

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PARENTAL E MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS PERANTE O REGULAMENTO BRUXELAS II BIS E A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1996(*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(**)*

SUMÁRIO:

Introdução. I. Articulação das diferentes fontes. II. Âmbito de aplicação da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis. III. Regras de competência internacional da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II Bis. IV. Considerações finais.

Introdução

Em situações meramente internas, a responsabilidade parental e as medidas de proteção de crianças são apreciadas sempre pelos tribunais nacionais segundo o Direito material vigente na ordem

(*) Texto que serviu de base à comunicação proferida na Conferência “Direito(s) das crianças: novos regimes nacionais e Direito Transnacional”, que teve lugar na Universidade Lusíada de Lisboa, em fevereiro de 2016.

(**) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

jurídica portuguesa. Em resultado de diversos fatores, designadamente os fenómenos migratórios e a liberdade de circulação de pessoas na União Europeia, são cada vez com mais frequentes as situações que têm contactos relevantes com outros Estados: por exemplo, a criança ou algum dos seus pais tem residência habitual ou nacionalidade estrangeira.

Estas situações internacionais colocam dois problemas específicos: o problema da determinação do Direito aplicável e, em caso de litígio ou de necessidade de proteção da criança, a determinação das autoridades internacionalmente competentes. Nem sempre o Direito material aplicável a questões de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças é o vigente na ordem jurídica portuguesa. Nem sempre as autoridades portuguesas são competentes para decidir estas questões.

A presente comunicação ocupa-se apenas deste segundo problema. Dada a multiplicidade das fontes de Direito da Competência Internacional nesta matéria, vou cingir-me às fontes mais importantes: o Regulamento comunitário n.º 2201/2003 Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental (que doravante designarei como Regulamento Bruxelas II bis) e a Convenção da Haia Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças (que doravante designarei como Convenção da Haia de 1996).

Principiarei, no entanto, por um breve apontamento sobre a articulação das diferentes fontes em matéria de competência internacional ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ver, com mais desenvolvimento, LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.^a ed., Coimbra, 2015, § 55 B e C.

I. Articulação das diferentes fontes

A competência internacional das autoridades portuguesas em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção de crianças determina-se, em princípio, com base no Regulamento Bruxelas II bis. Este princípio comporta três desvios.

Primeiro, dentro do âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis, se das suas regras não resultar a competência das autoridades de um Estado-Membro, são subsidiariamente aplicáveis as regras internas de competência internacional (art. 14.º). Quer isto dizer que, neste caso, a competência internacional das autoridades portuguesas se pode basear nas normas de competência internacional de fonte interna.

Segundo, nas relações com Estados terceiros (i.e., não vinculados pelo Regulamento Bruxelas II bis) contratantes da Convenção de 1996 é aplicável o regime contido nesta Convenção se a criança não tiver residência habitual no território de um Estado-Membro. Já é controverso, nestas relações, a aplicação do regime do Regulamento ou da Convenção se a criança tiver residência habitual no território de um Estado-Membro.

Por último, nas relações com Estados terceiros apenas contratantes da Convenção da Haia de 1961 (que são unicamente Macau e a Turquia) é aplicável o regime contido nesta Convenção se o menor tiver residência habitual num Estado Contratante.

II. Âmbito de aplicação da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis

Começamos por examinar o âmbito de aplicação da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II bis.

A Convenção aplica-se às crianças desde o momento do seu nascimento até atingirem a idade de 18 anos (art. 2.º).

Abrange a generalidade das *medidas orientadas à proteção da pessoa ou bens da criança* (art. 3.º), tanto de Direito privado

como de Direito público ⁽²⁾, com exceção, designadamente, de decisões sobre a adoção, das obrigações alimentares, da segurança social, das medidas públicas de caráter geral em matéria de educação ou saúde e das medidas tomadas em consequência de infrações penais cometidas pelas crianças (art. 4.º/b, e, g, h e i).

Abrange igualmente a *responsabilidade parental* entendida como designando o poder paternal ou qualquer outra relação análoga de autoridade que determine os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, tutores ou outros representantes legais relativamente à pessoa ou bens da criança (art. 1.º/2).

A Convenção não define por forma geral o seu *âmbito de aplicação no espaço*, que tem de ser examinado com respeito a cada uma das suas disposições⁽³⁾.

Em matéria de competência internacional e reconhecimento de decisões sobre responsabilidade parental proferidas noutros Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca (art. 2.º/3), deve-se também ter em conta o *Regulamento Bruxelas II bis*.

No que toca à “responsabilidade parental”, o *âmbito material de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis* corresponde, em princípio, ao âmbito material de aplicação da Convenção de 1996⁽⁴⁾.

Com efeito, o conceito de responsabilidade parental empregue neste Regulamento abrange o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança, nomeadamente o direito de guarda e o direito de visita (art. 2.º/7). Inclui também a generalidade das medidas de proteção da criança (cf. art. 1.º/2) que não

⁽²⁾ Ver KATHARINA BOELE-WOELKI e MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG — “Protecting Children Against Detrimental Family Environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation”, in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, 125-156, Zurique, 135 e 155.

⁽³⁾ Ver PAUL LAGARDE — “Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants de 1996”, in *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Dix-huitième session, t. II, Protection des enfants*, 1996, n.º 17, e “La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs”, *R. crit.* 86 (1997) 217-237, 222, e PAOLO PICONE — “La nuova convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori”, in *Studi di diritto internazionale privato* (2003), 507-550, 1996, 511, 526 e 54.

⁽⁴⁾ Ver também BOELE-WOELKI/JÄNTERÄ-JAREBORG (n. 2) 140.

sejam expressamente excetuadas⁽⁵⁾, mesmo que tomadas com base em normas de Direito público⁽⁶⁾.

São excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento, designadamente, as decisões sobre a adoção, as obrigações alimentares e as medidas tomadas na sequência de infrações penais cometidas por crianças (art. 1.º/3/b, e) e g).

À semelhança do que se verifica perante os Regulamentos Bruxelas I e I bis, para determinar se um pedido é abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II bis há que atender ao objeto do pedido⁽⁷⁾.

Assim, por exemplo, a ação pela qual um dos progenitores pede ao juiz que supra a falta de consentimento do outro progenitor para o seu filho viajar para fora do Estado-Membro da sua residência e para a emissão de um passaporte em nome desse filho é abrangida pelo âmbito de aplicação material do Regulamento, mesmo que a decisão proferida no fim dessa ação deva ser tomada em consideração pelas autoridades do Estado-Membro da nacionalidade da referida criança, no âmbito do processo administrativo relativo à emissão desse passaporte⁽⁸⁾.

Diferentemente da Convenção de 1996, o Regulamento não define o conceito de “criança”. Parece de entender como “criança” a pessoa que perante a lei competente segundo o Direito de Conflitos do foro pode estar sujeita a responsabilidade parental (incluindo aqui medidas de proteção tomadas em função da sua

(5) Cf. Considerando n.º 5; ULRICH SPELLENBERG — “Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen. Erster Teil — Europäisches Recht. Brüssel Ila-VO”, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Neuarbeitung 2015*, Berlin, 2015, Einl zur Brüssel Ila-VO, n.º 33, Art. 1, n.º 46; BERTRAND ANCEL e HORATIA MUIR WATT — “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *R. crit.* 94 (2005) 569-605, 571; THOMAS RAUSCHER — “Brüssel Ila-VO”, in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar*, vol. IV, 4.ª ed., org. por Thomas Rauscher, Munique, 2015, Art. 1 Brüssel Ila-VO n.º 22. Cp. RIGAUX, FRANÇOIS e MARC FALLON — *Droit international privé*, 3.ª ed., Bruxelas, 2005, 629 e 643.

(6) Cf. TCE 27/11/2007, no caso *C.*, e 2/4/2009, no caso *A.* [*in* <<http://curia.europa.eu>>]. Ver, sobre estes casos, BOELE-WOELKI/JÄNTERÄ-JAREBORG (n. 2) 141 e segs.

(7) Cf. TUE 21/10/2015, no caso *Gogova* [*in* <<http://curia.europa.eu>>], n.º 28.

(8) Cf. TUE 21/10/2015, no caso *Gogova* [*in* <<http://curia.europa.eu>>].

idade)⁽⁹⁾. Mas uma parte da doutrina propõe, diferentemente, que na linha da Convenção de 1996, se adote um conceito autónomo de criança com base no limite dos 18 anos de idade⁽¹⁰⁾.

III. Regras de competência internacional da Convenção da Haia de 1996 e do Regulamento Bruxelas II Bis

Uma vez que as *regras de competência internacional* contidas no Regulamento são parcialmente inspiradas na Convenção de 1996, convém examinar conjuntamente estes instrumentos.

As regras de competência da Convenção e do Regulamento são definidas em função do *superior interesse da criança* e, em particular, do *critério da proximidade*. Assim, o princípio inspirador tanto da Convenção de 1996 como do Regulamento é o da *competência das autoridades e do Direito do Estado da residência habitual da criança* à data da instauração do processo (arts. 5.º e segs. da Convenção e art. 8.º/1 do Regulamento)⁽¹¹⁾.

As autoridades do Estado da residência habitual são as mais bem colocadas para conhecer o meio social em que a criança está inserida, para avaliar as suas necessidades bem como as pessoas suscetíveis de a tomarem a seu cargo e, assim, para decretar as medidas mais adequadas à situação e para velar pela sua boa execução. Acresce que é também no Estado da residência habitual que, geral-

⁽⁹⁾ Cf., designadamente, SPELLENBERG (n. 5) Art 1, n.ºs 53-54, sugerindo que se estabeleça autonomamente o limite de 18 anos para evitar contradições com a Convenção de 1996; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 16.ª ed., Granada, 2016, 490.

⁽¹⁰⁾ Cf. PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ — *Droit international privé*, 11.ª ed., Paris, 2014, n.º 556, n. 24.

⁽¹¹⁾ Em geral, sobre o papel da residência habitual como elemento de conexão em matéria de proteção de crianças, ver ALEGRIA BORRÁS — “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, in *La Protección de Los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales*, org. por Francisco Aldecoa Luzárraga *et al.*, 11-37, Madrid, Barcelona e Buenos Aires, 2010, 35-36.

mente, estas medidas devem ser efetivadas, não se suscitando, portanto, um problema de reconhecimento de decisões estrangeiras⁽¹²⁾.

O conceito de “residência habitual” utilizado nestes preceitos deve ser objeto de uma interpretação autónoma. O TUE já teve ocasião de se pronunciar a este respeito relativamente ao art. 8.º/1 do Regulamento⁽¹³⁾. Segundo a interpretação do tribunal, essa residência habitual “corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar”. Para determinar este lugar, deve ser tido em conta o conjunto das circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto, “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”⁽¹⁴⁾.

Sob certos pressupostos, o art. 9.º do Regulamento prolonga a competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança *em caso de deslocação legal da criança* para a alteração de uma decisão sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança. Estes pressupostos são o exercício dessa competência num prazo de três meses após a deslocação e que o titular do direito de visita continue a residir habitualmente no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança.

Esta competência afasta a competência estabelecida no art. 8.º (art. 9.º/1), salvo se o titular do direito de visita tiver aceitado a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência (art. 9.º/2).

Isto permite que o titular do direito de visita, que por causa da deslocação da criança não pode exercer do mesmo modo o seu

(12) Ver Y. LEQUETTE — “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales”, *RCADI* 246 (1994) 9-234, 61.

(13) Cf. TCE 2/4/2009, no caso A. [*in* <<http://curia.europa.eu>>], n.º 34.

(14) Decisão supracit. Ver ainda RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 8 Brüssel Ila-VO n.ºs 11 e segs.

direito, possa requerer um ajustamento adequado do direito de visita ao tribunal que o concedeu⁽¹⁵⁾.

A deslocação é lícita se for permitida pela lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado do Estado de origem ou por uma decisão proferida neste Estado⁽¹⁶⁾. Em princípio, se o titular do direito de visita tiver consentido na deslocação a questão da respetiva licitude não se suscitará⁽¹⁷⁾.

Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas da criança, as autoridades do Estado Contratante ou Membro no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes da sua deslocação ou retenção mantêm a sua competência até que a criança adquira residência habitual noutra Estado e se verifiquem determinadas condições (art. 7.º/1 da Convenção e art. 10.º do Regulamento).

Perante a Convenção, estas condições são as seguintes:

- que qualquer pessoa, instituição ou outro organismo com direitos de custódia consinta na deslocação ou retenção; ou
- que a criança tenha residido nesse outro Estado por um período mínimo de um ano desde que a pessoa, instituição ou qualquer outro organismo com direitos de custódia tenha, ou devesse ter, conhecimento do paradeiro da criança, não se encontre pendente qualquer pedido de regresso apresentado durante esse período, e a criança se tenha integrado no seu novo ambiente.

Perante o Regulamento, estas condições são as seguintes:

- que cada pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda dê o seu consentimento à deslocação ou à retenção (a);
- que a criança tenha estado a residir nesse outro Estado-Membro durante, pelo menos, um ano após a data em que a pessoa, instituição ou outro organismo, titular do

⁽¹⁵⁾ Ver Guia Prático elaborado pela Comissão, 14.

⁽¹⁶⁾ Ver TUE 5/10/2010, no caso *McB* [*in* <<http://curia.europa.eu>>], n.os 43-44, e Guia Prático elaborado pela Comissão, 14.

⁽¹⁷⁾ Ver também RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 9 Brüssel IIa-VO n.º 6.

direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, se esta se encontrar integrada no seu novo ambiente e se estiver preenchida pelo menos uma das seguintes condições complementares (b);

- que não tenha sido apresentado, no prazo de um ano após a data em que o titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, qualquer pedido de regresso desta às autoridades competentes do Estado-Membro para onde a criança foi deslocada ou se encontra retida (i);
- que o titular do direito de guarda tenha desistido do pedido de regresso e não tenha sido apresentado nenhum novo pedido dentro do prazo previsto na subalínea i) (ii);
- que o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas tenha sido arquivado nos termos do art. 11.º/7 (iii);
- que os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas tenham proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança (iv).

Este último preceito deve ser interpretado no sentido de que uma medida provisória não constitui uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança, na aceção desta disposição, e não pode constituir fundamento para uma transferência de competências a favor dos tribunais do Estado-Membro para o qual a criança foi ilicitamente deslocada⁽¹⁸⁾.

Parece que o art. 10.º do Regulamento não só tutela a competência dos tribunais do Estado de origem em caso de deslocação ou retenção ilícitas da criança, como também obsta ao estabeleci-

(18) Cf. TUE 1/7/2010, no caso *Povse* [*in* <<http://curia.europa.eu>>].

mento de uma competência baseada na nova residência habitual da criança nos termos do art. 8.º/1⁽¹⁹⁾.

As autoridades do Estado Contratante/Membro para onde a criança foi deslocada ou no qual ficou retida apenas poderão tomar medidas urgentes com caráter provisório necessárias à proteção da pessoa ou bens da criança (art. 7.º/3 da Convenção, que remete para o art. 11.º, e art. 20.º do Regulamento).

A par da regra geral da competência das autoridades do Estado da residência habitual da criança encontramos um certo número de regras especiais que fundamentam a competência das autoridades de outros Estados.

Cabe desde logo perguntar se as *autoridades do Estado da nacionalidade da criança* não têm competência nesta matéria.

A resposta é que as autoridades do Estado da nacionalidade da criança só têm competência legal para tomar medidas de proteção excecionalmente a solicitação ou com o consentimento das autoridades da residência habitual da criança (arts. 8.º e 9.º da Convenção e art. 15.º do Regulamento). Isto não exclui que estas autoridades possam ter uma competência convencional (i.e., baseada na vontade das partes) nos termos adiante expostos.

Para além disso, a Convenção e o Regulamento também preveem uma *competência subordinada e facultativa relativamente às autoridades de outros Estados que se se encontrem em melhor posição para apreciar o caso à luz do superior interesse da criança* (art. 8.º/2 da Convenção e art. 15.º/3 do Regulamento). Estes Estados são, designadamente:

- o Estado no qual os bens da criança se encontram localizados;
- o Estado com o qual a criança tem uma ligação estreita.

As autoridades destes outros Estados só são competentes em duas hipóteses.

⁽¹⁹⁾ Cf. art. 8.º/2 e TUE 1/7/2010, no caso *Povse* [*in* <<http://curia.europa.eu>>], n.º 44. A questão é ainda considerada em aberto por RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 8 Brüssel IIa-VO n.º 17.

Primeiro, a solicitação das autoridades do Estado da residência habitual, se estas considerarem que aquelas se encontram mais bem colocadas para apreciar, no caso concreto, o melhor interesse da criança (art. 8.º/1 da Convenção e art. 15.º/1 do Regulamento). Esta solicitação pode ser feita a pedido de uma das partes ou por iniciativa do tribunal da residência habitual (art. 15.º/2/a e b). Neste caso, as autoridades desses outros Estados têm a faculdade de aceitar a competência, se considerarem que tal corresponde ao melhor interesse da criança (art. 8.º/4 da Convenção e 15.º/5 do Regulamento).

Segundo, por iniciativa das autoridades desses outros Estados se obtiverem o consentimento das autoridades do Estado da residência habitual (art. 9.º/1 e 3 da Convenção e art. 15.º/2/c do Regulamento).

Todavia, no âmbito do Regulamento, tal “transferência” do processo para esses outros Estados por iniciativa do tribunal da residência habitual ou a pedido do tribunal do outro Estado só pode ter lugar se for aceite pelo menos por uma das partes (art. 15.º/2/§ 2.º do Regulamento).

Trata-se de uma solução que flexibiliza o regime da competência internacional legal em matéria de responsabilidade parental e que se aproxima da cláusula *forum non conveniens* consagrada nos sistemas do *Common Law*.

Os arts. 10.º da Convenção e 12.º/1 do Regulamento estabelecem uma *competência concorrente das autoridades do Estado Contratante/Membro no exercício da sua competência para decidir sobre um pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento*, para tomar medidas relativas à criança⁽²⁰⁾. A Convenção abrange apenas os filhos comuns do casal e exige que a lei do Estado Contratante o permita (n.º 1). O Regulamento exige tão-somente que a questão relativa à responsabilidade parental esteja relacionada com o pedido, e a doutrina tende a entender que são abrangidos os filhos de um dos cônjuges⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Da reserva prevista no art. 55.º/1/a também pode resultar uma competência concorrente do Estado da situação dos bens — ver PICONE (n. 3) 530.

⁽²¹⁾ Ver *STAUDINGER/SPELLENBERG* (n. 5 edição de 2005) Art. 12 n.ºs 54 e segs., *ANCEL/MUIR WATT* (n. 5) 586 e *RAUSCHER/RAUSCHER* (n. 5) Art. 12 Brüssel IIa-VO n.º 6.

Tal entendimento permite evitar que as questões relativas a filhos de um dos cônjuges tenham de ser submetidas a uma jurisdição diferente.

Esta competência concorrente é condicionada a pressupostos restritivos e, designadamente:

- que um dos cônjuges tenha ou exerça a responsabilidade parental para com a criança;
- que a competência dessas autoridades para tomar tais medidas tenha sido aceite pelos cônjuges, bem como por qualquer outra pessoa com responsabilidade parental relativamente à criança;
- que seja exercida no melhor interesse da criança.

Uma vez que depende da vontade das partes, esta competência tem, em parte, um fundamento convencional.

Esta competência termina logo que a decisão a autorizar ou a recusar o pedido de divórcio, separação legal ou anulação do casamento tenha transitado em julgado ou que o processo tenha terminado por qualquer outra razão (art. 10.º/2 da Convenção e art. 12.º/2 do Regulamento)⁽²²⁾.

Os arts. 11.º e 12.º da Convenção e 20.º do Regulamento estabelecem uma *competência das autoridades do Estado Contratante/Membro em cujo território se encontrem a criança ou os seus bens* para tomar medidas provisórias de proteção. Esta competência pressupõe a urgência (art. 11.º/1 da Convenção e 20.º/1 do Regulamento) ou, no caso da Convenção, a eficácia territorial limitada ao Estado em questão aliada à compatibilidade com medidas que já tenham sido tomadas pelas autoridades competentes com base nos arts. 5.º a 10.º (art. 12.º/1).

As medidas provisórias de proteção prescrevem logo que as autoridades primariamente competentes de um Estado Contra-

(22) Nos termos do art. 12.º/2 do Regulamento, quando à data do trânsito em julgado da ação matrimonial ainda estiver pendente uma ação de responsabilidade parental, a competência só cessa com o trânsito em julgado desta ação.

tante/Membro tenham decretado as medidas exigidas pela situação (arts. 11.º/2 e 12.º/2 da Convenção e art. 20.º/2 do Regulamento)⁽²³⁾.

O art. 12.º do Regulamento admite uma competência convencional (i.e., baseada na vontade das partes do processo) não só no caso, já referido, de os tribunais de um Estado-Membro serem competentes para o divórcio, separação ou anulação do casamento, mas também noutros processos de responsabilidade parental, a favor dos tribunais de um Estado-Membro a que a criança tenha uma ligação particular e desde que esta competência seja exercida no superior interesse da criança (n.º 3)⁽²⁴⁾.

A ligação particular com um Estado-Membro pode resultar em especial de um dos titulares da responsabilidade parental ter a sua residência habitual nesse Estado-Membro ou de a criança ser nacional desse Estado-Membro (a).

A aceitação das partes tem de ser explícita “ou de qualquer outra forma inequívoca”. Poderá resultar da mera comparência da parte sem arguir a incompetência do tribunal? Alguns autores entendem que não⁽²⁵⁾. No caso *Gogova*, o TUE entendeu que para haver aceitação da competência dos tribunais de um Estado-Membro, ao abrigo do art. 12.º/3, é necessário que o demandado tenha conhecimento do processo instaurado nesses tribunais, não sendo suficiente que um mandatário *ad litem* designado oficiosamente e que não teve contactos com o demandado não tenha suscitado a incompetência⁽²⁶⁾. Esta formulação sugere que se o demandado teve conhecimento do processo e não suscitou a incompetência tal conduta vale como

⁽²³⁾ Segundo a Convenção, se a criança tiver residência habitual num Estado não Contratante, estas medidas prescrevem em cada Estado Contratante logo que as medidas exigidas pela situação, e tomadas pelas autoridades de outro Estado, sejam reconhecidas pelo Estado Contratante em questão (arts. 11.º/3 e 12.º/3). A diferença entre as duas situações resulta de a Convenção só regular o reconhecimento das decisões proferidas por autoridades de outros Estados Contratantes (art. 23.º).

⁽²⁴⁾ Segundo TUE 1/10/2014, no caso *E*. [*in* <curia.europa.eu>], esta competência cessa com o trânsito em julgado de uma decisão proferida no âmbito desse processo.

⁽²⁵⁾ Ver RAUSCHER/RAUSCHER (n. 5) Art. 12 n.ºs 20-20a e 45, com mais referências.

⁽²⁶⁾ Cf. TUE 21/10/2015, no caso *Gogova* [*in* <<http://curia.europa.eu>>], n.ºs 42-43.

aceitação tácita da competência. Mas o ponto não é inteiramente líquido.

Presume-se que a competência baseada no art. 12.º é do interesse da criança, se a criança tiver a sua residência habitual num Estado terceiro que não seja parte da Convenção da Haia de 1996, nomeadamente quando for impossível instaurar um processo no Estado terceiro em questão (art. 12.º/4).

À face do Regulamento Bruxelas II, entendeu-se que por força de instrumentos internacionais e, em particular, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), cada filho tinha de ser individualmente considerado. Daí que a competência dos tribunais dos Estados-Membros em matéria de poder paternal dependesse da verificação das condições previstas no art. 3.º em relação a cada um dos filhos⁽²⁷⁾. O mesmo deve valer à face do art. 12.º do Regulamento Bruxelas II bis.

Por último, o art. 6.º da Convenção e o art. 13.º do Regulamento preveem *uma competência subsidiária baseada na presença da criança* quando não possa ser determinada a sua residência habitual ou se trate de crianças refugiadas e não se verifiquem os pressupostos de competência convencional previstos no art. 10.º da Convenção e no art. 12.º do Regulamento.

IV. Considerações finais

O sistema de competência internacional estabelecido pela Convenção da Haia de 1996 e pelo Regulamento Bruxelas II bis é por forma geral adequado à prossecução do superior interesse da

⁽²⁷⁾ Cf. ALEGRÍA BORRÁS — “Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial”, *JOCE* C 221/27, de 16/7/98, 1998, n.º 26.

criança e de outros valores e princípios do Direito da Competência Internacional, mas com um preço: uma elevada complexidade. Esta complexidade é agravada por subsistirem algumas diferenças entre estes dois regimes de competência, parecendo legítimo questionar se não teria sido preferível deixar a regulação desta matéria apenas à Convenção da Haia de 1996⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Ver, neste sentido, *STAUDINGER/SPELLENBERG* (n. 5) Einl zur Brüssel IIa-VO, n.º 18, e *ANCEL/MUIR WATT* (n. 5) 574. Em sentido convergente, já *ERIK JAYME* — “Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus”, *IPRax* 20 (2000) 168-171, 169. Também *RAUSCHER/RAUSCHER* (n. 5), Art. 8 Brüssel IIa-VO n.º 2. Em sentido contrário, *MARIANNE ANDRAE* — “Zur Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs von EheVO, MSA, KSÜ und autonomem IZPR/IPR”, *IPRax* 26 (2006) 82-89, 88-89.