

Règlement 1259/2010 Rome III” in *Droit Européen du Divorce - European Divorce Law*, Sabine Corneloup (ed.), LexisNexis, Paris, 2013, pp. 567-584, p. 576].

³³ Cf. LEANDRO, “Arts. 10-13 – Commentari Reg. UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n.º 6, 2011, pp. 1503-1523, p. 1507 e FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 85-129 (disponível em: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/index> e consultado pela última vez em 16 de maio de 2018), p. 123.

³⁴ Cf. artigo 12.º do Regulamento Roma III.

³⁵ O que não sucede no regime previsto no artigo 10.º do Regulamento Roma III.

vigentes nesta matéria. Reconhece-se que esta solução é prejudicial ao objetivo de uniformidade prosseguido pelo Regulamento Roma III, uma vez que as consequências da intervenção da ordem pública internacional não são as mesmas em todos os Estados-Membros participantes. Mas a verdade é que esse objetivo é sempre prejudicado pela admissibilidade da ordem pública internacional do foro.

Dito de outra forma, parece que a solução *mais defensável* seria a aplicação do regime romeno de divórcio aplicável aos casamentos entre pessoas de sexo diferente³⁶.

Caso n.º 2

a) Enunciado

Ana, cidadã portuguesa e irlandesa, com residência habitual em França, e **Bernardo**, cidadão marroquino com residência habitual na Espanha, casaram em 1 de agosto 2009 em Leiria. Após o casamento passaram a viver na Alemanha.

No dia 1 de maio de 2016, após uma violenta discussão, **Bernardo** abandona a casa de morada de família e passa a viver sozinho no Porto a partir de 20 de maio de 2016.

a) Admita que **Bernardo** intentou ação de separação judicial sem consentimento do outro cônjuge junto dos tribunais portugueses, via *citius*, no dia 22 de maio de 2017, às 10h30 (hora portuguesa). Na contestação, **Ana** alega que o tribunal português deve suspender a instância porque ela intentou ação de divórcio junto dos tribunais alemães no mesmo dia 22 de maio de 2017, às 11h00 (hora alemã), ou seja, às 10h00 (hora portuguesa).

b) Admita agora que, em 22 de maio de 2017, Bernardo intenta uma ação no Tribunal de Comarca do Porto, pedindo que seja decretado o divórcio sem consentimento do outro cônjuge com fundamento na separação de facto.

i) O litígio deve ser decidido de acordo com que Direito material?

ii) Na contestação, **Ana** junta ao processo documento escrito, datado (de 1 de janeiro de 2013) e assinado por ambos os cônjuges no qual estes acordavam que a lei reguladora de um eventual divórcio seria a lei irlandesa. De acordo com o Direito material irlandês, só fundamenta o divórcio a separação de facto que tenha durado pelo menos 4 dos últimos 5 anos. Aprecie a validade deste acordo.

iii) Admita agora que durante o processo, **Ana e Bernardo** acordam que a lei reguladora do litígio deve ser a lei portuguesa. O juiz pode atender a este acordo?

c) Admita, por fim, que as partes, previamente à instauração da ação, tinham *validamente* escolhido o Direito marroquino como lei reguladora do divórcio, que concede ao cônjuge marido o direito de se divorciar através do repúdio unilateral

³⁶ Pois o n.º 2 do artigo 22.º do Código Civil estabelece que, em substituição do Direito material estrangeiro cuja aplicação no caso concreto envolva a ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português, “São aplicáveis, neste caso, *as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente* ou, subsidiariamente, as regras de direito interno português” (itálicos aditados).

(*talak*). **Bernardo** intenta ação de divórcio em Portugal, fundamentando o seu pedido no direito de repúdio unilateral (*talak*).

b) Tópicos de resolução

Alínea a)

9. *Verificação sumária*³⁷ dos âmbitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis. Todos os âmbitos de aplicação se encontram preenchidos, pois trata-se de uma situação transfronteiriça, em que foi instaurada, depois de 1 de março de 2005, uma ação de divórcio relativa a um casamento entre pessoas de sexo diferente.

10. *Norma atributiva de competência internacional*. Os tribunais alemães são internacionalmente competentes ao abrigo do 2.º travessão da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º, pois a Alemanha é o país da anterior residência habitual comum dos cônjuges (ambos os cônjuges viviam nesse Estado até **Bernardo** ter abandonado o lar) e **Ana** continua a residir habitualmente nesse Estado.

O único critério atributivo de competência internacional aos tribunais portugueses do Regulamento Bruxelas II bis é o consagrado no 5.º travessão da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º, que é uma das manifestações do *forum actoris*. Este critério assenta na residência habitual do requerente e num período mínimo ininterrupto de 12 meses. Discute-se se este período mínimo se refere à residência habitual³⁸ ou se, pelo contrário, a residência habitual só tem de existir na data da instauração do processo, sendo a mera residência suficiente para preencher o requisito do período mínimo³⁹.

Sufraga-se esta última posição, por duas ordens de razão:

(i) A letra do preceito parece dispor em favor da última opção⁴⁰ e

(ii) É muito difícil determinar precisamente em que momento adquiriu o requerente a residência habitual para se aferir, a partir dessa data, se o respetivo período mínimo se encontra ou não preenchido. O que torna a verificação do requisito mais imprevisível⁴¹.

³⁷ Sumária, porque uma análise mais completa foi efetuada nos tópicos de resolução do caso n.º 1, alínea a), em 1..

³⁸ Posição que merece a concordância da doutrina germânica. Cf. RAUSCHER, "Verordnung (EG) Nr 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000", in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar. Band IV Brüssel IIa-VO, EG-UntVO, HUntVerfÜbk 2007, EU-EheGüterVO-E, EU-LP-GüterVO-E, EU-SchutzMVO*, Thomas Rauscher (ed.), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2015, pp. 3-442, pp. 92-93 e HAUSMANN, "Articles 3-5 Commentaire du Règlement Bruxelles II BIS" in *Droit Européen du Divorce - European Divorce Law*, Sabine Corneloup (ed.), LexisNexis, Paris, 2013, pp. 235-259, p. 248, bem como indicações bibliográficas citadas por este último autor.

³⁹ Esta posição foi sufragada pela jurisprudência inglesa. Cf. *Marinos v Marinos* [2007] EWHC 2047 (Fam), considerando n.º 45 e ss. (disponível em <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed907> e consultado pela última vez em 17 de maio de 2018).

⁴⁰ Uma vez que o preceito estabelece que são internacionalmente competentes os tribunais do Estado-Membro da União Europeia da "residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos, no ano imediatamente anterior à data do pedido, ou" (itálicos aditados).

11. Conceito de residência habitual. O conceito de residência habitual deve ser interpretado *autonomamente*. Já durante a vigência do Regulamento Bruxelas II *bis*, o TJ explicitou, em matéria de responsabilidade parental, que o sentido e o alcance do conceito de residência habitual, previsto no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, deve ser determinado “à luz do contexto das disposições e do objetivo do regulamento”⁴², isto é, de forma autónoma dos Direitos vigentes nos Estados-Membros.

Até à presente data, o TJ não se pronunciou sobre o conceito de residência habitual no contexto de ações matrimoniais. Este facto é relevante e constitui uma dificuldade, pois o TJ já afirmou que as indagações efetuadas sobre o significado e âmbito da residência habitual num determinado contexto (*v.g.*, segurança social) não são passíveis de serem diretamente transpostas para contextos diferentes (*v.g.*, competência em matéria de ações matrimoniais)⁴³.

É constante, na jurisprudência do TJ, a ideia de que a residência habitual corresponde ao local em que o indivíduo tem o seu centro de interesses⁴⁴. Os laços estreitos que ligam o indivíduo a um determinado local podem ser de natureza pessoal ou profissional⁴⁵, sendo certo que, havendo dissonância entre os laços de natureza diferente, devem prevalecer os laços de natureza pessoal⁴⁶.

A intenção do interessado releva para a determinação da residência habitual. Isto mesmo se pode inferir da afirmação do TJ de que “a residência habitual é o local onde o interessado fixou, *com a vontade de lhe conferir um carácter estável*, o centro permanente ou habitual dos seus interesses, entendendo-se que para efeitos de determinação da residência habitual, é importante tomar em consideração todos os elementos de facto dela constitutivos”⁴⁷.

No conceito de residência habitual figura também uma ideia de estabilidade, o que permite entender que a permanência do interessado no território de um Estado-Membro deve ter uma duração apreciável para que essa permanência possa ser considerada como residência habitual. Deste modo, o TJ tem relevado que a duração da residência é um dos elementos de facto relevantes para determinar o centro de interesses de uma pessoa⁴⁸.

⁴¹ Cf., salientando esta mesma ideia quanto aos conceitos de Direito interno português de domicílio e residência, CASTRO MENDES, “Algumas notas sobre domicílio e residência no art. 75.º do Código de Processo Civil”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 3, 1965, pp. 1-28, p. 18.

⁴² Cf. Acórdão de 2 de abril de 2009, *A.*, proc. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, considerando n.º 35.

⁴³ Cf. Acórdão de 2 de abril de 2009, *A.*, proc. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, considerando n.º 36 e Acórdão de 8 de julho de 1992, *Knoch*, proc. C-102/91, ECLI:EU:C:1992:303, considerando n.º 29.

⁴⁴ Cf., por exemplo, Acórdão de 25 de fevereiro de 1999, *Swaddling*, proc. C-90/97, ECLI:EU:C:1999:96, considerando n.º 29 e Acórdão de 15 de setembro de 1994, *Magdalena Fernández*, proc. C-452/93 P, considerando n.º 22.

⁴⁵ Cf. Acórdão de 22 de setembro de 1988, *Bergemann*, proc. 236/87, ECLI:EU:C:1988:443, considerando n.º 20.

⁴⁶ Cf. Acórdão de 12 de julho de 2001, *Louloudakis*, proc. C-262/99, ECLI:EU:C:2001:407, considerandos n.º 52 e n.º 53.

⁴⁷ Cf. Acórdão de 15 de setembro de 1994, *Magdalena Fernández*, proc. C-452/93 P, considerando n.º 22. Itálicos aditados.

⁴⁸ Cf., por exemplo, em matéria de legislação fiscal, o Acórdão de 12 de julho de 2001, *Louloudakis*, proc. C-262/99, ECLI:EU:C:2001:407, considerando n.º 51; e, em matéria de segurança social, Acórdão de 17 de fevereiro de 1977, *Di Paolo*, proc. 76/76, ECLI:EU:C:1977:32, considerando n.º 22.

Desta análise pode concluir-se que as pistas recolhidas apontam para uma interpretação autónoma do conceito de residência habitual como o centro de interesses da pessoa, o qual deve ser determinado tendo em consideração a duração e continuidade da residência, as ligações pessoais, familiares e profissionais, bem como a integração social e económica do indivíduo na sociedade em que reside.

12. Tribunais de múltiplos Estados-Membros internacionalmente competentes e o conceito autónomo de processo instaurado. O conceito autónomo de processo autónomo é bitfronte⁴⁹. Cada uma das definições autónomas define o momento em que o processo se encontra instaurado para os efeitos de um determinado tipo de sistema que é consagrado no Direito vigente dos Estados-Membros. Deste modo, fixa-se como momento da instauração do processo, em regra, a data da apresentação do ato introdutório da instância ou documento equivalente no tribunal⁵⁰. Todavia, se a citação do cônjuge requerido tiver de ocorrer, nos termos da *lex fori*, em momento anterior, então o momento da instauração do processo será a data em que o ato introdutório da instância ou documento equivalente for recebido pela autoridade responsável pela citação ou notificação⁵¹. Em qualquer uma das definições estabelece-se, adicionalmente, um dever de diligência a cargo do cônjuge requerente.

Nos ordenamentos jurídicos português e alemão, a citação é, em regra, promovida oficiosamente em momento posterior à apresentação do ato introdutório da instância. Portanto, neste caso estamos perante a alínea *a)* do artigo 16.º.

13. Litispendência e ações dependentes. O regime de litispendência e ações dependentes em matéria de processos matrimoniais encontra-se previsto nos n.º 1 e n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento Bruxelas II *bis*. Este regime só é diretamente aplicável às situações de litispendência ou de ações dependentes de cariz transnacional envolvendo apenas tribunais de Estados-Membros.

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

Resulta da redação do preceito que não existe uma hierarquização entre as ações matrimoniais. Consequentemente, uma qualquer ação matrimonial intentada num tribunal de um Estado-Membro impede, durante a sua pendência, que qualquer outra ação matrimonial seja julgada nos tribunais de outro Estado-Membro. O caso presente é uma situação de ações dependentes pois existe identidade de partes e está pendente em Portugal uma ação de separação judicial e na Alemanha uma ação de divórcio.

⁴⁹ Cf. artigo 16.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁵⁰ Cf. alínea *a)* do artigo 16.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁵¹ Cf. alínea *b)* do artigo 16.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

14. *Princípio da prioridade temporal e ações intentadas no mesmo dia.* O regime da litispendência e ações dependentes, assente na regra *qui prior est tempore potior est iure* e na definição bifronte de instauração do processo, permite resolver com facilidade a generalidade das situações de processos paralelos pendentes em tribunais de diversos Estados-Membros. O caso presente ilustra uma situação de resolução complexa porque a determinação do momento de instauração dos processos parece ser efetuada tendo por referência a “data”⁵², isto é, o dia em que o ato introdutório da instância foi apresentado ao tribunal ou entregue à autoridade responsável pela citação do cônjuge requerido, e as ações foram intentadas no mesmo dia.

De qualquer modo, a manutenção do princípio orientador *qui prior est tempore potior est iure* depõe no sentido de resolver esta situação em favor do processo que foi instaurado em *momento* anterior, isto é, tendo em consideração não só o dia, mas também a hora em que o mesmo se pode considerar instaurado.

A referência ao *momento anterior* suscita, no entanto, duas questões. A primeira é a de determinar como articular os fusos horários com o princípio da prioridade temporal: deve converter-se a hora legal para o tempo universal coordenado (UTC) ou deve utilizar-se a hora legal vigente em cada Estado-Membro? Foi colocada uma questão prejudicial ao TJ sobre esta questão, que acabou por não ser respondida, mas foi efetuado o seguinte *obiter dictum*:

“44. No que se refere à diferença horária entre os Estados-Membros em causa, que permite a propositura de uma ação em França antes de o poder ser no Reino Unido e pode desfavorecer determinados requerentes, como A, além de não parecer poder prejudicar tal requerente num processo como o principal, não é, em todo o caso, suscetível de pôr em causa a aplicação das regras de litispendência que figuram no artigo 19.º do Regulamento n.º 2201/2003, as quais, conjugadas com as regras do artigo 16.º deste regulamento, se baseiam na prioridade cronológica.”⁵³

Quanto à *segunda questão*, pode suceder que, por força do Direito processual vigente em cada Estado-Membro existam diferenças assinaláveis no intervalo de horas em que, por exemplo, o ato introdutório da instância pode ser apresentado em tribunal. Em Portugal, por força do sistema de entrega de peças processuais e documentos nos tribunais judiciais por via eletrónica, o ato introdutório da instância pode ser apresentado durante as 24 horas do dia. Nos Estados-Membros em que a entrega do ato introdutório da instância tenha de ser presencial, o ato introdutório da instância só poderá ser apresentado durante o horário de funcionamento do tribunal.

A minha proposta de solução é a de aplicar a hora legal vigente e a aceitar as diferenças no Direito processual vigente, isto é, os argumentos de fusos horários e de diferenças no Direito processual vigente de cada Estado-Membro não são, por si só, razão suficiente para afastar a

⁵² Perfilham a mesma solução que a versão em língua portuguesa, a versão em língua francesa “à la date” e a versão em língua italiana “alla data”. Adotam uma expressão de conteúdo mais amplo a versão em língua alemã “zu dem Zeitpunkt”, a versão em língua espanhola “desde el momento” e a versão em língua inglesa “at the time”.

⁵³ Cf. Acórdão do TJ de 6 de outubro de 2015, A, proc. C-489/14, ECLI:EU:C:2015:654, considerando n.º 44.

aplicação do princípio *qui prior est tempore potior est iure* com concretização à hora de instauração do processo. Isto porque os critérios de competência internacional consagrados no Regulamento Bruxelas II *bis* são critérios alternativos, que possibilitam ao cônjuge requerente a opção pelos tribunais de um dos Estados-Membros que seja internacionalmente competentes. Considera-se que esta opção legitima o entendimento de que o cônjuge requerente deve suportar os inconvenientes inerentes à opção por essa jurisdição.

Conclusão: no caso sob análise, o tribunal demandado em primeiro lugar foi o tribunal português e, como tal, o regime da litispendência e ações dependentes não impunha a suspensão do processo.

Alínea b), subalínea i)

15. Verificação sumária dos âmbitos de aplicação do Regulamento Roma III. O âmbito de aplicação espacial encontra-se preenchido, pois a situação tem pontos de contacto relevantes com mais de um Estado soberano. O âmbito de aplicação material também se encontra preenchido, não existindo dúvidas de que o mesmo abrange a dissolução de casamentos entre pessoas de sexo diferente. O âmbito de aplicação temporal encontra-se igualmente preenchido, pois a ação foi instaurada em data posterior a 21 de junho de 2012.

16. Determinação da lei aplicável. Na falta de escolha de lei pelos cônjuges, a lei reguladora do divórcio é determinada objetivamente, através de uma conexão singular subsidiária. À data de instauração da ação, os cônjuges: **(i)** não têm residência habitual comum; **(ii)** a sua última residência habitual comum cessou há mais de um ano; e **(iii)** não têm nacionalidade comum. Logo, a lei reguladora do divórcio é a lei do foro, isto é, o Direito material português, determinado objetivamente nos termos da alínea *d)* do artigo 8.º do Regulamento Roma III.

Alínea b), subalínea ii)

17. A autonomia privada. O Regulamento Roma III consagrou, como conexão primária, a escolha de lei pelos cônjuges. Tal constitui uma substancial inovação face ao Direito de Conflitos vigente na grande maioria dos Estados-Membros participantes, incluindo Portugal. Apenas dois Estados-Membros participantes (Alemanha e Bélgica) consagravam já uma *professio iuris* limitada em matéria de lei aplicável ao divórcio transnacional.

18. Determinação do momento inicial em que os cônjuges podem escolher a lei aplicável. Não há dúvidas de que o acordo de escolha de lei pode ser efetuado em momento *posterior* à celebração do casamento, como foi no caso presente⁵⁴. É, no entanto, *duvidoso* se o acordo de escolha de lei pode ser efetuado em momento *anterior* à celebração do casamento, por exemplo numa convenção antenupcial.

Os elementos textuais do n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento Roma III depõem em sentido diferente. A expressão “a qualquer momento” permitiria abranger, pelo menos, momentos

⁵⁴ Cf. n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento Roma III.

anteriores à celebração do casamento relativamente próximos, isto é, momentos anteriores à efetiva celebração do casamento, mas posteriores a decisão dos indivíduos de contrair casamento entre si. Todavia, a expressão “cônjuges” depõe em sentido contrário. Só têm a qualidade de cônjuges as pessoas que já contraíram casamento entre si. Logo, o momento inicial para a celebração do pacto de escolha seria o momento concomitante com a celebração do casamento.

No processo legislativo encontra-se um elemento relevante para esta questão. O artigo 20.º-A da Proposta que visava a alteração do Regulamento Bruxelas II *bis*, com as alterações introduzidas pelo Parlamento Europeu⁵⁵ previa, no 3.º parágrafo do n.º 2, que “[s]e o pacto integrar uma convenção antenupcial, devem cumprir-se os requisitos formais aplicáveis a esta última”. Demonstra-se assim que, num dado momento, foi admitida expressamente a possibilidade de as partes celebrarem o pacto de escolha de lei no âmbito de uma convenção antenupcial, ou seja, em momento anterior à celebração do casamento. Sucede, porém, que a Proposta de Regulamento Roma III suprimiu esta norma. Supressão essa que se manteve no Regulamento Roma III. Parece assim que a referida supressão foi intencional e traduz a ideia de que o pacto de escolha de lei reguladora do divórcio transnacional só pode ser celebrado a partir do momento da celebração do casamento.

A análise do Regulamento sobre regimes matrimoniais, elaborado e adotado posteriormente ao Regulamento Roma III, é interessante, pois nele se admite que “[o]s cônjuges ou futuros cônjuges podem acordar em designar ou alterar a lei aplicável ao regime matrimonial”⁵⁶. A redação adotada neste Regulamento (futuros cônjuges) torna inequívoco que o momento inicial para a escolha da lei reguladora do regime matrimonial se situa em momento *anterior* à celebração do casamento. Salienta-se, porém, que também este Regulamento foi aprovado na sequência de uma cooperação e que os Estados-Membros participantes do Regulamento Roma III *não participam todos* no Regulamento sobre regimes matrimoniais, o que parece impossibilitar argumentações de índole sistemática⁵⁷.

19. A autonomia privada limitada. As leis passíveis de escolha são delimitadas pelo legislador em função dos seguintes elementos de conexão: **(i)** residência habitual (comum ou última residência habitual); **(ii)** nacionalidade de um dos cônjuges; e **(iii)** foro. No caso, **Ana** tem dupla nacionalidade (portuguesa e irlandesa). Poderão os cônjuges, por acordo, escolher a lei de qualquer uma das nacionalidades do cônjuge plurinacional ou, por força do considerando n.º 22⁵⁸, só podem escolher a nacionalidade prevalecente de acordo com as normas previstas no Direito vigente do foro⁵⁹?

⁵⁵ Cf. Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 21 de outubro de 2008, sobre uma proposta de regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial (COM(2006)0399 — C6-0305/2006 — 2006/0135(CNS)).

⁵⁶ Cf. n.º 1 do artigo 22.º do Regulamento sobre regimes matrimoniais. Itálicos adotados.

⁵⁷ Cf. *supra* a argumentação expendida em 1., no texto principal associado às notas de rodapé n.º 12 e n.º 13.

⁵⁸ O qual estabelece que “[s]empre que o presente regulamento remeta para a nacionalidade enquanto fator de conexão para a aplicação da lei de um Estado, a questão do tratamento dos casos de múltipla nacionalidade é regulada pelo direito nacional, no pleno respeito pelos princípios gerais da União Europeia”.

⁵⁹ Que, no ordenamento jurídico português, se encontram nos artigos 27.º e 28.º da Lei da Nacionalidade.

Considero que os cônjuges podem, por acordo, escolher a lei de qualquer uma das nacionalidades do cônjuge plurinacional, pelas seguintes ordens de razão: *em primeiro lugar*, porque o considerando precedente (n.º 21) se refere, única e exclusivamente, aos casos em que os cônjuges não escolheram a lei aplicável. Logo, a inserção sistemática depõe no sentido de que o considerando n.º 22 trata apenas da questão de múltiplas nacionalidades quando esta surja no seio da alínea c) do artigo 8.º do Regulamento Roma III.

No mesmo sentido e *em segundo lugar*, depõe a redação do considerando (interpretação literal). O considerando refere-se às situações em que “o presente regulamento remeta para a nacionalidade *enquanto fator de conexão* para a aplicação da lei de um Estado”. Ora, no artigo 5.º do Regulamento Roma III o elemento de conexão é a autonomia privada e não a nacionalidade. A nacionalidade funciona como elemento de conexão no artigo 8.º do Regulamento Roma III. Esta diferença justifica-se porque a própria autonomia da vontade *permite resolver* a questão de múltiplas nacionalidades. Se um dos cônjuges tem duas ou mais nacionalidades, então os cônjuges podem, por acordo, escolher qualquer uma das nacionalidades do plurinacional para regular o divórcio transnacional.

Acresce, *em terceiro lugar*, que esta solução, pelo menos quando o concurso seja entre nacionalidades de Estados-Membros da União Europeia, é a mais conforme com a jurisprudência do TJ⁶⁰. Em matéria de competência internacional o TJ decidiu que “[q]uando ambos os cônjuges têm a nacionalidade de dois mesmos Estados-Membros, o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 2201/2003 opõe-se a que a competência dos tribunais de um desses Estados-Membros seja afastada pelo facto de o demandante não apresentar outros elementos de conexão com esse Estado. Pelo contrário, os tribunais dos Estados-Membros da nacionalidade dos cônjuges são competentes ao abrigo dessa disposição, *podendo estes últimos escolher o tribunal do Estado-Membro em que pretendem instaurar o processo*”⁶¹. A transposição desta decisão do plano do direito da competência internacional do divórcio transnacional para o plano do Direito de Conflitos parece impor a solução de que os cônjuges podem escolher qualquer uma das nacionalidades como lei reguladora do seu divórcio transnacional, pelo menos quando o concurso seja entre nacionalidades de Estados-Membros da União Europeia.

Em quarto lugar, uma análise dos outros instrumentos de unificação do Direito de Conflitos da União Europeia em matéria da família e sucessões, depõe em favor da possibilidade de escolha de qualquer uma das leis da nacionalidade. O Regulamento sobre sucessões⁶² consagrou, de forma clara, esta solução ao dispor que “Uma pessoa com nacionalidade múltipla pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional no momento em que faz a escolha”⁶³.

⁶⁰ Cf. Acórdão de 16 de julho de 2009, *Hadady*, proc. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474

⁶¹ Cf. parte decisória do Acórdão citado na nota precedente. Itálicos aditados.

⁶² Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (doravante Regulamento sobre sucessões)

⁶³ Cf. 2.º parágrafo do n.º 1 do artigo 22.º do Regulamento sobre sucessões.

A mesma solução parece dever ser seguida, em matéria de determinação da lei aplicável às obrigações alimentares, por força do Protocolo da Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares. Segundo o Relatório Explicativo deste Protocolo, deve aceitar-se a escolha de qualquer uma das leis da nacionalidade de um plurinacional, uma vez que a determinação da nacionalidade efetiva constituiria um foco de incerteza quanto à validade da escolha de lei, enfraquecendo assim a *professio iuris* consagrada⁶⁴.

Por todos os motivos *supra* expostos, advoga-se que, no âmbito do artigo 5.º do Regulamento Roma III, as questões de múltiplas nacionalidades devem ser resolvidas, admitindo como válida a escolha, pelos cônjuges, de qualquer uma das nacionalidades do plurinacional.

Conclusão: a escolha da lei irlandesa era *substancialmente* válida.

20. Validade formal. Requisitos uniformes. O Regulamento estabelece que o pacto de escolha de lei deve ser reduzido a escrito, datado e assinado por ambos os cônjuges⁶⁵. No caso, estes requisitos são cumpridos.

21. Validade formal. Requisitos adicionais de forma. De modo inovador nos instrumentos de unificação do Direito de Conflitos da União Europeia, os requisitos de validade formal previstos no n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento Roma III são requisitos mínimos, ou seja, são requisitos que podem ter de ser complementados com requisitos de validade formal adicionais, prescritos noutras sedes.

Em matéria de forma, a tendência tem sido a consagração de normas consentâneas com o princípio do *favor negotii*. O Regulamento optou por abandonar esta tendência, consagrando a solução oposta, isto é, consagrando uma conexão cumulativa para determinar a validade formal da escolha de lei, o que, considera-se, é uma solução passível de crítica. Os n.º 2 a n.º 4 do artigo 7.º criam um regime “mais favorável” para os Estados-Membros participantes do Regulamento Roma III, os quais podem, livremente, decidir se consideram necessária a adoção de requisitos formais adicionais, que terão de ser respeitados pelos outros Estados-Membros participantes, nos termos daqueles preceitos. Quanto aos restantes Estados-Membros da União Europeia, ainda que considerem necessária a adoção de requisitos formais adicionais e os estabeleçam, verãõ os mesmos ser totalmente desconsiderados pelo Estado-Membro participante do foro.

Para além deste tratamento diferenciado dos Estados-Membros da União Europeia, a solução é também criticável porque afeta, de modo sensível, o objetivo de “instituir um quadro jurídico claro e completo em matéria de lei aplicável ao divórcio e separação judicial”⁶⁶. Em matéria de validade formal, o Regulamento Roma III não institui um quadro jurídico completo, pois é o próprio Regulamento que impõe a análise do direito dos Estados-Membros participantes e a sua eventual aplicação conjuntamente com as regras do Regulamento.

⁶⁴ Cf. p. 55.

⁶⁵ Cf. n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento Roma III.

⁶⁶ Cf. considerando n.º 9 do Regulamento Roma III.

No momento da celebração do acordo, **Ana e Bernardo** têm residência habitual na Alemanha (Estado-Membro participante). Logo, para aferir da validade formal do pacto, é necessário apurar se o ordenamento jurídico alemão prevê requisitos adicionais de forma. Verifica-se que o Direito alemão exige, adicionalmente, que o pacto de escolha de lei seja registado em ato notarial⁶⁷. A informação sobre um determinado Estado-Membro pode ser obtida, em princípio, no Atlas judiciário em matéria civil⁶⁸.

Conclusão: o pacto de escolha de lei seria formalmente *inválido*. Seria, por isso, aplicável a lei portuguesa, a título de lei do foro⁶⁹.

Alínea b), subalínea iii)

22. Prazo final para celebrar o pacto de escolha de lei; regra geral. Os cônjuges podem celebrar o pacto de escolha de lei “o mais tardar à data da instauração do processo em tribunal”⁷⁰. O conceito de instauração do processo em tribunal é um conceito autónomo e deve ser aferido nos termos do artigo 16.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

Quando Portugal seja o Estado-Membro participante do foro, como sucede no caso sob análise, o processo considera-se instaurado na data de apresentação da petição inicial junto dos tribunais judiciais⁷¹ ou na data de apresentação do requerimento junto das conservatórias do registo civil⁷², nos casos de divórcio por mútuo consentimento.

Segundo a regra geral, os cônjuges *não podem* escolher a lei aplicável na pendência do processo.

23. Prazo final para celebrar o pacto de escolha de lei; regra especial. O Regulamento Roma III possibilita uma derrogação a esta regra geral, pois concede aos Estados-Membros participantes a faculdade de admitirem a escolha de lei pelos cônjuges durante a pendência do processo⁷³. *Frisa-se que o Regulamento Roma III não prevê uma norma especial nesta matéria.* Apenas prevê uma norma que expressamente habilita os Estados-Membros participantes a criarem, no seu direito interno, um regime especial – permitindo um período mais dilatado para a celebração de pactos de escolha de lei – cuja prevalência sobre o regime uniforme instituído pelo Regulamento Roma III é expressamente autorizada⁷⁴. Recorreram a esta faculdade, por exemplo, a Alemanha⁷⁵ e a Bélgica⁷⁶. Pelo contrário, Portugal não utilizou esta

⁶⁷ Cf. n.º 1 do artigo 46.º-D da Lei de Introdução ao Código Civil alemão.

⁶⁸ Cf. https://e-justice.europa.eu/content_law_applicable_to_divorce_and_legal_separation-356-pt.do (consultado pela última vez em 18 de maio de 2018). Em princípio, porque só estão disponíveis no Atlas judiciário em matéria civil informações sobre 12 dos 17 Estados-Membros participantes.

⁶⁹ Cf. alínea d) do artigo 8.º do Regulamento Roma e a aplicação deste preceito ao caso efetuada *supra* em 16..

⁷⁰ Cf. n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento Roma III.

⁷¹ Cf. n.º 1 do artigo 259.º do Código de Processo Civil.

⁷² Cf. n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, alterado pela última vez pelo Decreto-Lei n.º 122/2013, de 26 de agosto.

⁷³ Cf. n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento Roma III.

⁷⁴ Cf., em sentido semelhante, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Direito de Conflitos – Parte Especial*, vol. II, 4.ª ed. refundida, Almedina, Coimbra, 2015, p. 662.

⁷⁵ Cf. n.º 2 do artigo 46.º-D da Lei de introdução ao Código Civil Alemão, que permite a escolha de lei até ao final da audiência em primeira instância.

faculdade⁷⁷. Por esse motivo, quando Portugal seja o Estado-Membro do foro vigora a regra geral do n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento Roma III.

Conclusão: parece que o juiz português não pode atender a pactos de escolha de lei na pendência do processo.

Subsiste uma questão: deve o Estado português utilizar a faculdade e permitir que os cônjuges possam escolher a lei aplicável ao divórcio transnacional durante a pendência do processo?

Considera-se que pode haver vantagem na admissão de uma escolha de lei durante a pendência do processo. A principal vantagem é a maior facilidade de a escolha recair sobre a *lex fori*. Durante a pendência do processo, o foro já se encontra determinado. Tal significa que a escolha da *lex fori* nesse momento não constitui uma escolha de lei incerta. Admitindo-se a possibilidade de escolha de lei durante a pendência do processo, será possível a todos os operadores judiciais, inclusive o juiz, alertar os cônjuges para os benefícios inerentes a uma escolha de lei e, em particular para o caso da escolha da lei do foro, para os eventuais benefícios de maior celeridade da decisão.

Entendo por isso que seria desejável que o Estado português admitisse a possibilidade de escolha da lei aplicável durante a pendência do processo. Considero adequado que a escolha pudesse ser efetuada até à conclusão da primeira audiência em que devam estar presentes ambos os cônjuges ou, em alternativa, poder-se-ia adotar a solução húngara e admitir a escolha de lei até ao termo do prazo fixado pelo tribunal na primeira audiência.

Alínea c)

24. Designação da lei aplicável. Nesta alínea assume-se que as partes, previamente à instauração da ação, tinham *validamente* escolhido o Direito marroquino como lei reguladora do divórcio. Essa escolha era possível porque **Bernardo** tinha nacionalidade marroquina⁷⁸. As normas de conflitos do Regulamento, que são de aplicação universal⁷⁹, designam o Direito material marroquino como lei reguladora do divórcio.

25. Limites à aplicação do Direito material estrangeiro: a lei estrangeira concede o divórcio em termos desiguais em razão do género. O Regulamento Roma III consagra *vários* limites à aplicação do Direito material estrangeiro. No caso, o cônjuge marido utiliza o *talak*, instituto consagrado no Direito material marroquino que confere *apenas* ao cônjuge marido a possibilidade de dissolver o matrimónio através de um repúdio unilateral.

O Regulamento Roma III prevê que a lei escolhida pelos cônjuges para regular o divórcio, ou na falta de escolha, a lei objetivamente designada não é aplicável quando esta “não conceda a um

⁷⁶ Cf. §2 do artigo 55.º do Código de Direito Internacional Privado belga.

⁷⁷ Sobre esta questão Portugal comunicou à Comissão Europeia “Nada a comunicar” (cf. https://e-justice.europa.eu/content_law_applicable_to_divorce_and_legal_separation-356-pt-pt.do?member=1 consultado pela última vez em 18 de maio de 2018).

⁷⁸ Cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do Regulamento Roma III.

⁷⁹ Cf. artigo 4.º do Regulamento Roma III.

dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do seu sexo”, aplicando-se, em sua substituição, o Direito material do foro⁸⁰. Salienta-se que, ao contrário do que sucede com o instituto da reserva de ordem pública internacional, o objeto que é aferido com o intuito de determinar se há ou não uma discriminação em razão do sexo *não é* a aplicação do Direito material estrangeiro a um determinado caso concreto, *mas sim* o Direito material estrangeiro considerado de forma abstrata, isto é, independentemente do resultado a que se chegue através da aplicação do Direito material estrangeiro ao litígio que foi colocado perante o tribunal do foro⁸¹.

Conclusão: o tribunal português não devia aplicar o Direito material marroquino, mas sim o Direito material português.

26. Uma questão adicional sobre este limite. A aplicação do preceito pode, no entanto, suscitar dúvidas nos casos em que uma determinada lei estrangeira conceda a um dos cônjuges o direito ao repúdio unilateral (por exemplo, o *talak* ou o *ghet* judaico) e simultaneamente conceda a ambos os cônjuges um outro meio de obter a dissolução do casamento, em igualdade de circunstâncias. Pode, por isso, questionar-se se este limite impõe o afastamento dessa lei estrangeira em todo e qualquer caso ou se, pelo contrário, o artigo 10.º apenas impõe o afastamento do modo de dissolução do casamento discriminatório em razão do sexo.

Uma interpretação literal do preceito parece favorecer a primeira interpretação, uma vez que o cônjuge marido tem ao seu dispor um maior número de modos de dissolução do casamento (o discriminatório e o não discriminatório) do que o cônjuge mulher (que pode apenas recorrer ao modo não discriminatório).

A adoção desta posição implica o reconhecimento de que qualquer lei estrangeira que consagre um modo discriminatório em razão do género de dissolução do casamento deve ser *sempre* afastada pelo órgão aplicador do direito do Estado-Membro participante do foro – mesmo quando os cônjuges tenham, por acordo, escolhido esse direito e pretendam recorrer a um modo de dissolução do casamento não discriminatório –, o qual aplicará à situação a *lex fori*, que é um direito que pode ou não ter uma conexão relevante com a situação transnacional. Essa lei estrangeira, segundo esta posição, deveria ser afastada mesmo quando seja o cônjuge mulher a intentar a ação em tribunais portugueses, peticionando o divórcio com base no modo não discriminatório consagrado nessa lei estrangeira.

Considero que a melhor interpretação, quando a lei estrangeira preveja mais do que um modo de dissolução do casamento, consiste na análise autónoma de cada um dos modos de dissolução do casamento, por forma a determinar se cada um deles é ou não discriminatório em razão do sexo. Quando, terminada essa análise, se verifique, que um ou vários dos modos são discriminatórios em razão do sexo, mas que também existem um ou vários modos que não são discriminatórios em razão do sexo, então entendo que o limite previsto no artigo 10.º do

⁸⁰ Cf. o artigo 10.º e o considerando n.º 24 do Regulamento Roma III.

⁸¹ Cf. conclusões do Advogado-Geral Henrik Saugmandsgaard ØE, apresentadas em 14 de setembro de 2017, no caso *Sahyouni*, proc. C-372/2016, ECLI:EU:C:2017:686, considerando n.º 70 a 89. Em sentido aparentemente contrário, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Direito de Conflitos – Parte Especial*, vol. II, 4.ª ed. refundida, Almedina, Coimbra, 2015, p. 666.

Regulamento Roma III apenas impõe o afastamento dos modos de dissolução do casamento que são discriminatórios em razão do sexo. A análise continua a ser em abstrato, apenas se advoga que deve ser feita em relação a cada um dos modos.

Caso n.º 3

a) Enunciado

Erik e **Brigit**, nacionais franceses que residem habitualmente em Portugal, são casados entre si. Em dezembro de 2013, **Erik** intenta ação de divórcio contra **Brigit** junto dos tribunais franceses. A ação é julgada procedente e o divórcio decretado. Em 2017, **Erik** enamora-se de **Cláudia**, portuguesa residente habitualmente em Portugal, e casa com esta.

Daniel, pai de **Cláudia**, intenta ação de anulação do casamento nos tribunais portugueses com fundamento em casamento anterior não dissolvido de **Erik**.

Erik contesta a ação de anulação do casamento juntando certidão da decisão francesa.

a) Pode a decisão francesa ser reconhecida no processo de anulação do casamento?

b) Em caso afirmativo:

i) Como deve ser tramitado o reconhecimento?

ii) Analise a procedência dos seguintes argumentos esgrimidos por **Daniel**:

(1) Os tribunais franceses não eram internacionalmente competentes para proferir a decisão de divórcio;

(2) Os tribunais franceses aplicaram indevidamente o seu próprio direito material, pois proferiram decisão de divórcio com base numa separação de facto superior a 24 meses, quando no processo ficou apenas provada uma separação de facto de 6 meses; e

(3) A decisão francesa não pode ser reconhecida porque foi proferida decisão, por tribunal português em maio de 2014, que julgou *improcedente* o pedido de divórcio por não se ter verificado um período de separação de facto superior a um ano.

iii) A decisão (de reconhecimento ou de não reconhecimento) tem força de caso julgado dentro e fora do processo?

c) Admita agora que **Erik**, na contestação, informa o tribunal onde corre termos o processo de anulação do casamento de que tinha requerido, num outro tribunal português a declaração judicial de reconhecimento da decisão francesa e que este processo se encontrava ainda pendente. Como deve o tribunal em que corre termos o processo de anulação do casamento atuar?

b) Tópicos de resolução

Alínea a)

27. Instrumentos normativos. Em matéria de reconhecimento de decisões divórcio são três os principais instrumentos normativos de reconhecimento aplicáveis, a saber, o Regulamento Bruxelas II *bis*, a Convenção da Haia de 1970 sobre o Reconhecimento dos Divórcios e Separações de Pessoas e o regime interno do CPC. A análise deve principiar pelo Regulamento Bruxelas II *bis*⁸².

28. Regime de reconhecimento de decisões estrangeiras do Regulamento Bruxelas II bis. *Conceito amplo de decisão.* Incluem-se no conceito quaisquer decisões de divórcio, separação ou anulação do casamento, independentemente da sua designação no Estado-Membro de origem⁸³. A decisão francesa é uma decisão relativa ao divórcio.

Tendo presente que, relativamente às ações matrimoniais, o Regulamento Bruxelas II *bis* visa unicamente a dissolução ou enfraquecimento do vínculo matrimonial, é esse efeito que é objeto do regime de reconhecimento de decisões estrangeiras. As consequências que decorrem da dissolução do casamento, nomeadamente os efeitos patrimoniais, não podem ser objeto do regime de reconhecimento previsto no Regulamento Bruxelas II *bis*⁸⁴.

29. Regime de reconhecimento de decisões estrangeiras do Regulamento Bruxelas II bis. *Decisão de um tribunal de um Estado-Membro (vinculado ao Regulamento Bruxelas II bis).* O conceito de Estado-Membro também se encontra definido para efeitos do Regulamento Bruxelas II *bis* e não inclui a Dinamarca⁸⁵. Às decisões proferidas por tribunais de Estados terceiros não é aplicável o regime de reconhecimento previsto no Regulamento Bruxelas II *bis*. No caso, a decisão a reconhecer foi proferida por um tribunal de um Estado-Membro da União Europeia vinculado ao Regulamento Bruxelas II *bis* (França).

⁸² O artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 59.º do CPC estabelecem que os regimes previstos no Regulamento Bruxelas II *bis* e na Convenção da Haia de 1970 sobre o Reconhecimento dos Divórcios e Separações de Pessoas prevalecem sobre o regime do CPC. A alínea c) do artigo 60.º do Regulamento Bruxelas II *bis* estabelece que o Regulamento Bruxelas II *bis* prevalece sobre a Convenção da Haia de 1970 sobre o Reconhecimento dos Divórcios e Separações de Pessoas, prevalecendo essa admitida pelo artigo 18.º da Convenção.

⁸³ Resulta da letra da definição (“tal como”) que a enumeração das designações é meramente exemplificativa.

⁸⁴ Cf., neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15 de março de 2008, proc. 225-C/1998.C1. Na doutrina portuguesa, cf., no mesmo sentido, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, vol. III, 2.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 460-461, e “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade paterna”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, 2006, pp. 517-546, p. 532, e HELENA BRITO, “O Regulamento (CE) 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”, in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente (coords.), vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 305-356, p. 337 e “Descrição breve do regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, in *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado: (direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras): realizado na Faculdade de Direito de Lisboa em 7 e 8 de maio de 2004*, Luís de Lima Pinheiro (org.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 127-148, p. 142.

⁸⁵ Cf. n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

Salienta-se, porém, que mesmo uma decisão de divórcio proferida no âmbito de uma situação puramente interna pode beneficiar do regime de reconhecimento do Regulamento Bruxelas II *bis*, caso, no futuro, venha a ser necessário o reconhecimento dessa decisão noutro Estado-Membro.

Também *não é necessário* que a competência internacional do tribunal do Estado-Membro de origem tenha sido estabelecida de acordo com as normas atributivas de competência internacional consagradas nos artigos 3.º a 5.º do Regulamento Bruxelas II *bis*. As decisões de divórcio proferidas por tribunais cuja competência internacional foi estabelecida ao abrigo das competências residuais consagradas no artigo 7.º do Regulamento Bruxelas II *bis* beneficiam do regime de reconhecimento de decisões estrangeiras. Tal pode deduzir-se da proibição de controlo de competência do tribunal de origem, que esclarece que “[o] critério de ordem pública [...] não pode ser aplicado às regras de competência enunciadas nos artigos 3.º a 14.º”⁸⁶.

Só beneficiam do regime de reconhecimento deste Regulamento as decisões de divórcio proferidas num Estado-Membro *por um tribunal*. O conceito de tribunal é definido, para efeitos deste Regulamento, como “todas as autoridades que nos Estados-Membros têm competência nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento por força do artigo 1.º”⁸⁷. Deste modo, adota-se um conceito amplo que abrange não só as autoridades judiciais mas também outras autoridades que tenham competência para decretar o divórcio num Estado-Membro. O ordenamento jurídico português constitui um exemplo deste alargamento, pois foi atribuída às conservatórias do registo civil a competência para decretar divórcios por mútuo consentimento⁸⁸. A decisão de uma conservatória do registo civil portuguesa que decreta o divórcio por mútuo consentimento constitui, assim, uma decisão para efeitos do Regulamento Bruxelas II *bis* e beneficia do regime de reconhecimento de decisões estrangeiras aí consagrado. No caso, a decisão francesa foi proferida por um tribunal francês.

30. Regime de reconhecimento de decisões estrangeiras do Regulamento Bruxelas II *bis*. Delimitação temporal das decisões. O Regulamento consagrou como regra geral o princípio da não retroatividade⁸⁹. Deste modo, beneficiam do regime de reconhecimento de decisões estrangeiras as decisões que resultem de ações intentadas e tenham sido proferidas a partir da data de aplicação do Regulamento Bruxelas II *bis*⁹⁰. No caso, verifica-se que a decisão francesa foi proferida em dezembro de 2013, pelo que é abrangida pelo regime de reconhecimento do Regulamento.

31. Reconhecimento automático. O Regulamento Bruxelas II *bis* consagra, como regra geral, o princípio do reconhecimento automático das decisões que decretam o divórcio proferidas por

⁸⁶ Cf. artigo 24.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁸⁷ Cf. n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁸⁸ Cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, alterado pela última vez pelo Decreto-Lei n.º 122/2013, de 26 de agosto.

⁸⁹ Cf. n.º 1 do artigo 64.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁹⁰ Em regra, 1 de março de 2005, mas não para os Estados-Membros que aderiram em 2007 ou 2013.

tribunais de outros Estados-Membros, estabelecendo que “[a]s decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, *sem quaisquer formalidades*”⁹¹. Tal não significa, porém, que não possa ser pedido o reconhecimento incidental ou um pedido de declaração judicial de reconhecimento.

32. Pedido de reconhecimento a título incidental. O Regulamento Bruxelas II *bis* admite também que sejam efetuados pedidos de reconhecimento a título incidental ao prever que “[s]e o reconhecimento de uma decisão for invocado a título incidental num tribunal de um Estado-Membro, este é competente para o apreciar”. Deste modo, e *em conclusão*, o tribunal português em que, no caso, corre termos a ação de anulação do casamento é competente para apreciar o reconhecimento a título incidental da decisão francesa.

Alínea b), subalínea i)

33. Tramitação do pedido de reconhecimento a título incidental. Pergunta-se como deve ser tramitado o pedido de reconhecimento a título incidental. A dúvida surge porque, quando seja intentada uma ação de reconhecimento ou de não reconhecimento *a título principal* de uma decisão estrangeira a tramitação, o n.º 3 do artigo 21.º do Regulamento prevê que a tramitação aplicável é a estabelecida para a concessão de declaração de executoriedade, por força da remissão expressa para a secção 2 do capítulo III do Regulamento. Todavia, o n.º 4 do artigo 21.º, que consagra o reconhecimento *a título incidental*, não contém idêntica remissão. Não obstante, há quem defenda que a remissão é aplicável *mutatis mutandis*⁹².

Resulta da letra dos preceitos uma clara diferenciação destes dois modos de reconhecimento. Salienta-se também que o reconhecimento a título incidental foi consagrado por razões de simplicidade, as quais são dificilmente compatíveis com a posição que advoga uma identidade de procedimentos processuais entre o reconhecimento a título incidental e principal. Como tal, entendo que a não consagração da remissão para a secção 2 do capítulo III do Regulamento Bruxelas II *bis* significa que a tramitação prevista nessa secção não é aplicável nos casos em que o reconhecimento seja invocado a título incidental, pelo que serão antes aplicáveis as regras processuais vigentes no Estado-Membro requerido⁹³.

Alínea b), subalínea ii)

34. Proibição do controlo da competência do tribunal de origem. O primeiro argumento redundante no controlo da competência do tribunal de origem, o qual se encontra vedado no artigo 24.º do Regulamento Bruxelas II *bis*. Mesmo nos casos em que o tribunal *não tenha* estabelecido a sua competência de acordo com as regras do Regulamento, *não é possível controlar a competência do tribunal de origem*. Tal resulta de forma clara e expressa da

⁹¹ Cf. n.º 1 do artigo 21.º do Regulamento Bruxelas II *bis*. Itálicos adotados.

⁹² Cf., neste sentido e à luz dos n.º 2 e n.º 3 do artigo 33.º do Regulamento Bruxelas I (equivalentes aos n.º 3 e n.º 4 do artigo 21.º do Regulamento Bruxelas II *bis*), WAUTELET, “Arts. 32-33”, in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus e Peter Mankowski (eds.), Sellier. European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 535-555, pp. 554-555.

⁹³ Em sede do Regulamento Bruxelas I e Bruxelas I *bis* esta parece ser a posição dominante na doutrina portuguesa (cf., por exemplo, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, vol. III, 2.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 390-391).

redação do artigo 24.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, quando este estabelece que o critério da reserva de ordem pública internacional “não pode ser aplicado às regras de competência enunciadas nos artigos 3.º a 14.º”. Isto significa que a proibição de controlo de competência do tribunal de origem abrange, em matéria de divórcio transnacional, não só as normas atributivas de competência internacional unificadas⁹⁴, mas também as normas atributivas de competência internacional que não foram unificadas⁹⁵.

A opção do legislador da União Europeia parece ter sido a de que apenas os tribunais do Estado-Membro onde é colocado o litígio transnacional podem aferir da competência internacional para julgar o mesmo. A proibição do controlo da competência do tribunal de origem pode ser entendida e justificada como a concretização desta opção em sede de reconhecimento de decisões estrangeiras^{96 97}. O primeiro argumento é *improcedente*.

35. Proibição de controlo do mérito da decisão objeto de reconhecimento. O segundo argumento redundava numa pretensão de controlo do mérito da decisão objeto de reconhecimento, pois pretende-se que o tribunal português controle a concreta aplicação do Direito efetuada pelo tribunal de origem, com vista a determinar se o mesmo foi corretamente aplicado. A proibição de controlo do mérito, na vertente forte, encontra-se claramente estabelecida no artigo 26.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, o qual estabelece que “[a] decisão não pode em caso algum ser revista quanto ao mérito”. O segundo argumento é, por isso, *improcedente*.

36. Decisão incompatível com decisão proferida por um tribunal do Estado-Membro requerido. O último argumento assenta na incompatibilidade entre a decisão francesa de divórcio e uma anterior decisão proferida no Estado-Membro requerido, que é um dos fundamentos de não reconhecimento⁹⁸.

São basicamente dois os requisitos previstos para este fundamento de não reconhecimento: identidade de partes e incompatibilidade de decisões. Há incompatibilidade entre as duas decisões quando as mesmas forem irreconciliáveis entre si, isto é, quando produzam efeitos

⁹⁴ Artigos 3.º a 5.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁹⁵ Artigo 7.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

⁹⁶ A fundamentação da proibição do controlo da competência do tribunal de origem com base no princípio da confiança mútua, unificação (quase integral) das normas de competência internacional e no controlo da competência apenas pelos tribunais do Estado-Membro do foro parece ter sido perfilhada pelo TJ, em sede de Regulamento Bruxelas II *bis*. No Acórdão de 15 de julho de 2010, *Purrucker*, proc. C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437, considerando n.ºs 72 a 75. Apesar de o Acórdão ter sido proferido em matéria de responsabilidade parental, não parecem existir particularidades na argumentação do TJ expendida que impeçam a sua transposição para as ações matrimoniais.

⁹⁷ Existem algumas exceções à proibição do controlo de competência do tribunal de origem, as quais não são todavia aplicáveis no caso sob análise. Estas exceções estão consagradas nos n.ºs 2 e n.º 4 do artigo 64.º, alínea d) do n.º 2 do artigo 59.º. O TJ, no Acórdão de 15 de julho de 2010, *Purrucker*, proc. C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437, considerando n.º 76, parece admitir que o tribunal do Estado-Membro requerido, pelo menos nalguns casos, efetue diligências com vista a determinar qual a norma de competência internacional em que o tribunal do Estado-Membro de origem fundou a sua competência para decretar a medida provisória ou cautelar, o que configuraria também uma possibilidade, embora restrita, de controlar a competência do tribunal do Estado-Membro de origem.

⁹⁸ Cf. alínea c) do artigo 22.º do Regulamento Bruxelas II *bis*.

jurídicos que se excluem reciprocamente⁹⁹. Esta análise deve ser efetuada da perspectiva do Estado-Membro requerido.

O requisito da identidade de partes está preenchido.

Antes de analisarmos o requisito da incompatibilidade entre as duas decisões, devemos ponderar se uma decisão *que não decreta* o divórcio pode ser fundamento de não reconhecimento.

A questão é pertinente, porque tem sido entendido na doutrina que *apenas* as decisões “positivas”, isto é, as que decretam o divórcio, separação judicial ou anulação do casamento beneficiam do regime de reconhecimento do Regulamento Bruxelas II *bis*. Esta linha de argumentação não parece procedente. Em primeiro lugar, a expressão “decisão” constante das alíneas *c)* e *d)* do artigo 22.º do Regulamento Bruxelas II *bis* parece ter um conteúdo mais amplo do que o constante na definição do n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento Bruxelas II *bis*. Tal resulta da própria letra da alínea *d)* que prevê que decisões proferidas por tribunais de Estados terceiros podem ser fundamento de recusa de reconhecimento. Ora, o n.º 4 do artigo 2.º abrange apenas decisões proferidas “por um tribunal de um Estado-Membro”. No mesmo sentido depõe a jurisprudência do TJ em sede da Convenção de Bruxelas, pois este Tribunal considerou que mesmo decisões que não se incluam dentro do âmbito de aplicação material da Convenção de Bruxelas podem relevar para efeitos de fundamentos de recusa de reconhecimento de decisões estrangeiras¹⁰⁰.

A decisão proferida pelo tribunal português *não tem de ser anterior*. Tal resulta de forma clara do confronto entre as alíneas *c)* e *d)* do artigo 22.º do Regulamento. Mas tem de ser *incompatível*. Em regra, não se considera que uma decisão de absolvição do réu do pedido de divórcio seja incompatível com qualquer outra decisão que decrete o divórcio proferida por um tribunal de outro Estado-Membro. Assim, por exemplo, uma decisão que negue o divórcio porque não ficaram provadas as repetidas agressões de um cônjuge a outro não é incompatível com uma decisão que decrete o divórcio baseada numa separação de facto dos cônjuges por um período superior a 2 anos. *Dito de outra forma, a decisão que negue o divórcio só é inconciliável com uma decisão que decrete o divórcio se ambas se fundaram nos mesmos factos*. E *parece* ser isso que ocorre no caso sob análise. Ambas as decisões (francesa e portuguesa) se parecem fundar nos mesmos factos (separação de facto).

Alínea b), subalínea iii)

37. Força de caso julgado da decisão de reconhecimento ou não reconhecimento, a título incidental. Discute-se se a decisão de reconhecimento ou não reconhecimento da decisão estrangeira, quando proferida a título incidental, constitui ou não caso julgado fora do processo respetivo.

⁹⁹ Cf., Acórdão do TJ de 4 de fevereiro de 1988, *Hoffmann*, proc. 145/86, ECLI:EU:C:1988:61, considerando n.º 22. Este acórdão foi proferido em sede dos preceitos correspondentes da Convenção de Bruxelas que serviram de modelo aquando da elaboração da Convenção de Bruxelas II.

¹⁰⁰ Cf. Acórdão de 4 de fevereiro de 1988, *Hoffmann*, proc. 145/86, ECLI:EU:C:1988:61, considerando n.º 25.

Alguns autores¹⁰¹ advogam que a decisão de reconhecimento da decisão estrangeira proferida incidentalmente constitui caso julgado dentro e fora do processo, vinculando assim os tribunais do Estado-Membro requerido, argumentando, sem síntese, com o espírito do Regulamento (*favor divortii*) e o princípio da economia processual.

Esta posição parece ser criticável pois promove uma desigualdade entre a decisão que reconhece a decisão estrangeira e a decisão que não reconhece a decisão estrangeira por considerar verificado um qualquer dos fundamentos de recusa. Segundo os defensores desta posição apenas a decisão proferida a título incidental que reconhece a decisão estrangeira constitui caso julgado dentro e fora do processo, o que dificilmente se compreende à luz do argumento de economia processual esgrimido pelos defensores desta posição.

Outros autores¹⁰² advogam que a decisão de reconhecimento ou de não reconhecimento da decisão a título incidental só produz efeitos no processo respetivo. O fundamento desta posição parece encontrar-se no confronto com o regime estabelecido para o reconhecimento invocado a título principal. Os partidários desta posição parecem advogar que a previsão, pelo Regulamento Bruxelas II *bis*, de duas modalidades distintas de invocação do reconhecimento da decisão estrangeira, uma a título principal e outra a título incidental, esta última, mercê do seu carácter mais acidental não deve possuir força de caso julgado fora do processo.

Esta posição parece inferir demasiado da interpretação literal. Não me parece possível inferir da consagração de duas modalidades de reconhecimento expresso a intenção do legislador da União Europeia de não conferir força de caso julgado dentro e fora do processo a uma delas.

Por fim sugerem outros autores¹⁰³ que a questão da força de caso julgado da decisão de reconhecimento ou não reconhecimento proferida a título incidental deve ser resolvida de acordo com as normas de Direito vigentes no Estado-Membro requerido. Esta posição entende que as normas do Regulamento Bruxelas II *bis* não dão resposta a esta questão, pelo que, por força do princípio da subsidiariedade, a resposta deve procurar-se no restante Direito vigente no Estado-Membro requerido. Quando Portugal seja o Estado-Membro requerido as decisões de reconhecimento ou de não reconhecimento proferidas a título incidental não constituem, em regra, caso julgado fora do processo respetivo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cf., neste sentido, CHALAS, “Article 21 Commentaire du Règlement Bruxelles II BIS” in *Droit Européen du Divorce - European Divorce Law*, Sabine Corneloup (ed.), LexisNexis, Paris, 2013, pp. 351-380, pp. 379-380 e WAUTELET, “La dissolution du mariage en droit international privé — compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères”, in *Actualités du contentieux familial international*, Patrick Wautelet (ed.), Larcier, 2005, pp. 69-142, p. 132 (utilizada a versão disponível em <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/83470>, consultada pela última vez em 18 de maio de 2018).

¹⁰² Cf., neste sentido, BARATTA, “Lo scioglimento del vincolo coniugale nel diritto comunitario”, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, Sergio M. Carbone e Ilaria Queirolo (eds.), Giappichelli, Turim, 2008, pp. 169-205, p. 193.

¹⁰³ Cf., neste sentido e em sede do Regulamento Bruxelas I *bis* e Bruxelas I, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, vol. III, 2.ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 390-391 e TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil Europeu* (Relatório policopiado), Lisboa, 2003, p. 175.

¹⁰⁴ Artigo 91.º do CPC.

Alínea c)

38. Ação de reconhecimento ou de não reconhecimento pendente. Questiona-se, nesta alínea, como deve atuar o tribunal do Estado-Membro requerido em que o reconhecimento foi invocado incidentalmente se estiver pendente noutra tribunal do Estado-Membro requerido uma ação judicial de reconhecimento ou de não reconhecimento da mesma decisão estrangeira. Considero que esta questão deve também ser resolvida segundo o Direito vigente no Estado-Membro requerido, sendo que, no caso do Direito português, o tribunal onde o reconhecimento for invocado a título incidental pode, em regra, ordenar a suspensão da instância¹⁰⁵.

Caso n.º 4**a) Enunciado**

Ana, cidadã portuguesa, contraiu matrimónio com **Bertolino**, cidadão marroquino. Viveram em Marrocos até junho de 2017, altura em que **Bertolino** recorreu aos tribunais marroquinos e obteve uma decisão de divórcio por meio do *talak*. Apesar de ter sido pessoalmente citada, **Ana** optou por não comparecer e a decisão foi proferida na sua ausência. Após essa decisão, **Ana** regressou a Portugal e apaixonou-se por **Carlos**.

Ana pede agora junto dos tribunais portugueses o reconhecimento da decisão marroquina. **Bertolino** opta por não intervir no processo. Deve o juiz negar o reconhecimento com base no repúdio unilateral (*talak*) ser manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português?

b) Tópicos de correção

39. Determinação do regime de reconhecimento aplicável. Não é aplicável o regime de reconhecimento do Regulamento Bruxelas II *bis* porque a decisão cujo reconhecimento é pretendido não foi proferida por um tribunal de *um Estado-Membro* vinculado pelo Regulamento Bruxelas II *bis*. O regime de reconhecimento da Convenção da Haia de 1970 sobre o Reconhecimento dos Divórcios e Separações de Pessoas também não é aplicável porque Marrocos não é um Estado Contratante¹⁰⁶. É aplicável o regime de reconhecimento de fonte interna, previsto nos artigos 978.º e ss do CPC.

40. O talak e o requisito de confirmação da não contrariedade à ordem pública internacional portuguesa. A sentença estrangeira só pode ser reconhecida se não contiver “decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cf. artigo 272.º do CPC.

¹⁰⁶ A lista de Estados Contratantes desta Convenção pode ser consultada em : <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=80> (visitada pela última vez em 18 de maio de 2018).

¹⁰⁷ Cf. alínea f) do artigo 980.º do CPC.

A redação atual deste requisito de confirmação foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro¹⁰⁸. A anterior redação deste requisito de confirmação dispunha que a sentença estrangeira só seria reconhecida caso não contivesse “decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa”¹⁰⁹. À luz da redação anterior foi sufragado pela doutrina dominante e pela jurisprudência o entendimento de que o reconhecimento da sentença estrangeira só pode ser recusado quando a parte decisória da sentença, em si mesma, é contrária à ordem pública internacional portuguesa, sendo irrelevante se os fundamentos em que assenta a parte decisória da sentença são ou não contrários à ordem pública internacional portuguesa¹¹⁰.

Mesmo perante a redação atualmente vigente, alguma doutrina¹¹¹ tem continuado a sufragar este entendimento, tendo sido acompanhada pela generalidade da jurisprudência¹¹².

Da assunção desta posição, em matéria de decisões referentes ao divórcio, resulta que *nenhuma* sentença estrangeira que decreta o divórcio ou que negue o divórcio é suscetível de ser contrária à ordem pública internacional portuguesa. Atendendo apenas à parte decisória de uma sentença estrangeira “positiva”, isto é, que decreta o divórcio, verifica-se que esta nunca pode ser contrária à ordem pública internacional portuguesa uma vez que o Direito português admite o instituto do divórcio. Olhando apenas para a parte decisória de uma sentença estrangeira “negativa”, isto é, que nega o divórcio, também não se vê como esta possa ser contrária à ordem pública internacional portuguesa, visto que o direito ao divórcio de cada um dos cônjuges não é absoluto, isto é, segundo o Direito português o tribunal não está obrigado a decretar o divórcio sempre que o mesmo seja pedido por um dos cônjuges¹¹³, pelo que é admissível uma decisão que negue o divórcio.

Considero que a posição *supra* descrita não é a mais correta. Desde logo, porque essa posição não é a mais conforme com a redação atual do preceito. A nova redação destaca o resultado produzido pelo reconhecimento da sentença e não as decisões nela contidas, pelo que, para efeitos de determinar se o resultado é manifestamente incompatível com a ordem pública internacional, é possível atender à fundamentação da decisão.

¹⁰⁸ Que alterou a alínea f) do artigo 1096.º do anterior CPC.

¹⁰⁹ Cf. alínea f) do artigo 1096.º do anterior CPC na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

¹¹⁰ Cf., neste sentido, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de fevereiro de 1981, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 312, pp. 336 e ss.

¹¹¹ Cf., neste sentido, CARLOS FERREIRA DA SILVA, “De la reconnaissance et de l’exécution de jugements étrangers au Portugal (hors du cadre de l’application des conventions de Bruxelles et de Lugano)”, in *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions / Reconnaissance et Exécution des Jugements Etrangers hors des Conventions de Bruxelles et de Lugano / Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen ausserhalb der Übereinkommen von Brüssel und Lugano*, Gerhard Walter e Samuel P. Baumgartner (eds.), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2000, pp. 465-497, p. 477, e MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, in *Aspectos do novo processo civil*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 105-155, p. 141.

¹¹² Cf., entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de julho de 2011, proc. 999/09.1YRLSB.S1, de 29 de março de 2011, proc. 214/09.8YRERVR.S1, de 3 de julho de 2008, proc. 08B1733, de 21 de fevereiro de 2006, proc. 05B4168, de 8 de julho de 2003, proc. 03B2106.

¹¹³ Na jurisprudência, cf., neste sentido e por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de novembro de 2011, proc. 88/10.6TMFUN.L1-2.

O mero facto de o *talak* constituir um modo de dissolução do casamento com fundamento apenas na vontade de um dos cônjuges não é suficiente para violar a ordem pública internacional portuguesa. O instituto do *talak* é suscetível de violar a ordem pública internacional portuguesa porque coloca o cônjuge mulher numa situação de inferioridade, não lhe concedendo um direito que é concedido ao cônjuge marido. Porém, há que ter presente que, por força da conceção aposteriorística da ordem pública internacional, podem existir casos concretos em que essa desigualdade não será suficiente para desencadear a atuação da ordem pública internacional.

Uma dessas situações é a prevista no caso sob análise, pois é o cônjuge mulher que pede o reconhecimento da decisão estrangeira de repúdio unilateral. Ao pedir o reconhecimento da decisão estrangeira, o cônjuge mulher está a manifestar a sua vontade de que a dissolução do casamento seja também reconhecida em Portugal. Dito de outro modo, está a demonstrar que também quer que o casamento seja considerado como dissolvido. Deste modo, a desigualdade existente *em abstracto* no instituto, não suscita problemas de ordem pública internacional *no caso concreto*, uma vez que ambos os cônjuges (*ainda que o cônjuge mulher possa ter manifestado essa vontade apenas posteriormente*) pretendem que o casamento termine e a ordem pública internacional portuguesa não se opõe a que um determinado casamento cesse por vontade de ambos os cônjuges¹¹⁴. Entendo, por isso, que o reconhecimento desta decisão estrangeira não conduz a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

¹¹⁴ Cf., no mesmo sentido, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 459. Não se considera, contudo, como manifestação tácita de vontade suficiente a não oposição ao pedido de reconhecimento de decisão estrangeira de *talak* apresentado junto dos tribunais portugueses pelo cônjuge marido. Aparentemente, o Tribunal da Relação de Lisboa perfilhou posição contrária no seu Acórdão de 18 de outubro de 2007, proc. 10602/2005-2, pois afirmou “que tanto no processo em Marrocos, como nestes autos (embora aqui a Requerida seja revel, sendo representada pelo Ministério Público), o cônjuge mulher não manifestou oposição à dissolução do casamento”.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.

**Aplicação prática do
Regulamento n.º 2201/2003
relativo à competência, ao
reconhecimento e à execução de
decisões em matéria matrimonial
e em matéria de responsabilidade
parental (Bruxelas II bis)**

Anabela Sousa Gonçalves



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

APLICAÇÃO PRÁTICA DO REGULAMENTO N.º 2201/2003 RELATIVO À COMPETÊNCIA, AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA MATRIMONIAL E EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL (BRUXELAS II BIS)

Anabela Sousa Gonçalves*

1. Exercícios práticos
2. O regulamento Bruxelas II bis e o seu âmbito de aplicação
3. Competência internacional em matéria de responsabilidades parentais
4. Deslocação ou retenção ilícitas de crianças
5. Litispendência

1. Exercícios práticos

Para exercício de aplicação prática do Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II bis) foram escolhidas algumas decisões da jurisprudência nacional e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que são apresentadas em seguida com algumas adaptações.

1.1. A primeira hipótese que apresentamos (caso 1) é uma adaptação de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de janeiro de 2017¹.

Carlos, de nacionalidade portuguesa, nasceu em 25 de novembro de 2013, no Luxemburgo, sendo filho de António e Beatriz. Carlos sempre residiu com a sua mãe no Luxemburgo, onde frequenta uma creche. António e Beatriz têm nacionalidade portuguesa.

António instaurou nos tribunais portugueses, em 18 de abril de 2016, contra Beatriz, uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais relativa a Carlos. À data da instauração da ação, Carlos residia com a mãe, no Luxemburgo, onde esta reside há cerca de 8 anos e onde trabalha. António reside em Portugal, assim como os avós da criança. Beatriz invocou a incompetência internacional dos tribunais portugueses para apreciar a questão. Pronuncie-se sobre o argumento invocado por Beatriz.

1.2. A segunda situação (caso 2) é uma adaptação de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de janeiro de 2016².

Ana, de nacionalidade italiana e brasileira, nascida em Itália, em 2011, é filha de mãe de nacionalidade colombiana e italiana e de pai de nacionalidade brasileira. Desde o seu nascimento, Ana residia com a mãe e a irmã uterina em Milão, por acordo entre os pais, e o pai residia em Portugal.

* Professora Universitária, Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ STJ, Processo 1691/15.3T8CHV-A.G1.S1, 7.ª Secção, Relator Olindo Galdes, de 26.01.2017.

² STJ, Processo 6987/13.6TBALM.L1.S1, 7.ª Secção, Relatora Fernanda Isabel Pereira, de 28.01.2016.

Em finais de março de 2013, Ana passou a residir com o pai em Portugal para que a mãe se pudesse preparar para um exame a decorrer em junho e julho de 2013. A estadia em Portugal da criança prolongou-se para o mês de agosto, por acordo entre os pais, para que esta pudesse conviver com os avós paternos que se tinham deslocado a Portugal. Posteriormente, também por acordo entre os progenitores, Ana viaja com o pai para o Brasil a fim de participar num convívio com a família paterna. Quando a criança retorna a Portugal, em outubro de 2013, a mãe exige o regresso da criança a Itália, o que o pai recusa, tendo sido ordenada posteriormente, por via judicial, a entrega da criança à mãe.

Em consequência, o pai propõe uma ação nos tribunais portugueses para a regulamentação das responsabilidades parentais em 13 de dezembro de 2013. Todavia, previamente, em 13 de novembro de 2013, a mãe já tinha proposto no tribunal de Milão (Itália) uma ação de regulamentação das responsabilidades parentais em relação à criança. Pronuncie-se sobre a competência internacional dos tribunais portugueses para apreciar e fixar as responsabilidades parentais relativas a Ana.

1.3. O terceiro exercício (caso 3) é uma adaptação da decisão do Tribunal da Relação de Évora, de 2 de maio de 2013³. Caso 220/09.2TBCCCH-A.E1.

Catarina e João foram casados e residiram na Polónia, local onde decidiram separar-se. Deste casamento resultou um filho Daniel, nascido em 25 de abril de 2007.

Por decisão datada de 9 de abril de 2009, no seguimento de uma ação em que João requereu a indicação do lugar da residência do menor com o pai, o Tribunal de Varsóvia, decidiu proibir Daniel de sair do território da Polónia. Por decisão datada de 23 de junho de 2009, foi estabelecido um regime provisório de contactos de Daniel com a mãe, fora do lugar da residência da criança e sem a presença do pai. Posteriormente, por decisão datada de 22 de março de 2010, o Tribunal de Varsóvia, determinou que, desde outubro de 2008, o lugar da residência habitual de Daniel era a Polónia, o que é confirmado por decisão datada de 17 de agosto de 2011, em que o mesmo tribunal decidiu fixar a residência de Daniel, na residência do seu pai, a quem atribuiu o exercício exclusivo das responsabilidades parentais sobre o menor.

Em 6 de julho de 2011, quando João regressava a casa com Daniel, Catarina, com a ajuda de dois homens, conseguiu retirar a criança do pai. No dia 8 de julho de 2011, João requereu junto da Autoridade Central polaca que fosse acionada a *Convenção de Haia sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças*, com vista ao regresso imediato do menor. Consequentemente, deu entrada no Tribunal de Família e Menores de Setúbal uma ação especial para regresso imediato de menor ilicitamente retido num Estado-Membro que não o da sua residência habitual, requerendo-se o regresso de Daniel à Polónia. Entretanto, em 18 de julho de 2011, Catarina propôs no Tribunal de Família e Menores de Setúbal uma ação de regulação das responsabilidades parentais, contra João, relativamente ao menor Daniel. Pronuncie-se sobre esta ação de responsabilidade parental.

³ Tribunal da Relação de Évora, Processo 220/09.2TBCCCH-A.E1, Relator Francisco Xavier, de 02.05.2013.

1.4. O último caso (caso 4) é uma adaptação da decisão do TJUE, *Inga Rinau*, de 11 de julho de 2008⁴.

Inga, de nacionalidade lituana, casou-se com Manuel, de nacionalidade portuguesa, em Portugal, em julho de 2003. O casal ficou a residir em Portugal e em janeiro de 2005 tiveram uma filha, Ana. Em março de 2005 passam a viver separados e, ainda nesse ano, foi proposta uma ação de divórcio em Portugal. Os pais acordaram no exercício conjunto das responsabilidades parentais, tendo a criança ficado a viver com a mãe devido à sua tenra idade com visitas periódicas do pai, também em resultado do acordo dos progenitores. Este acordo foi homologado pelo Ministério Público, nos termos do artigo 1776.º-A do Código Civil.

Em julho de 2006, Inga, depois de ter obtido uma autorização de Manuel para sair de Portugal com a filha de ambos para a Lituânia para umas férias de duas semanas, resolve ficar a residir na Lituânia. Informado por Inga da sua intenção de não regressar com a filha, Manuel pede o regresso imediato da filha a Portugal.

Tendo em conta a situação descrita, explique o sistema previsto no Regulamento Bruxelas II bis relativamente à deslocação ou retenção ilícitas de crianças e sua articulação com a *Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (Convenção de Haia).

2. O regulamento Bruxelas II bis e o seu âmbito de aplicação

É no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental (Bruxelas II bis) que encontramos a regulamentação legal de questões relativas à competência internacional nas matérias de responsabilidade parental e à retenção e deslocação ilícitas de crianças, sobre as quais versam os casos apresentados. Atualmente, a norma que fundamenta a intervenção legislativa da União Europeia nestas matérias encontra-se prevista no artigo 81.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que constitui o suporte da política de cooperação judiciária em matéria civil e comercial da União Europeia⁵.

O Regulamento Bruxelas II bis uniformiza no território da União Europeia as regras de competência internacional e as normas sobre o reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, fazendo parte de um

⁴ TJUE, *Inga Rinau*, Processo C-195/08 PPU, de 11.06.2008

⁵ Para maior desenvolvimento sobre a política de cooperação judiciária em matéria civil, os antecedentes, os objetivos, as várias vertentes e os instrumentos legislativos adotados pela União Europeia ao abrigo desta política, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira (coord.), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 339-391; *idem*, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 107-127 e pp. 212-226.

conjunto de instrumentos legislativos da União em matéria de relações privadas internacionais de natureza familiar e sucessória⁶.

Olhando para o Regulamento, o primeiro elemento a aferir é o seu âmbito de aplicação material, espacial e temporal, para determinar se os casos apresentados encontrarão aí o seu regime legal.

Quanto ao âmbito de aplicação material do Regulamento Bruxelas II *bis*, este encontra-se delimitado no artigo 1.º, estabelecendo esta norma que o Regulamento é aplicável às questões matrimoniais [identificadas no n.º 1, alínea *a*)], e às matérias civis relativas à responsabilidade parental, desde a atribuição, o exercício, até à cessação [n.º 1, alínea *b*)]. A noção de responsabilidade parental, tal como em geral os conceitos utilizados no Regulamento Bruxelas II *bis*, deve ser interpretada de forma autónoma face ao direito interno dos Estados-Membros, como resulta da jurisprudência do TJUE sobre os atos jurídicos da União no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil⁷, tendo em conta o espírito, os objetivos e os princípios do Regulamento⁸, escapando-se, desta forma, à diversidade das interpretações nacionais que poderiam ameaçar a aplicação uniforme do Regulamento. Tendo em conta este desiderato e a necessidade de interpretação autónoma e uniforme dos conceitos previstos no Regulamento, o artigo 2.º estabelece um conjunto de definições para efeitos de aplicação deste instrumento legal, sendo as matérias de responsabilidade parental definidas, no seu n.º 7, como “(...) o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou coletiva por decisão

⁶ Para uma visão geral da intervenção da União em questões plurilocalizadas de direito da família e sucessões, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *Cit.*, pp. 339-391; *idem*, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», *Unio EU Law Journal*, N.º 0, pp. 124-147; *idem*, «Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II *bis*», *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, 2015, pp. 173-186; *idem*, «As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52, 2016, pp. 3-19; *idem*, «El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones», *La Ley Unión Europea*, n.º 40, 2016, pp. 42-64; *idem*, «Unidade do estatuto pessoal? – A influência dos regulamentos europeus em matéria de estatuto pessoal sobre o Código Civil Português» in *Código Civil de 1966, Novos desafios, Comemorações dos 50 anos do Código Civil*, Coord. Anabela Gonçalves, Cristina Dias, Isabel Menéres, Joana Aguiar e Silva, Patrícia Jerónimo, Sónia Moreira, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 15-48; *idem*, «O Regulamento Europeu sobre Regimes Matrimoniais», *Cadernos de Direito Privado*, no prelo.

⁷ Os preâmbulos de diversos atos jurídicos em matéria de cooperação judiciária têm expressamente afirmado a necessidade desta interpretação autónoma. A título de exemplo podemos referir o considerando 11 do Regulamento (CE) n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), que, reconhecendo que o conceito de obrigação extracontratual pode ter um conteúdo diverso entre os vários Estados-Membros, estabelece que para efeitos de aplicação do Regulamento aquele conceito deve ter um conteúdo autónomo. Adicionalmente, a tendência por uma interpretação autónoma na aplicação dos atos jurídicos em matéria de cooperação judiciária tem sido também afirmada pelo TJUE em várias decisões: v., entre outras, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Processo C-103/05, de 13/7/2006, § 29; *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Processo C-533/07, de 23/4/2009, § 20; *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller* (C-144/09), Processos apensos C-585/08 e C-144/09, de 7/12/2010, § 55. Especificamente em relação ao Regulamento Bruxelas II *bis*, v., por exemplo, a interpretação autónoma elaborada pelo TJUE relativamente ao conceito de *matérias civis* utilizado neste Regulamento, como abarcando todos os pedidos, medidas ou decisões em matéria de responsabilidade parental: *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, Processo C-435/06, de 27/11/2007, § 41 e § 46; *Vasilka Ivanova Gogova c. Iliia Dimitrov Iliev*, Processo C-215/15, de 21/10/2015, § 26.

⁸ Sobre a interpretação autónoma e sobre a necessidade de articulação da interpretação de conceitos presentes em normas que estão incluídas nos mesmos textos legais ou em diplomas legais que se complementam ou partilham os mesmos objetivos no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, “Cooperação Judiciária em Matéria Civil”, *cit.*, pp. 361-364.

judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança”, incluindo-se nesta noção os direitos de guarda e de visita⁹.

O artigo 1.º, n.º 2, auxilia a concretização do conceito responsabilidades parentais, uma vez que elenca, de forma não taxativa¹⁰, quais as matérias que se incluem nesta noção para efeitos de aplicação do Regulamento, sendo estas, nomeadamente, as questões relativas: ao direito de guarda e ao direito de visita; à tutela, à curatela e institutos análogos; à nomeação e funções de pessoa ou organismo incumbido da pessoa ou bens da criança, da sua representação ou assistência; à colocação da criança numa família de acolhimento ou numa instituição; às medidas de proteção da criança relativas à administração, conservação e disposição do seu património (reiterado no considerando 9 do Regulamento). De acordo com o considerando 5, o Regulamento aplica-se ainda às decisões referentes a medidas de proteção da criança no âmbito das responsabilidades parentais. As matérias elencadas no artigo 1.º, n.º 3, ficam excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento, ou seja, aquelas referentes ao estabelecimento ou impugnação da filiação; à adoção; aos nomes e apelidos da criança; à emancipação; aos alimentos; aos fideicomissos e sucessões; e às medidas tomadas na sequência de infrações penais cometidas por crianças.

Quanto ao âmbito de aplicação espacial, o Regulamento Bruxelas II *bis* é aplicável às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros¹¹ cuja competência é determinada de acordo com as regras previstas nos arts. 3.º e seguintes (artigo 21.º, n.º 1). De acordo com o artigo 2.º, n.º 1, o Tribunal, para efeitos de aplicação do Regulamento, adota o sentido daquela autoridade que no Estado-Membro tem competência nas questões que constam do âmbito de aplicação material do Regulamento.

Adicionalmente devem também estar em causa relações jurídicas plurilocalizadas, em que exista um elemento de transnacionalidade, não sendo aplicáveis a relações jurídicas puramente internas¹². Apenas em relação àquelas faz sentido falarmos de normas de competência internacional e de normas de reconhecimento de decisões estrangeiras.

O âmbito temporal do Regulamento está previsto no artigo 72.º e no artigo 64.º, n.º 1, sendo este aplicável às ações judiciais, atos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de março de 2005¹³. Para aferir o momento em que o processo é instaurado, temos de recorrer ao artigo 16.º, onde se estabelece que o processo é instaurado: na data de apresentação ao

⁹ O TJUE tem interpretado de forma ampla o termo *responsabilidades parentais* e o âmbito de aplicação do Regulamento, como pode ser inferido, por exemplo, dos seguintes casos: *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, proc. C-435/06, cit., § 49; *Health Service Executive c. S. C., A.C.*, proc. C-92/12 PPU, de 26/4/2012, § 59 e § 65; *Vasilka Ivanova Gogova*, cit., § 27.

¹⁰ A natureza meramente indicativa das matérias enumeradas no art. 1.º, n.º 2, tem sido afirmada repetidas vezes pelo TJUE: *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, cit., § 30; *Health Service Executive*, cit., § 63; *Vasilka Ivanova Gogova*, cit., § 27.

¹¹ Com exclusão da Dinamarca, de acordo com o art. 2.º, n.º 3.

¹² Neste sentido, v. ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSKI, «Introduction», in *Brussels II bis Regulation*, Ulrich Magnus, Peter Mankowski (coord.), Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, pp. 21-22.

¹³ No art. 64.º, n.ºs 2, 3 e 4, encontramos algumas disposições que preveem a aplicação do Regulamento a processos instaurados em momento anterior.

tribunal do ato introdutório da instância, ou ato equivalente¹⁴, ou, se o ato tiver de ser citado ou notificado antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação ou notificação¹⁵.

Ora, em todos os casos que estamos a apreciar está em causa a fixação, alteração ou restabelecimento do exercício das responsabilidades parentais, como o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular por decisão judicial, relativo à pessoa de uma criança. Estão também em causa relações jurídico plurilocalizadas, com ligações a mais do que um Estado-Membro e as regras de competência internacional relevantes serão analisadas em seguida.

O caso 1 está relacionado com a ordem jurídica portuguesa (país de nacionalidade dos pais, de residência do pai e dos avós e lugar onde a ação foi proposta) e luxemburguesa (país de residência da mãe e da criança); o caso 2 com a ordem jurídica portuguesa (país da residência do pai e lugar onde a ação foi proposta) e italiana (país da residência da mãe e da criança); o caso 3 com a ordem jurídica portuguesa (país da residência da mãe, país para onde a criança foi deslocada e lugar onde a ação foi proposta) e polaca (país da residência do pai e da criança); e o caso 4 relacionado com a ordem jurídica portuguesa (país da nacionalidade e da residência habitual do pai, da residência habitual da mãe e da criança, lugar onde a ação foi proposta) e lituana (país da nacionalidade da mãe e lugar para onde a criança foi deslocada).

Todas as ações foram propostas em tribunais portugueses após 1 de março de 2005, encontrando-se, por isso, preenchido o âmbito de aplicação temporal do Regulamento, além do seu âmbito material e espacial. De notar que, nos termos do artigo 288.º do TFUE, os regulamentos são obrigatórios e diretamente aplicáveis nos Estados-Membros.

3. Competência internacional em matéria de responsabilidades parentais

As regras de competência referentes à responsabilidade parental foram inspiradas no superior interesse da criança e, nesta medida, no princípio de proximidade, como resulta do considerando 12. O superior interesse da criança no âmbito da competência internacional é concretizado pela atribuição de competência ao tribunal mais próximo da criança e, conseqüentemente, aquele que conhece melhor a sua situação, o seu estado de desenvolvimento, as condições sociais e familiares em que a criança vive e, por isso, está mais apto a adotar as decisões necessárias e de forma mais eficiente¹⁶.

¹⁴ Desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ou a notificação ao requerido.

¹⁵ Desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o ato seja apresentado a tribunal.

¹⁶ Sobre o princípio do superior interesse da criança como princípio inspirador das soluções presentes no Regulamento Bruxelas II bis nas matérias de responsabilidade parental, v., com mais pormenor, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, in *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 367-381.

Tendo em conta este princípio inspirador, o artigo 8.º, n.º 1, prevê como regra geral para decidir as matérias relativas à responsabilidade parental, a competência dos tribunais do Estado-Membro onde reside a criança à data em que o processo seja instaurado no tribunal. Existem, todavia, certas situações especiais, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, em que a regra geral cede, nomeadamente, nas situações previstas nos arts. 9.º, 10.º e 12.º.

Em vários dos casos que estamos a apreciar impõe-se a aplicação da regra geral de competência referente à responsabilidade parental, prevista no artigo 8.º. Para esse efeito, será necessário determinar onde se localiza a residência habitual da criança e a data em que o processo se considera instaurado.

Para determinar a data relevante para aferir a residência habitual relevante temos de recorrer ao artigo 16.º que, como referimos *supra*, estabelece que, para efeitos de aplicação do Regulamento, o processo considera-se instaurado, na data de apresentação ao tribunal do ato introdutório da instância ou ato equivalente (desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ou notificação ao requerido); ou, se o ato tiver de ser citado ou notificado antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação ou notificação (desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o ato seja apresentado em tribunal). Ora, no caso 1, o processo foi instaurado em 26 de janeiro de 2015; no caso 2, o processo foi instaurado em 13 de dezembro de 2013; no caso 3, o processo foi instaurado em 18 de julho de 2011.

Em seguida, é necessário apurar o conceito de residência habitual da criança. A ideia da interpretação autónoma dos conceitos previstos no Regulamento Bruxelas II *bis*, referida *supra*, também se aplica à interpretação do conceito de residência habitual da criança e para estabelecer o seu conteúdo temos de recorrer à jurisprudência do TJUE. De acordo com este Tribunal¹⁷, residência habitual para efeitos do Regulamento deve ter uma interpretação autónoma, à luz do contexto das normas em causa e do objetivo do Regulamento no âmbito da responsabilidade parental, estabelecendo o considerando 12 que as regras de competência são definidas em função do superior interesse da criança, concretizado através do princípio de proximidade. Nesta medida, residência habitual para efeitos do artigo 8.º deve ser entendida como o lugar que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar, devendo apresentar uma certa estabilidade ou regularidade, características apuradas através de certos indícios que traduzam essa integração social e familiar no caso concreto¹⁸. Além da presença física da criança, os indícios a apurar no caso concreto devem permitir concluir que essa presença não tem um carácter temporário ou ocasional e revelar a integração da criança

¹⁷ TJUE, *Korkein hallinto-oikeus-Finlândia*, proc. C-523/07, de 2/4/2009, § 35; *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, proc. C-497/10 PPU, de 22/12/2010, § 45; *J. McB. c. L. E.*, proc. C-400/10 PPU, de 5/10/2010, § 41; *C c. M*, proc. C-376/14 PPU, de 9/10/2014, § 50. Interpretação autónoma também reconhecida pela Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II [Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000]*, União Europeia, 2005, p. 13; *idem*, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, União Europeia, 2014, p. 26.

¹⁸ TJUE, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, *cit.*, § 44, § 47; *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, proc. C-523/07, *cit.*, § 44; *C c. M*, *cit.*, § 51.

num ambiente social e familiar localizado naquele Estado¹⁹, devendo caracterizar-se esta residência por uma certa estabilidade ou regularidade²⁰. Segundo a jurisprudência do TJUE, estes indícios podem ser apurados tendo em conta, por exemplo: a duração; a regularidade; as condições e as razões da permanência da criança e da família no território de um Estado-Membro ou mudança para outro Estado-Membro; a nacionalidade da criança; o local e as condições de escolaridade; os conhecimentos linguísticos; os laços familiares e sociais da criança naquele Estado; a intenção do responsável parental em se fixar com a criança noutro Estado-Membro expressa por certas medidas exteriores, como a aquisição ou a locação de uma habitação no Estado-Membro de acolhimento, que pode ser um indício da transferência da residência habitual, ou o pedido de atribuição de uma habitação social dirigido aos serviços sociais de um Estado-Membro; a vontade do interessado de aí fixar, com intenção de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses...²¹ Este conjunto de indícios permitirão aferir se a presença da criança num certo Estado-Membro é temporária ou se, pelo contrário, é uma residência habitual, sendo que apenas esta última releva para a determinação do foro internacionalmente competente.

Ora, no primeiro caso, a criança nasceu no Luxemburgo, onde sempre residiu e onde residia à data da instauração do processo. Residia com a sua mãe no Luxemburgo desde o seu nascimento, mãe que era o progenitor que cuidava da criança, e frequentava uma creche nesse país. Parece claro, tendo em conta os indícios apresentados no caso que o lugar que revela uma certa integração da criança num ambiente social e familiar, apresentando uma certa estabilidade ou regularidade que se traduz pelos indícios recolhidos do caso concreto, é o Luxemburgo. Aí a criança desenvolveu relações sociais e familiares estáveis e regulares que legitimam a intervenção dos tribunais luxemburgueses para analisar a situação, o estado de desenvolvimento da criança, as condições sociais e familiares em que a criança vive e para decidir uma ação de responsabilidades parentais relativamente à mesma. Além disso, dos dados apresentados no caso não há indícios da integração da criança em Portugal num ambiente social e familiar, apresentando uma certa estabilidade ou regularidade, como exige o conceito de residência habitual para efeitos do Regulamento. Logo, o tribunal português, nos termos do artigo 17.º do Regulamento Bruxelas II *bis*, deve declarar-se oficiosamente incompetente.

No segundo caso, verifica-se a presença física da criança em Portugal, sendo necessário apurar se esta seria uma residência temporária ou uma residência habitual, de acordo com a noção desenvolvida pelo TJUE. As circunstâncias do caso concreto indicam que a permanência física da criança em Portugal revestia uma natureza temporária. De facto, a criança, aquando da separação dos pais e por acordo destes, ficou a viver com a mãe e com a irmã em Itália, onde residiu de forma estável e regular, desde o seu nascimento até março de 2013. Para permitir a preparação da mãe para um exame, com dois anos desloca-se a Portugal, com o fim de aqui passar um curto período de tempo, indiciando todos os elementos do caso que seria uma estadia temporária, aspeto que estava presente no acordo dos pais. Esta estadia fora de Itália

¹⁹ Sublinhando que a presença física pode corresponder a uma residência temporária, v. a decisão do TJUE, *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, proc. C-523/07, cit., § 38; *C. c. M*, cit., § 51.

²⁰ Assim afirmado pelo TJUE no caso *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, cit., § 44.

²¹ Entre outros indícios que podem resultar do caso concreto: TJUE, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, cit., § 53-56; *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, proc. C-523/07, cit. §, 44; *C. c. M*, cit., § 52.

é prolongada, em primeiro lugar, para que a criança possa conviver com os avós paternos e, posteriormente, para que a criança possa conviver com a família alargada do pai, no Brasil. Também o prolongamento da ausência física da criança fora de Itália teve o consentimento de ambos os pais e na base da autorização estava a natureza temporária daquela ausência. Tendo em conta a duração e as razões da presença física da criança em Portugal, a intenção de que a estadia em Portugal seria temporária, subjacente ao acordo dos pais, os laços familiares e sociais da criança ao Estado italiano, onde a criança nasceu e viveu com a mãe e a irmã até à deslocação temporária para Portugal, temos de concluir pela localização da residência habitual da criança em Itália, pois é o local onde se situa a residência da criança que se caracteriza por uma certa estabilidade ou regularidade. Logo, nos termos do artigo 17.º do Regulamento, o tribunal português, verificando que a competência é de um tribunal de outro Estado-Membro, deve declarar-se oficiosamente incompetente.

Os terceiro e quarto casos apresentados têm algo em comum (que *infra* também existir no segundo caso) que é a existência de uma deslocação ou retenção ilícitas de crianças. Nestes casos, é importante ter em atenção o regime previsto no artigo 10.º. De acordo com esta norma, os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ilícita continuam a ser competentes após essa deslocação ilícita, até que esta disponha de outra residência habitual noutro país da União, o que apenas sucede nas circunstâncias previstas nas diversas alíneas da referida norma.

Para que exista a transferência lícita da residência habitual da criança para outro Estado-Membro, segundo a alínea a) do artigo 10.º, é necessário que exista o consentimento quanto à deslocação ou retenção da pessoa que tenha o direito de guarda da criança, o que não sucedeu em nenhum dos três casos. Em alternativa, de acordo com a alínea b) do artigo 10.º, verifica-se a transferência da residência habitual se a criança tiver estado a residir noutro Estado da União durante um ano após o titular do direito de guarda ter tomado conhecimento do seu paradeiro (ou devesse ter tomado) e se encontre integrada no seu novo meio, desde que:

Nesse período o titular do direito de guarda não tenha pedido o regresso da criança às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida (i);

Ou tenha desistido do pedido de regresso e não tenha apresentado pedido análogo no mesmo período (ii);

Ou o processo que visa prover ao regresso da criança tenha sido arquivado nas condições do artigo 11.º, n.º 7 (iii);

Ou os tribunais da residência habitual de origem da criança profiram uma decisão sobre a guarda da mesma, sem que esta implique o regresso da criança (iv).

Ora, nenhuma das circunstâncias referidas sucede nos casos apresentados: no caso 2, como referimos *supra*, findo o período acordado com o pai para a permanência da criança em

Portugal, em outubro de 2013, a mãe pediu o regresso da criança; no caso 3, a criança é retirada com recurso à força do convívio com o seu pai e trazida para Portugal, tendo o pai imediatamente encetado todas as diligências para o regresso da criança à Polónia; no caso 4, também o pai pede o regresso da filha a Portugal.

Logo, nos terceiro e quarto casos, apesar de a criança ter sido deslocada fisicamente para Portugal e para a Lituânia respetivamente, o país da residência habitual antes da deslocação ilícita mantém a competência resultante do artigo 8.º para decidir as matérias de responsabilidade parental relativas à criança, decidindo o regime ou alterando-o. No terceiro caso, a criança sempre residiu na Polónia, país de onde foi retirada com recurso à força. Foram os tribunais polacos, com base na residência habitual da criança, que decidiram o regime das responsabilidades parentais relativamente àquela criança. Ora, nos termos do artigo 10.º, os tribunais da residência habitual da criança antes da deslocação mantêm competência até a criança passar a ter legalmente residência em outro Estado-Membro, o que apenas sucede nos casos previstos nas alíneas da norma. Não estando nenhuma das alíneas preenchidas, os tribunais polacos mantêm competência para decidir o pedido de alteração das responsabilidades parentais. No quarto caso, os tribunais portugueses mantêm também competência para alterar o regime de responsabilidades parentais que os pais tinham estabelecido por acordo, enquanto tribunais da residência habitual da criança antes da deslocação ilícita, sendo Portugal o lugar que traduz a integração social e familiar da criança com uma certa estabilidade ou regularidade, nos termos do artigo 8.º e do artigo 10.º do Regulamento.

4. Deslocação ou retenção ilícitas de crianças

O regime da deslocação ou retenção ilícitas de crianças está previsto em dois instrumentos legislativos: no Regulamento Bruxelas II *bis* e na *Convenção de Haia de 1980 relativa aos Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (Convenção de Haia). As disposições previstas no Regulamento visam completar a Convenção de Haia (considerando 17 e artigo 11.º, n.º 1) e ultrapassar as deficiências que a aplicação desta revelou, nomeadamente, no plano da efetividade das decisões de regresso. Consequentemente, o artigo 60.º, al. e) do Regulamento estabelece que este, nas matérias que disciplina, prevalece sobre a Convenção de Haia de 1980, sendo certo que o sistema previsto no Regulamento implica o recurso àquela Convenção.

Como ponto preliminar temos de determinar o conceito de deslocação ou retenção ilícitas de criança para efeitos de aplicação do Regulamento, sendo para isso necessário recorrer novamente ao artigo 2.º, pois, como referimos, os conceitos utilizados no Regulamento são objeto de uma interpretação autónoma.

O conceito de deslocação ou retenção ilícitas, previsto no artigo 2.º, n.º 11, do Regulamento, acompanha a noção presente no artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980²², sendo considerada ilícita aquela deslocação ou retenção de uma criança que:

«a) [V]iole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e

b) [N]o momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção».

Acrescenta ainda a parte final do artigo 2.º, n.º 11, b), que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental.

Assim sendo, estaremos perante uma deslocação ou retenção ilícitas de crianças quando, através da deslocação ou retenção, é violado um direito de guarda. A noção de direito de guarda está prevista no artigo 2.º, n.º 9, do Regulamento [coincidindo também com a noção prevista no artigo 5.º, al. a), da Convenção de Haia], compreendendo os direitos referentes à assistência e cuidados da pessoa da criança, sendo que um deles é o direito de determinar a residência habitual da criança.

Por fim, quanto à aquisição do direito de guarda, de acordo com o artigo 2.º, n.º 11, é o direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência antes da deslocação ilícita que determina em que condições se verifica a aquisição do direito de guarda da criança por parte do pai ou pais²³.

Ora, no caso 2, a permanência da criança em Portugal após outubro de 2013 configurou uma retenção ilícita. Nos termos artigo 2.º, n.º 11, alínea a), é o direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência antes da deslocação ilícita que determina em que condições se verifica a aquisição do direito de guarda da criança por parte do pai ou pais, logo será o direito italiano que irá estabelecer as condições de aquisição do direito de guarda da criança, sendo que o direito de guarda compreende o direito de determinar a residência habitual da criança. Ora, resulta do artigo 316.º do *Codice Civile* italiano que a residência habitual é estabelecida de comum acordo pelos pais, como foi no caso concreto em Itália. Em consequência, a retenção da criança em Portugal nas circunstâncias descritas constituiria uma retenção ilícita da mesma, não se verificando, no caso, nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 10.º e que, numa situação de deslocação ilícita da criança, permitem que se verifique a transferência da residência habitual da criança para outro Estado-Membro. Situação idêntica se verifica no caso

²² Sobre o sistema da Convenção de Haia de 1980 e as diferenças face ao Regulamento Bruxelas II bis, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, "Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II bis", Cit., pp. 173-186.

²³ Que pode depender inclusivamente de uma decisão de um tribunal que atribua o direito de guarda: TJUE, *J.McB. c. L.E.*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/PPU, considerando 43.

3, com a variável de ter sido o tribunal polaco a atribuir o direito de guarda ao pai, constituindo a deslocação da criança sem autorização do pai para Portugal uma violação desse direito. O mesmo sucede no caso 4 em que existia o exercício conjunto das responsabilidades parentais, logo as questões de particular importância deveriam ser decididas em comum por ambos os progenitores, salvo em casos de urgência manifesta, nos termos do artigo 1906.º, n.º 1. Ora, a decisão de alterar o país de residência habitual da criança não é uma questão da vida corrente do filho a ser decidida apenas pelo progenitor que com ele reside. Devido ao impacto que a decisão de mudar a residência habitual da criança para o estrangeiro tem na vida e estabilidade da criança, esta deve ser considerada uma questão de particular importância a ser decidida por acordo por ambos os progenitores ou, na ausência de acordo, através de intervenção judicial²⁴. Assim resulta de uma decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 2012, onde se pode ler que «[é] evidente que a decisão de fazer a menor abandonar o país onde vivia e ir para outro país, à revelia da vontade do outro progenitor é, não só ilegal como profundamente contrária aos interesses da menor, que se vê privada do relacionamento com ambos os progenitores»²⁵.

Quanto ao procedimento a adotar em caso de deslocação ou retenção ilícitas de crianças, de acordo com o artigo 8.º da Convenção de Haia de 1980, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode reportar esse facto junto às autoridades competentes do Estado da residência habitual da criança (autoridade central) ou de outro Estado contratante da Convenção de Haia, pedindo assistência para garantir o regresso da criança – pedido este que deve ser acompanhado dos elementos previstos na segunda parte da norma. A autoridade central que foi informada daquele facto deve transmiti-lo à autoridade central do Estado contratante onde a criança se encontra (artigo 9.º da Convenção de Haia de 1980), que deve tentar promover as medidas necessárias para o regresso voluntário da criança (artigo 10.º da Convenção de Haia de 1980). Neste âmbito, o artigo 11.º da Convenção de Haia de 1980 impõe às autoridades judiciais ou administrativas dos Estados contratantes a obrigação de adotar procedimentos de urgência para o regresso da criança.

O artigo 11.º do regulamento Bruxelas II *bis*, aplicável quando o titular do direito de guarda pede às autoridades competentes de outro Estado-Membro uma decisão de regresso de uma criança ilicitamente retida ou deslocada nesse Estado com base na Convenção de Haia de 1980, também tem como objetivo estabelecer um procedimento urgente. Por isso, o artigo 11.º, n.º 3, do Regulamento Bruxelas II *bis* determina que o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo pronunciar-se em relação a um pedido de regresso no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido²⁶. Este é um prazo

²⁴ ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 65; HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 196, n. 24; p. 127, n. 25

²⁵ Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 3380/11.9TBCSC.L1-8, Relator António Valente, de 16-02-2012. No mesmo sentido, v. também a decisão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 0434117, Relator Teles de Menezes, de 16-09-2004.

²⁶ Exceto em circunstâncias extraordinárias que impeçam o cumprimento deste prazo, que poderão consistir, por exemplo, na dificuldade de encontrar a criança. O Regulamento não tem uma sanção para o não cumprimento do prazo em causa, todavia, poderemos ponderar nestes casos a responsabilidade civil do Estado não cumpridor. Com

imperativo, relativamente curto, que tem em conta que o tempo de maturidade e desenvolvimento das crianças é diferente em relação aos adultos. Basta pensarmos no exemplo de uma criança de um ano de idade que, no espaço de tempo de um ano, desenvolve as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas.

Deste pedido deve resultar uma decisão de regresso da criança ao país da residência habitual de origem, mas pode também resultar uma decisão de retenção²⁷, com base num dos fundamentos previstos no artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Muito brevemente, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção o facto de o regresso representar um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou colocar a criança numa situação intolerável [artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia]. O regulamento Bruxelas II *bis* fixa, no entanto, um limite à invocação do artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, como fundamento de uma decisão de retenção, no seu artigo 11.º, n.º 4: o argumento de que regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável [artigo 13.º, al. b) da Convenção de Haia de 1980] não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a proteção da criança após esse regresso.²⁸ Outro fundamento de retenção é a oposição da criança ao regresso, desde que esta já tenha uma idade e um grau de maturidade que permita dar relevância à sua recusa de regresso (artigo 13.º, terceiro parágrafo da Convenção de Haia de 1980)²⁹ e desde que a criança possa exprimir livremente a sua opinião e sem imposição de vontade alheia.³⁰ Outro fundamento que pode sustentar a decisão de retenção é a prova de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exerça efetivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido nessa deslocação, segundo a al. a) do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980³¹.

O artigo 11.º, n.º 5, do regulamento Bruxelas II *bis* salvaguarda a posição da pessoa que fez o pedido de regresso, uma vez que estabelece que o regresso da criança não pode ser recusado se a pessoa que fez o pedido não tiver tido oportunidade de ser ouvida. Para este efeito, e tendo em conta os prazos curtos estabelecidos pelo Regulamento, esta audição deve ser realizada de forma rápida e eficaz, podendo o tribunal recorrer aos meios previstos no Regulamento 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

esta opinião, E. PATAUT, "Artigo 11" in *Brussels II bis Regulation*, ed. U. Magnus/P. Mankowski, (Munich: Sellier European Law Publishers, 2012), 135.

²⁷ Sobre o valor executório da decisão a proferir no espaço de seis semanas, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», Cit., pp. 136-137.

²⁸ Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adotadas medidas adequadas de proteção no Estado-Membro de origem, sublinha a Comissão Europeia, no *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., 37, o papel determinante de assistência que podem desempenhar as Autoridades Centrais do Estado de origem.

²⁹ Era este o motivo que fundamentava a decisão de recusa no caso decidido pelo TJUE, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, de 22 de dezembro de 2010, proc. C-491/10PPU.

³⁰ Neste sentido, A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Cit., 461.

³¹ Com maior desenvolvimento sobre os motivos que podem fundamentar uma decisão de recusa, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», Cit., pp. 137-139; *idem*, «Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II *bis*», Cit., pp. 180-181.

comercial, como é sugerido no Guia prático sobre a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis*,³² nomeadamente «[o] recurso à videoconferência e à teleconferência, previsto no n.º 4, do artigo 10.º do citado regulamento».³³

Se o tribunal do Estado onde a criança está deslocada decide reter a criança ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980 deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as atas da audiência, que devem ser recebidos no prazo de um mês a contar da decisão, de acordo com o artigo 11.º, n.º 6. Em seguida, o tribunal da residência habitual de origem da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes no prazo de três meses após a notificação (artigo 11º, n.º 7). Após a apreciação destes elementos, o tribunal da residência habitual de origem da criança pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança. De acordo com o artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento Bruxelas II *bis* esta última decisão de regresso é automaticamente reconhecida e executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração posterior que lhe reconheça essa força no país onde se pretende que seja executada (supressão de *exequatur*) e sem que possa ser contestada. Para tal, como determina o artigo 42.º, n.º 2, do regulamento Bruxelas II *bis* é necessário que o juiz do Estado-Membro de origem emitida a certidão prevista no anexo IV do regulamento, cujas condições de emissão estão descritas na referida norma³⁴. No procedimento descrito deve-se proceder ainda à audição da criança, salvo no caso de se considerar desajustado tendo em conta a idade ou maturidade da mesma (artigo 11.º, n.º 2).

5. Litispendência

O segundo caso tem ainda uma outra especificidade que deve ser assinalada. A ação de regulação das responsabilidades parentais foi instaurada em tribunais portugueses pelo pai em 13 de dezembro de 2013. Porém, em momento anterior, em 13 de novembro de 2013, a mãe tinha instaurado no Tribunal de Milão (em Itália) uma ação de regulação das responsabilidades parentais referentes à mesma criança. Ora, parece-nos estar aqui em causa uma situação de litispendência, regulada no artigo 19.º do Regulamento.

A exceção de litispendência ocorre quando tenham sido instauradas ações relativas à responsabilidade parental em relação a uma criança, que tenham o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, em tribunais de Estados-Membros diferentes (artigo 19.º, n.º 2, 1.ª parte) e que sejam ambas sobre «(...) o mérito em matéria de responsabilidade parental»³⁵, ou seja, ambas devem consistir na regulação das responsabilidades parentais³⁶. O *mesmo pedido* e a *mesma causa de pedir*, conceitos presentes nesta norma, devem ter uma interpretação

³² Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, Cit., 37.

³³ *Idem, ibidem*.

³⁴ Para uma visão mais pormenorizada sobre o sistema presente no Regulamento Bruxelas II *bis*, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», Cit., pp. 124-147.

³⁵ De acordo com COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, Cit., p. 39.

³⁶ Não é necessário que as ações sejam instauradas entre as mesmas partes, segundo decisão do TJUE, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*, proc. C-296/10, de 9/11/2010, § 65.

autónoma, de acordo com os objetivos do artigo 19.º, n.º 2. Ora, as normas referentes à litispendência têm como objetivo acautelar a existência de processos paralelos a decorrer em países diversos que podem dar origem a decisões contraditórias, em nome de uma boa administração da justiça³⁷. Assim sendo, considerou o TJUE que, consistindo o objeto do litígio na finalidade da ação, «[p] ara verificar se dois pedidos têm o mesmo objeto, há que ter em conta as pretensões de cada um dos demandantes em cada um dos litígios»³⁸. Já a causa de pedir abarca os factos e as disposições legais invocados como fundamento da ação³⁹.

Nos casos de litispendência, o tribunal onde foi instaurado o processo em segundo lugar deve suspender oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar (artigo 19.º, n.º 2, 2.ª parte). Quando estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar, o tribunal onde foi instaurado o processo em segundo lugar deve declarar-se incompetente (o processo instaurado em segundo lugar pode ser submetido pelo requerente à apreciação do tribunal em que a ação foi instaurada em primeiro lugar, nos termos do artigo 19.º, n.º 3, 2.ª parte). Neste caso, o segundo tribunal apenas pode prosseguir com o processo se o primeiro tribunal decidir pela sua incompetência ou decidir transferir o processo, de acordo com o regime do artigo 15.º, desde que o segundo tribunal aceite a transferência⁴⁰.

Assim, tendo sido instaurado em tribunal português uma ação relativa ao mérito das responsabilidades parentais relativamente à mesma criança, e com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir de outra ação previamente proposta em tribunais italianos, o tribunal português deve suspender a instância até que seja estabelecida a competência dos tribunais italianos. Nessa altura, os tribunais portugueses devem declarar-se internacionalmente incompetentes.

Para apurar a situação de litispendência, o TJUE elenca várias opções: o segundo tribunal pode, de acordo com os meios previstos no seu direito nacional, interpelar a parte que alega a litispendência sobre a existência do litígio e conteúdo do pedido; ou, partindo da ideia de cooperação e confiança mútua entre os tribunais dos vários Estados-Membros, subjacente ao Regulamento Bruxelas II *bis*, o segundo tribunal pode alertar o primeiro sobre a possibilidade de litispendência e solicitar a comunicação das informações referentes à acção que nele está pendente e, ou pedir que tome posição em relação à sua competência, ou que o informe da posição já tomada a este respeito; por fim, o segundo tribunal pode recorrer à autoridade central do seu Estado com vista à obtenção das informações necessárias⁴¹. Apenas se o segundo tribunal não dispuser de elementos que lhe permitam concluir pela existência da exceção de litispendência, apesar de todas as diligências por si desenvolvidas, e, «(...) em razão de circunstâncias particulares, o interesse da criança exigir a adoção de uma decisão suscetível de reconhecimento em Estados Membros diferentes do Estado Membro do segundo tribunal»⁴², poderá o segundo tribunal, após o decurso de um prazo razoável de espera de

³⁷ TJUE, *Bianca Purrucker*, cit., § 64; A c. B, proc. C-489/14, de 6/10/2015, § 29.

³⁸ TJUE, *Bianca Purrucker*, cit., § 68.

³⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*, cit., p. 39.

⁴¹ TJUE, *Bianca Purrucker*, cit., § 81.

⁴² TJUE, *Bianca Purrucker*, cit., § 86.

resposta às solicitações efetuadas, prosseguir com a apreciação da ação⁴³. O prazo razoável de espera deve ter em conta o superior interesse da criança, sendo, por isso, variável em função das circunstâncias do caso, mas um dos elementos a ter em conta é a idade da criança⁴⁴.

⁴³ *Idem, ibidem.*

⁴⁴ Especificamente a pouca idade da criança que exigirá uma resolução mais célere do litígio: TJUE, *Bianca Purrucker, cit.*, § 83.

Título:

Direito Internacional da Família

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-31-5

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt