

ENCONTRO CIÊNCIA 2020

O novo regulamento (UE) relativo a competência jurisdicional em matéria matrimonial, e em matéria de responsabilidade parental (2019/1111, de 25 de junho):

Regimes provisórios de regulação e de alteração de regulação do exercício de responsabilidades parentais de acordo com o direito nacional e a alteração da competência jurisdicional na UE

Ana Sofia Gomes
Universidade Lusíada de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidades parentais; 3. Competência jurisdicional; 4. Regulação de Responsabilidades Parentais; Conclusões.

1 . Introdução

No ano pregresso, foi publicado um novo regulamento da União Europeia em Direito Internacional Privado, o regulamento (UE) N.º 2019/1111 de 25 de junho de 2019 do Conselho relativo á competência, ao reconhecimento e á execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional e crianças (Regulamento Bruxelas II *bis* reformulado). Este regulamento reformula o regulamento 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, consagrando normas de competência uniforme em matéria de divórcio, separação ou anulação do casamento, bem como regras para dirimir litígios em matéria de responsabilidade parental que impliquem um elemento internacional. No que respeita ás responsabilidades parentais, o regulamento aplica-se ao direito de guarda e ao direito de visita; à tutela, à curatela e a outras instituições análogas, à designação e às funções de qualquer pessoa ou organismo encarregado da pessoa ou dos bens de uma criança, de a representar ou assistir, à colocação de uma criança ao cuidado de uma instituição ou de uma família de acolhimento e às medidas de proteção da criança relacionadas com a administração, conservação ou disposição dos bens de uma criança. O regulamento mantém, assim, em linhas gerais, o âmbito de aplicação material do anterior regulamento, prevendo normas

de competência, de reconhecimento e de execução de decisões em matéria matrimonial, em matéria de responsabilidade parental e ainda quanto ao rapto internacional de crianças. No entanto, este normativo reformulado, introduz uma nova abordagem que permite alcançar uma justiça mais eficiente no seu âmbito de aplicação material, através do reforço da cooperação entre Estados-Membros, facilitando a circulação das decisões, dos atos autênticos e de determinados acordos na União Europeia, estabelecendo disposições sobre o seu reconhecimento e execução nos outros Estados-Membros.

Apesar das inovações, o regulamento *sub iudice*, mantém algumas incongruências na sua relação com disposições de direito processual interno dos Estados-Membros, particularmente, no que respeita á regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais em Portugal. Trata-se de um assunto de extrema relevância social e jurídica, sobretudo em face do constante crescimento de fluxos migratórios, fruto da globalização, com algumas particularidades assinaláveis e cujo conteúdo, tem, em alguns aspetos, sido determinado por recurso á atividade interpretativa do Tribunal de Justiça da União Europeia. Fora do âmbito material de aplicação supramencionado (União Europeia), a matéria é suscetível de regulação por fontes de direito internacional privado diversas das aqui consideradas.

Restringindo-se o objeto da presente comunicação à alteração da competência jurisdicional na União Europeia, fruto de uma decisão provisória de regulação de responsabilidades parentais, na qual o tribunal português autoriza a fixação ou alteração de residência da criança noutro Estado-Membro da União Europeia, tomar-se-ão apenas em consideração as deslocações internacionais licitas de crianças no território europeu.

O aumento substancial de deslocações licitas de menores, aparece estreitamente associado a um aumento da disfuncionalidade das famílias, sendo impulsionado por circunstâncias económicas desfavoráveis em face do panorama de crise instaurado na Europa e particularmente em Portugal, desde a década pregressa. A regulação do exercício das responsabilidades parentais, com ou sem elementos de estraneidade, assume, assim, uma importância crescente, no enquadramento da vida familiar, quer a propósito da crise matrimonial, ou da anulação do casamento, quer a respeito da cessação de situações de união de fato, quer ainda em situações de inexistência de coabitação entre os progenitores. Salienta-se que no direito interno existe um regime unitário, quer relativo à determinação da competência judicial, quer relativo à lei aplicável. A regulação desses aspetos, ao nível da União Europeia, encontra-se fraturada, mesmo considerando apenas a regulação das responsabilidades parentais, existindo um regulamento que prevê as

regras relativas á determinação da competência jurisdicional em geral para essa regulação -o regulamento em análise-, e outro quanto aos alimentos devidos aos menores (Regulamento (UE) n.º 4/2009). Neste último caso, trata-se de um regulamento que incide também sobre a matéria da lei aplicável, inexistindo, por ora, qualquer normativo supraestadual, oriundo da União Europeia, que unifique a matéria da lei aplicável á regulação das responsabilidades parentais transnacionais, aplicando-se á generalidade das situações o disposto no artigo 16.º da Convenção da Haia de 1996, e residualmente a norma de conflitos de origem estadual, contida no artigo 57.º do Código Civil português.

2. Responsabilidades Parentais

Do difundido conceito de poder paternal, enraizado no nosso ordenamento jurídico desde a entrada em vigor do Código Civil de 1867, passou o nosso legislador a preferir o conceito de responsabilidades parentais, que adotou no artigo 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. A circunstância de o legislador apenas ter perspetivado a alteração mencionada no código civil, não afastava a necessidade de aplicação da nova terminologia a todo o direito das crianças existente, alargando-se a sua utilização ao direito adjetivo através da aprovação do Regime Geral do processo Tutelar Cível (RGPTC).

No entanto, os conceitos não são unívocos.

No direito português, o conteúdo das responsabilidades parentais vem definido no artigo 1878.º do Código Civil, nele se incluindo a obrigação cometida aos titulares das responsabilidades parentais de proverem à segurança, à saúde, educarem, sustentarem, representarem, ainda que nascituros, e administrarem os bens dos seus filhos, praticando todos os atos necessários, tendo em vista a prossecução de tais finalidades.

Em face do direito da União Europeia, a primeira consagração de um conceito de responsabilidades parentais teve lugar com o Regulamento Bruxelas II bis, em termos próximos aos que hoje prescreve o artigo 2.º, n.º 2, alínea 7.ª do Regulamento Bruxelas II bis reformulado e de forte inspiração no texto da Convenção da Haia de 1996. Atualmente e nos termos do regulamento supra, entende-se como responsabilidade parental “o conjunto dos direitos e obrigações relativo à pessoa ou aos bens de uma criança, conferido a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor, nomeadamente o direito de guarda e o direito de visita.”

3. Competência Jurisdicional

A competência jurisdicional ao nível interno, encontra-se regulada pelo Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

As ações de regulação do exercício das responsabilidades parentais (artigos 34.º e ss.), de alteração de anterior regime em vigor (artigo 42.º), ou relativas a decisões provisórias e cautelares (artigo 28.º), são da competência do tribunal da residência da criança no momento em que o processo foi instaurado (artigo 9.º), ou de qualquer das suas residências no caso de se encontrar em execução um regime de residência alternada.

Tal solução corresponde ao critério geral de competência consagrado no Regulamento Bruxelas II *bis* reformulado. A proximidade do tribunal relativamente aos factos de que deve tomar conhecimento, da qual se extrai a sua autoridade para sobre os mesmos melhor ponderar a situação e interesse da criança e de intervir com rapidez e eficácia numa situação em que a mesma careça de proteção, funciona como critério de determinação de competência tanto ao nível interno, quanto ao nível da União Europeia.

Determinada a competência jurisdicional, a mesma mantém-se ainda que venha a alterar-se a residência da criança após a instauração da competente ação, ao nível interno, podendo sofrer alterações ao nível da competência na União Europeia. Para além da determinação da competência jurisdicional, existe, também, nesta matéria, uma unidade ou coincidência entre a competência jurisdicional e a lei aplicável, consagrada como regra geral, que é também a lei vigente no Estado do foro, aplicando-se o artigo 16.º Convenção da Haia de 1996, resultando desta combinação, o princípio da combinação entre ambas competências.

3.1. Residência Habitual

A fixação da competência jurisdicional a favor do tribunal da residência habitual da criança, impõe, desde logo, a necessidade de determinação do que deva entender-se como tal. Nesta matéria, impõem-se duas precisões de princípio. A primeira, no sentido de que tratando-se de um conceito plasmado num diploma da União Europeia, o seu sentido e alcance deve ser fixado autonomamente em relação ao conceito consagrado no Estado-Membro no qual a questão é objeto de apreciação, posto que tal princípio interpretativo dos normativos europeus se aplica também a este regulamento.

A segunda precisão, resultante também ela da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, implica o estabelecimento de uma noção que limita o alcance da sinergia interpretativa em relação a todos os preceitos contidos nos diversos normativos europeus.

Neste caso singular, o conceito de residência habitual, tal como interpretado relativamente a outras matérias deste ordenamento jurídico supranacional, não é suscetível de ser transposto diretamente para este âmbito. Trata-se, no caso vertente, de um conceito duplamente autónomo, cuja interpretação fica em última análise, cometida ao Tribunal de Justiça por via da formulação de questões prejudiciais em sede de reenvio prejudicial, mas cuja subsunção e concretização é da competência do tribunal nacional. Entendimento diverso levaria a uma substituição da instância nacional pela supranacional na subsunção dos factos ao direito, quando a competência cometida à instância supranacional é, neste âmbito, apenas de interpretação de normativos da UE.

A aplicação de um ou de outro diploma, depende, nesta fase, da existência de uma relação puramente interna, ou de uma relação transnacional. No primeiro caso, a competência é exclusivamente aferida pela legislação nacional, no segundo, é determinada pelo regulamento *sub iudice*. Vem entendendo o Tribunal de Justiça da união Europeia desde o Acórdão C-527/07, de 2 de abril de 2009, que “[o] conceito de «residência habitual», na acepção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar. Para esse fim, devem ser tidas em consideração, nomeadamente a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território de um Estado-Membro e da mudança da família para esse Estado, a nacionalidade do menor, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que o menor tiver no referido Estado. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional determinar a residência habitual do menor tendo em conta o conjunto das circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto.” Desta jurisprudência se fez eco em variadas decisões dos tribunais superiores portugueses, designadamente no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de julho de 2016, no Processo n.º 1691/15.3T8CHV-A.G1) que considerou que “[p]ara efeito de aferição da competência internacional do tribunal, em matéria de regulação da responsabilidade parental, o conceito de residência habitual do menor deve ser interpretado, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que essa residência corresponde ao lugar que traduz uma certa integração da criança num ambiente social e familiar.” Mais recentemente e confrontando com um processo de cuja factualidade resultaria que havia sido acordado o casamento do cônjuge marido, cidadão britânico, com a cônjuge mulher, cidadã bangladechiana, entre as respetivas famílias, passando esta a residir no Reino Unido. O casal residia

em Inglaterra até que, já em avançado estado de gravidez, a progenitora terá, alegadamente, sido vítima de coação exercida pelo seu marido no sentido de a mesma se deslocar na companhia daquele, para o Bangladeche, onde deu à luz. Após o nascimento, o progenitor regressou à sua casa, sem mais se interessar pela mulher e pelo filho. Tendo sido solicitado o reenvio prejudicial relativamente à questão de saber se se podia ter uma criança por residente habitual no Reino Unido, sem a mesma aí ter estado, à semelhança do que sucede com o conceito de domicílio legal nesse ordenamento jurídico, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 8.º do Regulamento (EU) n.º 2201/2003, deve ser interpretado no sentido de que uma criança deve ter estado fisicamente presente num Estado-Membro para que se possa considerar que reside habitualmente nesse Estado-Membro, na aceção dessa disposição. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 2018, no processo C-393/18 PPU.

O conceito de residência habitual, deve assim enquadrar, quer um elemento material que traduz a ligação de carácter duradouro, sem qualquer delimitação temporal, quer a ligação qualitativa, e ainda um elemento intencional, que pode intervir apenas para confirmação da estabilidade da residência.

Em aplicação destas linhas orientadoras, não é de reconhecer, por via de regra, a competência jurisdicional do tribunal correspondente ao local onde foi estabelecida uma residência habitual recente, mas apenas de entender que tal competência se mantém a favor dos tribunais do Estado da residência habitual.

4. Regulação das responsabilidades parentais

Independentemente de a situação real da vida a regular se apresentar como uma situação puramente interna ou transnacional, a tramitação processual da regulação do exercício das responsabilidades parentais em Portugal, decorre das previsões contidas no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, o qual regula quer os processos de regulação (artigo 34.º e ss), quer de alteração (artigo 42.º), quer a título provisório (artigo 28.º), quer a título definitivo,

Na regulação das responsabilidades parentais determina-se com que progenitor a criança fica a residir, ou em regime de residência alternada, que fica a residir com ambos (artigo 1906.º do C.C.).

No caso de não existir qualquer regulação prévia, o pedido agora formulado, abrange todos os aspetos necessários à garantia da tutela dos superiores interesses da criança:

exercício de responsabilidades parentais em comum, residência, regime de visitas, pensão de alimentos (artigos 1905.º e 1906.º do C.C.). No caso de um dos progenitores pretender estabelecer residência fora do território português, e nesses termos solicitar que a residência da criança seja fixada fora de Portugal, a título provisório e a título definitivo nesses autos, demonstrará quais as condições de vida de que a criança beneficiará no estado para o qual pretende deslocá-la licitamente. Sem prejuízo de o tribunal dever lançar mão do Regulamento (CE) N.º 1206/2001 do Conselho de 28 de maio de 2001 relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial. Tratando-se de uma decisão provisória que permite a alteração da residência da criança, mantendo-se a residência com o mesmo progenitor, para outro Estado-membro da União Europeia, proferida pelo tribunal do Estado da residência habitual da criança, haveria de se lhe seguir uma decisão definitiva.

As implicações efetivas de tal decisão urgente, proferida por despacho judicial, ao nível de uma relação transnacional, devem resultar do normativo aplicável ao caso. A prolação de um despacho judicial, para feitos do Regulamento Bruxelas I bis reformulado, tem o valor de uma decisão. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 2.º “(...) entende-se por «decisão» uma decisão proferida por um tribunal de um Estado-Membro, incluindo qualquer acórdão, sentença ou despacho judicial que decreta o divórcio, a separação ou a anulação do casamento ou relativa à responsabilidade parental.” A equiparação de todos estes atos decisórios, tem em vista facilitar a interpretação e a aplicação do regulamento e superar dificuldades resultantes de diferenças terminológicas existentes no direito interno dos Estados-Membros.

A situação transnacional *ab initio* ou a situação que adquire tal natureza na sequência da decisão que autoriza a criança a passar a residir habitualmente noutra Estado-Membro, suscita o problema superveniente da competência do tribunal que proferiu tal decisão, ainda que a título provisório. Essa situação, passa a estar sujeita, em consequência dessa alteração lícita da residência da criança para outro Estado-Membro, ao regime do Regulamento Bruxelas II bis reformulado. O artigo 8.º desse normativo, prevê um prolongamento da competência a favor do tribunal da anterior residência habitual da criança, durante um período de três meses após a deslocação lícita, para alterarem a decisão quanto a direito de visita proferida nesse Estado-

Membro antes da deslocação da criança, na condição de a pessoa a quem foi reconhecido esse direito, continuar a residir habitualmente no Estado-membro da anterior residência habitual da criança. Este prolongamento de competência a favor do tribunal da anterior residência habitual da criança, em nada interfere com a decisão tomada no âmbito da alteração da residência. Esta restrição, tem em vista fazer funcionar, quanto aos demais aspetos da regulação do exercício das responsabilidades parentais, o critério normal de determinação da competência relativa ao tribunal da nova residência habitual da criança. Quanto à decisão sobre a nova residência habitual da criança, e considerando a sua fixação lícita, nos termos supra identificados, a questão, se não estivesse já, passa a estar sob a alçada do regulamento Bruxelas II bis reformulado, o qual reduz os poderes cognitivos do tribunal da anterior residência habitual da criança à possibilidade de alteração da decisão, apenas quanto ao direito de visita. Todas as demais questões relacionadas com as responsabilidades parentais são da competência do tribunal da nova residência habitual da criança, nos termos do critério geral, estabelecido no artigo 7.º.

Neste sentido, e considerando o superior interesse da criança que subjaz a todas as decisões que lhe digam respeito, mal se compreenderia que a competência se mantivesse no tribunal da anterior residência habitual, passando antes para o tribunal da nova residência habitual, conforme considerando 20.º. Mal se compreendendo, assim o teor do considerando 21.º, ao prever que por razões de segurança jurídica e de eficiência da justiça se justifica para os processos já em curso, que a competência seja mantida até que os mesmos culminem numa decisão definitiva ou sejam arquivados por qualquer causa. Isto porque, o prolongamento de competência se encontra previsto apenas quanto ao direito de visita e nesse caso, de acordo com o artigo 8.º, para todos os efeitos legais, uma decisão provisória adquire uma força vinculativa própria que implica a perda de competência para o órgão jurisdicional que a proferiu. O artigo 8.º do regulamento, restringe, efetivamente, os poderes cognitivos do tribunal, apenas a questões relacionadas com direito de visita, após a prolação do despacho que autoriza provisoriamente a deslocação da criança para outro país. Tal significa, pois, que a disposição legal interna ao abrigo da qual o tribunal decide, artigo 28.º do RGPTC, que prevê a possibilidade de tomada de uma decisão a título provisório, relativamente a

matérias que devam ser apreciadas a final e, em qualquer estado do processo, perde o seu sentido útil, uma vez que, após a tomada de decisão, nem mesmo o prolongamento de competência permite a alteração do seu sentido.

Por outro lado, a possibilidade de transferência mediante pedido apresentado por um tribunal de um Estado-Membro que não seja competente, prevista no artigo 13.º, vem confirmar a efetiva perda de competência, assumida, pelo tribunal do Estado da anterior residência habitual. Resta assim a aplicação do procedimento previsto no artigo 12.º que respeita à transferência de competência para um tribunal de outro Estado-membro, que mantém artificialmente a competência a favor do tribunal que autorizou a deslocação lícita da criança, caso o segundo tribunal não a aceite, nos termos do n.º 3 do mesmo dispositivo, mas supõe-se apenas quanto aos direitos de visita.

Conclusões:

A decisão do tribunal nacional que autoriza a título provisório a fixação de residência habitual noutra Estado-Membro, enquanto questão que nos termos do disposto no artigo 28.º do RGPTC deve ser apreciada a final, esvazia, assim, o conteúdo da disposição legal interna que lhe serve de fundamento. Ao proferir a decisão, por despacho judicial, por recurso à aplicação de critérios de oportunidade e conveniência e a título provisório, a mesma converte-se em definitiva.

A possibilidade de decisão a título provisório e da alteração dessa decisão a qualquer momento, pelo juiz da causa, tal como prevista na legislação portuguesa, contende com a solução prevista no regulamento, posto que, tratando-se embora de uma decisão provisória, essa natureza não se mantém quando analisada na perspetiva do regulamento Bruxelas II *bis* reformulado.