



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 27.3.2001  
COM(2001) 166 final

**DOCUMENTO DE TRABALHO DA COMISSÃO**

**Reconhecimento mútuo das decisões em matéria de poder paternal**

## **Reconhecimento mútuo das decisões em matéria de poder paternal**

### **1. RESUMO ANALÍTICO**

A Comunidade fixou-se como objectivo criar um verdadeiro espaço judicial, em que as decisões proferidas num Estado-Membro sejam reconhecidas e executadas em toda a União Europeia.

No domínio do direito da família, esta livre circulação das decisões tem incidências directas na vida diária de cada um. Tanto mais que, actualmente, há um número crescente de relações familiares entre nacionais ou residentes de diferentes Estados-Membros e os membros da mesma família optam com frequência cada vez maior por viver em diferentes lugares da União Europeia na sequência da desagregação da célula familiar. *O Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal* (o regulamento “Bruxelas II”) prevê o reconhecimento mútuo de certas decisões proferidas por ocasião de um divórcio ou separação. No entanto, por um lado, o seu âmbito de aplicação é limitado e, por outro lado, ainda é necessário o procedimento de exequátur para que uma decisão proferida num Estado-Membro possa ser executada noutra.

O Conselho “Justiça e Assuntos Internos” que se reuniu em 30 de Novembro de 2000 adoptou um programa ambicioso de medidas destinadas a suprimir o exequátur nos domínios do direito civil e do direito comercial. Em matéria de direito da família, este programa prevê, já a partir da primeira fase, uma extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II”, a par de um projecto específico para a abolição do exequátur em matéria de direito de visita.

Na mesma ocasião, o Conselho concluiu que os trabalhos relativos à iniciativa francesa sobre a supressão do exequátur em matéria de direito de visita só poderiam prosseguir paralelamente à extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II”. Garantir-se-ia, assim, a igualdade de tratamento de todos os filhos, tendo em conta as realidades sociais, como a diversificação das estruturas familiares.

O presente documento de trabalho inclui diversas considerações prévias à implementação da primeira etapa do programa de medidas sobre o reconhecimento mútuo das decisões em matéria de direito da família e ao prosseguimento dos trabalhos sobre a iniciativa relativa ao direito de visita dos filhos. Na parte 2 traça-se a evolução da cooperação judiciária em matéria de poder paternal no âmbito do Tratado CE, enquanto a parte 3 fornece um resumo do quadro internacional, examinando-se em especial as implicações da adesão da Comunidade à Convenção da Haia de 1996 sobre o poder paternal. A parte 4 é consagrada à extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” e às regras aplicáveis em matéria de competência, suscitando-se também diversas questões conexas e considerações de ordem substantiva. A parte 5 contém observações finais destinadas a situar a extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” no contexto dos trabalhos da Comissão neste domínio.

O objectivo consiste em apresentar uma proposta de regulamento da Comissão sobre o poder paternal.

## 2. MARCOS DO DESENVOLVIMENTO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE PODER PATERNAL NO QUADRO DO TRATADO CE

### Dezembro de 1998 - o plano de acção de Viena

Com o Tratado de Maastricht, os Estados-Membros haviam já reconhecido que a Justiça e os Assuntos Internos eram questões de interesse comum. Mas na altura as medidas neste domínio deviam assumir a forma de convenções internacionais que tinham de ser acordadas por unanimidade pelos Estados-Membros e ratificadas pelos Parlamentos nacionais.

O Conselho Europeu de Viena, em Dezembro de 1998, subscreveu um plano de acção para o estabelecimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça, na perspectiva da entrada em vigor das disposições do Tratado de Amsterdão relativas, nomeadamente, à cooperação judiciária em matéria civil. Este plano de acção visava criar um sentimento comum de justiça em toda a União Europeia, graças à identificação fácil do órgão jurisdicional competente, à indicação clara da lei aplicável, a processos rápidos e equitativos e a procedimentos de execução eficazes.

### Mai de 1999 - o Tratado de Amsterdão

O Tratado de Amsterdão, que entrou em vigor em 1 de Maio de 1999, representou uma viragem, ao prever a utilização de mecanismos comunitários para certas políticas-chave no domínio da Justiça e dos Assuntos Internos, incluindo a cooperação judicial em matéria civil. Esta transferência da cooperação judicial civil do terceiro pilar para o primeiro pilar abriu novas possibilidades de aceleração e de aprofundamento dos trabalhos neste sector.

A fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Conselho adopta medidas no domínio da cooperação judicial em matérias civis com incidências transfronteiriças e na medida necessária ao bom funcionamento do mercado interno<sup>1</sup>. Estas medidas visam, designadamente, melhorar e simplificar o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial, e contribuir para a compatibilidade das regras aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de competência<sup>2</sup>.

### Outubro de 1999 - os marcos de Tampere

O Conselho Europeu de Tampere de Outubro de 1999 estabeleceu uma série de marcos na criação de um espaço verdadeiro de liberdade, de segurança e de justiça na União Europeia. Solicitou-se à Comissão Europeia que mantivesse um “painel de avaliação”, enumerando os objectivos e as acções previstos e executados em cada ponto. Para o estabelecimento de um genuíno espaço judicial, o Conselho aprovou o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais, que “se deve tornar a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal”<sup>3</sup>, e advogou uma convergência acrescida no domínio do direito civil. Em especial,

---

<sup>1</sup> *Tratado que institui a Comunidade Europeia* ("Tratado CE"), Título IV (Vistos, asilo, imigração e outras políticas ligadas à livre circulação das pessoas), alínea c) do artigo 61º e artigo 65º. Este título é aplicável sob reserva das disposições do Protocolo sobre a posição do Reino Unido e da Irlanda e do Protocolo sobre a posição da Dinamarca (artigo 69º).

<sup>2</sup> Durante um período transitório de cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdão, o Conselho delibera por unanimidade sob proposta da Comissão ou por iniciativa de um Estado-Membro e após consulta do Parlamento Europeu (artigo 67º). A regra da unanimidade para a adopção de medidas em matéria de direito da família continuará a ser aplicável após a entrada em vigor do Tratado de Nice.

<sup>3</sup> Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, ponto 33.

*“Em matéria civil, o Conselho Europeu exorta a Comissão a apresentar uma proposta tendo em vista uma maior redução dos trâmites intermediários que ainda são necessários para o reconhecimento e execução de uma decisão ou sentença no Estado requerido. Como primeiro passo, estes procedimentos intermédios deverão ser abolidos no caso das pequenas acções do foro comercial ou de consumidores e para certas sentenças no domínio do direito da família (p. ex., em matéria de pensões de alimentos e direitos de visita). Essas decisões seriam automaticamente reconhecidas em toda a União sem quaisquer procedimentos intermediários ou motivos de recusa de execução. Tal passo poderia ser acompanhado da fixação de normas mínimas sobre aspectos específicos do processo civil”<sup>4</sup>.*

#### Maio de 2000 - o regulamento “Bruxelas II”

O regulamento “Bruxelas II” estabelece normas sobre a competência, o reconhecimento automático e a execução simplificada das decisões judiciais em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns (ver o Anexo 1)<sup>5</sup>. Estas últimas só foram acrescentadas numa fase mais adiantada das discussões, para ter em conta a competência do tribunal do divórcio em matérias de regulação do poder paternal, como sucede em vários países.

No que respeita ao poder paternal, o âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” limita-se às decisões judiciais em matéria de poder paternal quanto aos filhos comuns proferidas em acções relativas ao casamento. Isto significa que o regulamento não se aplica às situações familiares derivadas de relações diferentes do matrimónio nem às decisões judiciais proferidas fora dos processos de divórcio ou de separação. Por outro lado, ainda se requer o procedimento de exequátur para que uma decisão pronunciada num Estado-Membro possa executar-se noutro.

#### Julho de 2000 - a iniciativa francesa sobre o direito de visita

A França apresentou em 3 de Julho de 2000 uma iniciativa que, a partir do regulamento “Bruxelas II”, se propunha facilitar, através da supressão do exequátur, o exercício dos direitos de visita transfronteiriços no caso de filhos de casais divorciados ou separados<sup>6</sup>. Na sua versão original, a iniciativa abrangia as decisões judiciais contempladas no regulamento “Bruxelas II”, que concedem a um dos progenitores um direito de visita transfronteiras em relação a um filho menor de 16 anos.

---

<sup>4</sup> Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, ponto 34.

<sup>5</sup> Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal, JO 2000 L160/19. O Conselho tinha elaborado em 28 de Maio de 1998 uma Convenção sobre a competência, o reconhecimento e a execução de decisões judiciais em matéria matrimonial e recomendado a sua adopção pelos Estados-Membros (JO 1998 C221/1) em conformidade com o artigo K.3 do Tratado de Maastricht. No entanto, os Estados-Membros já não podiam ratificar esta Convenção pois infringiria o seu dever de lealdade comunitária, tendo em conta a entrada em vigor do Tratado de Amsterdão e especialmente porque se encontrava já sobre a mesa uma proposta de instrumento comunitário. Como consequência, o conteúdo do regulamento “Bruxelas II”, incluindo o seu limitado âmbito de aplicação, reproduz em larga medida a Convenção de 1998 com as necessárias adaptações ao novo quadro institucional. Note-se que nem os regimes de bens do casamento nem os testamentos ou as sucessões foram regulados até à data por qualquer instrumento comunitário.

<sup>6</sup> Iniciativa da República Francesa tendo em vista a aprovação do regulamento do Conselho relativo à execução mútua das decisões respeitantes ao direito de visita dos filhos, JO 2000 C234/7. A iniciativa francesa baseia-se nos artigos 61.º, alínea c), e 65.º do Tratado CE. O Reino Unido e Irlanda têm indicado a sua intenção de participar na iniciativa.

Esta iniciativa de regulamento baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo do carácter executório de certas decisões judiciais sobre direito de visita, o que deve distinguir-se da execução em si. De facto, a supressão do exequátur significa que já não é necessário um processo especial no Estado-Membro de execução, previamente a esta. Mas a iniciativa não afecta a execução, que se realiza em conformidade com o direito do Estado-Membro em que ocorre.

Para equilibrar o carácter executório directo destas decisões judiciais em todos os Estados-Membros, a iniciativa introduz as seguintes garantias:

- Um procedimento de urgência ante os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro da residência habitual do filho, mediante o qual é possível recusar a executoriedade em situações excepcionais (por exemplo, quando a execução possa pôr seriamente em perigo os interesses do filho ou quando exista outra decisão executória incompatível); e
- Uma garantia de retorno do filho após a sua estada no estrangeiro, o que implica, por um lado, que as autoridades do Estado-Membro da estada, sem prejuízo da necessidade de protecção urgente do menor, não possam invocar a sua estada para modificar a decisão estrangeira exequenda, e que, por outro lado, essas autoridades tenham competência para ordenar o retorno da criança.

São reforçados os mecanismos de cooperação já em vigor nos termos das Convenções da Haia, que se analisam na parte 3, com o fim de trocar informações, fomentar o exercício voluntário do direito de visita e, em último caso, garantir a sua execução por meios coercivos.

A iniciativa representa a primeira tentativa para suprimir o exequátur num domínio limitado, embora sensível. No entanto, o Conselho Justiça e Assuntos Internos de 30 de Novembro de 2000 concluiu que, devido ao seu âmbito limitado, a iniciativa apenas deveria prosseguir paralelamente aos trabalhos sobre o alargamento do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II”, a fim de alcançar a igualdade de tratamento de todos os filhos<sup>7</sup>. A Presidência sueca indicou que os trabalhos prosseguiriam em ambos os sentidos.

#### Dezembro de 2000 - um projecto de reconhecimento mútuo

Em conformidade com as conclusões de Tampere, o Conselho e a Comissão adoptaram em Dezembro de 2000 um programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo em quatro domínios<sup>8</sup>. Em cada um deles, o objectivo é a progressiva supressão do exequátur em três etapas, que poderão ser acompanhadas de medidas complementares horizontais. No que se refere à regulação do poder paternal, estas poderão incluir a harmonização das normas sobre conflitos de leis, bem como considerações relativas ao interesse superior do filho e ao lugar deste no processo.

O quadro seguinte reproduz as medidas incluídas no domínio II do projecto.

---

<sup>7</sup> Nos seus pareceres, o Parlamento Europeu e o Comité Económico e Social também questionaram o alcance limitado da iniciativa francesa.

<sup>8</sup> *Projecto de programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial*, JO 2001 C12/1.

### Projecto de reconhecimento mútuo

#### Domínio II (direito da família abrangido pelo regulamento “Bruxelas II” e situações familiares geradas por relações que não sejam o casamento)

1ª etapa:

- Supressão do exequátur para as decisões relativas ao direito de visita
- Instrumento relativo às situações familiares geradas por relações que não sejam o casamento
- Alargamento do âmbito de aplicação às decisões que alteram as condições de exercício da responsabilidade parental fixadas nas decisões tomadas por ocasião do divórcio ou da separação

2ª etapa:

- Aplicação dos procedimentos simplificados do regulamento “Bruxelas I”
- Execução provisória e medidas cautelares

3ª etapa:

- Supressão geral do exequátur, em alguns domínios sob a forma de um Título Executório Europeu directamente executório em todos os Estados-Membros sem quaisquer medidas intermédias

#### Dezembro de 2000 - a Carta dos Direitos Fundamentais da UE

A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* foi proclamada no Conselho Europeu de Nice em Dezembro de 2000<sup>9</sup>. Os direitos consignados na Carta da UE constituem uma base firme para qualquer acção futura ao nível da UE, incluindo a futura legislação sobre poder paternal. Em especial, o artigo 24º da Carta da UE estabelece vários direitos processuais e substantivos do filho, inspirados na Convenção da ONU mencionada no ponto 3.1 (*ver* o Anexo 4).

=> **Em resumo:**

- (1) A Comunidade empreendeu um ambicioso programa gradual de reconhecimento mútuo com um duplo objectivo: 1) alargamento às matérias não cobertas pelos instrumentos comunitários existentes; e 2) supressão progressiva do exequátur para todas as decisões judiciais nos âmbitos do direito civil e comercial.**
- (2) No âmbito do direito da família, a primeira etapa do programa consiste num alargamento aos domínios não cobertos pelo regulamento “Bruxelas II”, bem como um projecto específico referente aos direitos de visita. Estes dois aspectos são complementares: o alargamento do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” é considerado pelo Conselho como um requisito prévio da iniciativa francesa que, por sua vez, prepara o terreno para as etapas 2 e 3.**
- (3) Simultaneamente, trabalha-se em medidas horizontais destinadas a reforçar a confiança mútua e a facilitar o reconhecimento.**

---

<sup>9</sup> *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - proclamação solene*, JO 2000 C364/1 (“Carta da UE”).

### 3. QUADRO INTERNACIONAL DE MEDIDAS EM MATÉRIA DE PODER PATERNAL

#### 3.1. Convenções internacionais em matéria de poder paternal

##### Convenção da Haia de 1996 em matéria de poder paternal

Um nova convenção, que não entrou em vigor até à data, a *Convenção da Haia de 1996 relativa ao poder paternal* (ver o Anexo 2)<sup>10</sup>, propõe-se substituir, nas relações entre os Estados Partes, a *Convenção da Haia de 1961 relativa à protecção dos menores*<sup>11</sup>. A Convenção de 1996 estabelece normas relativas à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais em matéria de poder paternal, incluindo o direito de visita. Enquanto a Convenção de 1961 dá prioridade à nacionalidade, a Convenção de 1996 baseia-se na competência do Estado Parte onde reside habitualmente o filho. A autoridade competente aplicará em princípio o seu direito interno, podendo transferir o caso para um órgão jurisdicional que esteja em melhores condições para dele conhecer. As decisões judiciais serão objecto de reconhecimento automático e os Estados Partes deverão facilitar um procedimento simples e rápido de exequátur. Estabelece-se um mecanismo para a cooperação entre as autoridades designadas para o efeito.

O facto de a competência judicial acompanhar as mudanças da residência habitual do filho coloca o risco do uso da força para estabelecer critérios de competência artificiais com o objectivo de obter a custódia do menor. Para dissuadir tais tácticas, tanto o regulamento “Bruxelas II”<sup>12</sup> como a Convenção de 1996 dão precedência à *Convenção da Haia de 1980 sobre o rapto internacional de crianças*, que teve bastante êxito e está em vigor em 36 Estados, incluindo os 15 Estados-Membros (ver o Anexo 2)<sup>13</sup>. O objectivo da Convenção de 1980 é a restauração do *statu quo* mediante o rápido retorno dos menores ilicitamente deslocados<sup>14</sup>. Com este fim, a convenção estabelece um sistema de cooperação entre autoridades para a restituição do menor ilicitamente deslocado, bem como para o exercício efectivo dos direitos de guarda e visita.

No entanto, a Convenção de 1980 também reconhece a necessidade de certas excepções à obrigação de restituição do menor, que devem ser interpretadas restritivamente. Assim, a alínea

---

<sup>10</sup> XXXIV *Convenção relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de regulação do poder paternal e de medidas de protecção dos filhos* (concluída em 19 de Outubro de 1996) (“Convenção de 1996”). Até à data, os Países Baixos são o único Estado-Membro que assinou (mas não ratificou) a convenção.

<sup>11</sup> X *Convenção relativa à competência das autoridades e à lei aplicável em matéria de protecção de menores* (concluída em 5 de Outubro de 1961) (“Convenção de 1961”). Em vigor na Áustria, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Espanha, bem como na Polónia, Suíça e Turquia. A Convenção de 1961 foi objecto de críticas devido à existência de critérios de competência concorrentes (nacionalidade e residência habitual), à insuficiência da cooperação entre autoridades e à ausência de disposições sobre a execução.

<sup>12</sup> O artigo 4º do regulamento “Bruxelas II” impõe que os órgãos jurisdicionais exerçam a sua competência em conformidade com o disposto na Convenção de 1980 e, em particular, nos seus artigos 3º e 16º. Isto significa que, após o rapto de um menor, o órgão jurisdicional da residência habitual legal do menor continua a poder exercer a sua competência face ao órgão jurisdicional da nova residência ‘de facto’ do menor.

<sup>13</sup> XXVIII *Convenção sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças* (concluída em 25 de Outubro de 1980). Foi apresentada uma proposta para a preparação de um protocolo relativo ao exercício do direito de visita.

<sup>14</sup> A deslocação ou a retenção de um filho consideram-se ilícitas quando infringem um direito de guarda atribuído nos termos da lei do Estado em que o menor tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção. Importa notar que o direito de guarda pode surgir, nomeadamente, por determinação legal, ou seja, sem necessidade de decisão judicial.

b) do artigo 13º estabelece uma excepção no caso de existir um risco grave de que a restituição exponha o menor a um dano físico ou psíquico ou a numa situação intolerável. A iniciativa francesa sobre os direitos de visita era, em parte, uma resposta aos problemas derivados, na prática, da alínea b) do artigo 13º, cuja aplicação se diz propender ao abuso.

#### Outros instrumentos internacionais

A *Convenção europeia sobre a guarda de menores* também enfrenta o problema das deslocações ilícitas, mediante normas sobre o reconhecimento e a execução das decisões sobre a custódia (ver o Anexo 3)<sup>15</sup>. Um sistema tripartido permite um número progressivamente maior de critérios de recusa da restituição do menor. A convenção foi ratificada por todos os Estados-Membros, embora com reservas, que na prática supõem que o número máximo de critérios de recusa seja aplicável em todos os casos.

A *Convenção europeia sobre a personalidade jurídica dos filhos nascidos fora do casamento* aspira a equiparar progressivamente a personalidade jurídica dos filhos nascidos dentro e fora de uma relação matrimonial<sup>16</sup>.

#### Para um *corpus* de direitos substantivos e processuais dos menores

Para além dos instrumentos atrás mencionados, destinados a facilitar o reconhecimento e a execução, observa-se uma tendência cada vez maior para o reconhecimento dos menores como titulares de um *corpus* de direitos tanto substantivos como processuais, como exemplifica a *Convenção da ONU de 1989 sobre os direitos da criança* (ver o Anexo 4)<sup>17</sup>. Como atrás se disse, foi incorporado na Carta da UE um artigo sobre os direitos da criança.

Conviria ainda mencionar o *projecto de convenção sobre os contactos com os filhos*<sup>18</sup>, em preparação no Conselho da Europa. Este projecto de convenção fixa vários princípios gerais, como o direito do menor a manter o contacto com ambos os progenitores, estabelecendo as adequadas salvaguardas e garantias, que podem incluir um mecanismo de reconhecimento/execução anterior ao contacto, bem como garantias financeiras. Prevê-se um sistema de cooperação entre autoridades, ficando estas autorizadas, não só a assegurar a restituição do menor, mas também a fixar ou modificar as condições de exercício do direito de visita.

A premissa básica que subjaz a estes direitos substantivos é a de que o 'interesse superior do menor' deve ser a preocupação primordial em todas as decisões que o afectem<sup>19</sup>. Além disso, um filho tem o direito de manter de forma periódica relações com ambos os progenitores, a menos que tal seja contrário ao seu superior interesse<sup>20</sup>. Quanto à parte processual, os filhos têm direito a ser ouvidos em todos os procedimentos que os afectem, de acordo com a sua idade e grau de maturidade<sup>21</sup>. A *Convenção europeia sobre o exercício dos direitos das crianças* (ver o Anexo 3)

---

<sup>15</sup> *Convenção europeia sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores* (Luxemburgo, 20-5-1980).

<sup>16</sup> *Convenção europeia sobre o estatuto jurídico dos filhos nascidos fora do casamento* (Estrasburgo, 15-10-1975). Em vigor em oito Estados-Membros.

<sup>17</sup> *Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança*, 20 de Novembro de 1989 ("Convenção da ONU").

<sup>18</sup> Na medida em que este projecto de convenção afecta o regulamento "Bruxelas II", deverá ser encarada a possibilidade de adesão da Comunidade.

<sup>19</sup> Artigo 3º da Convenção da ONU e nº 2 do artigo 24º da Carta da UE.

<sup>20</sup> Artigo 9º da Convenção da ONU e nº 3 do artigo 24º da Carta da UE.

<sup>21</sup> Artigo 12º da Convenção de ONU e nº 1 do artigo 24º da carta de UE.



estabelece mesmo o direito do filho a solicitar a nomeação de um representante especial, caso os titulares do poder paternal estejam impedidos de representá-lo<sup>22</sup>.

### 3.2. Implicações de uma possível adesão da Comunidade à Convenção de 1996

Em conformidade com a jurisprudência AETR do Tribunal de Justiça sobre competência externa<sup>23</sup>, os Estados-Membros já não podem aderir individualmente à Convenção de 1996, na medida em que as suas disposições sobre competência judicial e execução afectam normas comunitárias (ou seja, o regulamento “Bruxelas II”)<sup>24</sup>. Como consequência, a convenção é um acordo misto, a que os Estados-Membros e a Comunidade só conjuntamente podem aderir.

As consultas efectuadas durante a sua negociação orientaram-se no sentido de garantir uma interacção harmoniosa entre a Convenção de 1996 e a futura Convenção de “Bruxelas II”, concluída em 1998, a partir da qual se configurou posteriormente o regulamento “Bruxelas II”. Em primeiro lugar introduziu-se no artigo 10º da Convenção de 1996, que essencialmente corresponde ao nº 2 do artigo 3º do regulamento “Bruxelas II”<sup>25</sup>, a par da residência habitual do filho, o critério concorrente da competência do órgão jurisdicional do divórcio. Em segundo lugar, o artigo 52º da Convenção de 1996, a chamada cláusula de desconexão, autoriza os Estados contratantes a celebrar acordos a respeito dos menores que residam habitualmente em qualquer dos Estados que são parte nesses acordos<sup>26</sup>.

No que se refere a uma possível adesão da Comunidade à Convenção de 1996, podem contemplar-se as seguintes opções:

- a) Adesão à Convenção de 1996

Esta opção reconhece o esforço já realizado nas negociações e a importância de um quadro internacional coerente para abordar os problemas do poder paternal, que excedem frequentemente os limites da CE<sup>27</sup>. No entanto, a Comunidade, como tal, não participou nessas negociações, cujo

---

<sup>22</sup> *Convenção europeia sobre o exercício dos direitos das crianças* (Estrasburgo, 25-1-1996), artigo 4º.

<sup>23</sup> Processo 22/70, Comissão/Conselho, *Recueil* 1971, p. 263. Numa série de processos que começou com o caso AETR, o Tribunal de Justiça desenvolveu a teoria da competência externa implícita, segundo a qual, uma vez que a Comunidade tenha actuado em aplicação de uma política comum, os Estados-Membros já não podem adoptar medidas externas num domínio susceptível de afectar essa política comum. Nos casos em que a competência é partilhada entre a Comunidade e os Estados-Membros, o acordo internacional é um 'acordo misto', que só se aplicará em todos os seus elementos se os dois lados se tornarem partes.

<sup>24</sup> O regulamento "Bruxelas II" impõe o reconhecimento de todas as decisões judiciais, incluindo as baseadas numa competência residual em conformidade com o artigo 8º, mas também tem em conta qualquer compromisso internacional do Estado-Membro do reconhecimento: a alínea f) do artigo 15º estabelece que uma decisão posterior no Estado não membro de residência habitual do filho constitui um motivo de recusa do reconhecimento quando reúna as condições necessárias para o seu reconhecimento no Estado-Membro do reconhecimento. Além disso, o artigo 16º estabelece que, com base num acordo internacional, um Estado-Membro pode não reconhecer uma decisão fundada numa competência residual.

<sup>25</sup> Note-se que o artigo 10º da Convenção de 1996 introduz dois requisitos adicionais: o consentimento de uma terceira pessoa que detenha a responsabilidade parental e a residência habitual de um dos progenitores no Estado do divórcio no momento do início do procedimento.

<sup>26</sup> A tais acordos são assimiladas as leis uniformes baseadas em vínculos especiais, designadamente de carácter regional.

<sup>27</sup> A necessidade de reforçar a cooperação judicial em matéria de regulação do poder paternal coloca-se também no contexto das relações com países que não participam no quadro da Haia e pode ser abordada nos fóruns regionais adequados, como o processo de Barcelona para os países mediterrânicos.

objectivo era conciliar duas convenções internacionais (Bruxelas II era então um instrumento do terceiro pilar). Ainda que se tenha procurado expressamente ter em conta o estado de desenvolvimento do direito comunitário naquele momento, a Convenção de 1996 limita efectivamente o âmbito da futura acção comunitária no que respeita aos menores não residentes na CE. E se a Comunidade, após a adesão, desejar abranger os menores não residentes, ao desenvolver a sua política nesta área (*ver* o ponto 4.3 quanto a esta questão), poderá encontrar-se na posição delicada de ter que denunciar a convenção se as suas disposições já não forem conciliáveis com a futura política comunitária.

Dado que a Comunidade não é actualmente membro da Conferência da Haia, esta opção parte do princípio de que as dificuldades técnicas relacionadas com a adesão podem ser superadas, por exemplo, mediante um protocolo à convenção.

– b) Renegociação da Convenção de 1996

A Comunidade pode solicitar um reexame das disposições da convenção antes de se obrigar. Duas opções são possíveis: 1) essa renegociação pode limitar-se ao artigo 52º, de modo a que a Comunidade possa de imediato obrigar-se internacionalmente com base no texto acordado, mas sem impedir o desenvolvimento das políticas ao nível comunitário; ou, em alternativa, 2) a Comunidade pode tentar renegociar a parte dispositiva da convenção, na medida em que essas normas não respondam adequadamente às preocupações comunitárias.

Um reexame da parte dispositiva da Convenção de 1996 implicaria que se ponderasse se a simplicidade de uma regra baseada unicamente na residência habitual do filho pode em certos casos produzir resultados considerados insatisfatórios. Por exemplo, imagine-se o caso de um menor que, educado pelos pais num Estado-Membro (que é também o Estado-Membro da sua nacionalidade), se tivesse mudado recentemente com os avós reformados para um país terceiro, assim privando o Estado-Membro em questão de assumir a sua competência jurisdicional, inclusive em relação a medidas de poder paternal que serão exercidas no seu território.

Se um reexame, quer do artigo 52º, quer da parte dispositiva da convenção, já não for possível ou não produzir o resultado esperado, esta opção impedirá a adesão à Convenção de 1996. Colocar-se-ia também a questão da aplicação continuada da Convenção de 1961 em metade dos Estados-Membros<sup>28</sup>.

Uma advertência final: independentemente da posição que se adopte sobre a adesão da Comunidade à Convenção de 1996, deve ser tido em conta que essa adesão, por si só, não basta para garantir a igualdade de tratamento de todos os filhos, segundo o mandato do Conselho, nem para atingir o grau indispensável de simplificação do reconhecimento e da execução num espaço judicial comum. Não obstante, a Convenção de 1996 pode servir de inspiração para as regras comunitárias sobre competência judicial (*ver* o ponto 4.3).

=> **Em resumo:**

- (1) A Comunidade tem competência exclusiva nas matérias da Convenção de 1996 abrangidas pelo regulamento “Bruxelas II”. Consequentemente, a Convenção de 1996 apenas pode ser um acordo misto.**

---

<sup>28</sup> Se a Comunidade não aderir à Convenção de 1996, a Convenção de 1961 continuará em vigor nos Estados-Membros que a ratificaram. No entanto, na medida em que a aplicação da convenção não se limita aos menores que residem habitualmente num Estado contratante, a prioridade concedida ao Estado-Membro da nacionalidade do menor pode, em certos casos, não ser coerente com o regulamento "Bruxelas II".

- (2) Tendo em conta os limites que imporia à futura acção comunitária, as implicações de uma possível adesão da Comunidade à Convenção de 1996 deverão ser cuidadosamente estudadas.**
- (3) Em princípio, seria tão possível como desejável que um instrumento internacional coexistisse com um instrumento comunitário mais ambicioso.**
- (4) Em qualquer caso, a adesão da Comunidade à Convenção de 1996 não deveria prejudicar um instrumento comunitário mais ambicioso neste domínio.**

## 4. O CAMINHO A SEGUIR

### 4.1. O mandato do Conselho Justiça e Assuntos Internos de 30 de Novembro de 2000

O Conselho Justiça e Assuntos Internos adoptou em Novembro de 2000 o programa de reconhecimento mútuo, que claramente identifica como objectivo final a supressão do exequátur para o regulamento “Bruxelas II”, alargado às situações familiares ainda não abrangidas e às decisões modificativas de uma decisão original. Na mesma ocasião tornou-se evidente uma divergência de pontos de vista quanto aos passos seguintes para alcançar o objectivo final acordado. Em especial, o Conselho formulou fortes reservas quanto à supressão do exequátur nas decisões sobre o direito de visita, conforme previsto na iniciativa francesa, se isto não for acompanhado do alargamento do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” a fim de assegurar a igualdade de tratamento de todos os filhos.

Uma versão revista da iniciativa francesa apresentada em Dezembro de 2000 deixa em aberto o seu âmbito de aplicação, enquanto se aguarda a finalização do trabalho sobre o alargamento do âmbito do regulamento “Bruxelas II”. Daqui a necessidade de acelerar o nosso trabalho neste campo. Com este fim, formulamos em seguida algumas considerações preliminares.

### 4.2. Considerações preliminares sobre o alargamento do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II”

**=> Mediante uma alteração do regulamento “Bruxelas II” ou um novo regulamento?**

No que respeita à questão da forma, são óbvias as vantagens de um único instrumento que reúna todos os aspectos relativos à regulação do poder paternal. Em todo o caso, o grau de reconhecimento mútuo já alcançado no regulamento “Bruxelas II” deveria aplicar-se, como mínimo, a todas as decisões abrangidas pelo âmbito de aplicação ampliado.

Ao regular por agora a questão, puramente formal, de saber se o alargamento acordado deve assumir a forma de uma alteração ao regulamento “Bruxelas II” ou de um novo regulamento (que se basearia nas disposições do regulamento “Bruxelas II” sobre poder paternal), com as respectivas consequências quanto ao posicionamento da iniciativa sobre o direito de visita, importa analisar os seguintes aspectos:

**=> Que tipos de decisões devem ser abrangidos? (forma das decisões)**

A expressão ‘processos cíveis’ no regulamento “Bruxelas II” abarca não apenas os procedimentos judiciais, mas também os demais processos oficialmente reconhecidos nos Estados-Membros<sup>29</sup>. Para além das decisões das autoridades judiciais ou administrativas, o regulamento “Bruxelas II” considera equivalentes a ‘decisões’: 1) os actos autênticos exarados e dotados de executoriedade num Estado-Membro; e 2) as transacções celebradas perante juiz no decurso de um processo e executórias no Estado-Membro de origem<sup>30</sup>.

Importaria saber se o alargamento do âmbito de aplicação a decisões em matéria de poder paternal não associadas a processos relativos ao casamento milita em prol da tomada em

---

<sup>29</sup> Artigo 1º do regulamento “Bruxelas II”.

<sup>30</sup> Nº 3 do artigo 13º do regulamento “Bruxelas II”.

consideração de outros tipos de acordos privados, sancionados ou não por uma autoridade, desde que tenham força executiva no Estado-Membro de origem.

#### => **Que matérias devem ser abrangidas? (conteúdo das decisões)**

No que respeita ao conteúdo das decisões, o âmbito de aplicação não pode ser alargado unicamente para efeitos da iniciativa francesa (ou seja, decisões em matéria de direito de visita de um progenitor). Os mecanismos do regulamento “Bruxelas II” deveriam antes aplicar-se a todas as decisões em matéria de poder paternal, segundo o previsto na primeira etapa do programa de reconhecimento mútuo.

São possíveis várias opções com vista à supressão do vínculo estabelecido no regulamento “Bruxelas II” entre decisão em matéria de poder paternal e processos matrimoniais, da mais geral à mais específica:

- todas as decisões (estejam ou não relacionadas com a ruptura familiar)
- decisões relacionadas com a ruptura familiar (no momento da ruptura ou num momento posterior)
- decisões proferidas por ocasião do divórcio ou da separação (regulamento “Bruxelas II”) e decisões que modificam estas decisões<sup>31</sup>
- decisões proferidas por ocasião do divórcio ou da separação (regulamento “Bruxelas II”).

A primeira opção, provavelmente, responderia melhor ao propósito do programa de reconhecimento mútuo de desvincular as decisões em matéria de poder paternal dos processos matrimoniais.

#### => **A que filhos deveria aplicar-se?**

As disposições do regulamento “Bruxelas II” são aplicáveis aos filhos comuns, enquanto a iniciativa francesa se limita aos filhos menores de 16 anos. O problema do limite de idade é uma consideração substantiva que se abordará no contexto do reconhecimento da autonomia do menor (*ver infra* o ponto 4.5).

No que respeita à primeira questão, limitando-se o âmbito de aplicação às ‘decisões relacionadas com a ruptura familiar’, estas poderiam razoavelmente envolver apenas os ‘filhos da família’, incluindo, por exemplo, os filhos de um dos cônjuges, de um matrimónio anterior. No entanto, o mandato do Conselho é inequívoco neste ponto: o regulamento deverá abarcar todos os filhos, independentemente da sua situação familiar e antecedentes. Uma vez desligadas completamente as decisões sobre poder paternal dos processos matrimoniais, o alargamento aos filhos de um dos cônjuges ganharia em ser abordado como parte da questão referente às pessoas que exercem o poder paternal ou dispõem de um direito de visita (*ver infra*).

---

<sup>31</sup> O presente documento de reflexão ocupa-se unicamente das decisões em matéria de regulação do poder paternal. Por conseguinte, não se discute aqui o possível alargamento do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” para ter em conta a desintegração de estruturas familiares diferentes do matrimónio (o grau de reconhecimento de tais estruturas pode variar consideravelmente de um Estado-Membro para outro). De facto, uma vez a decisão em matéria de regulação do poder paternal desligada da desintegração familiar, não será necessário considerar outras formas de desintegração familiar (que podem não estar abrangidas pelo regulamento “Bruxelas II”) para este efeito. Do mesmo modo, também não são considerados os aspectos patrimoniais (área 3 do programa de reconhecimento mútuo).

### => Quem pode exercer o poder paternal ou dispor do direito de visita?

Este problema não é abordado expressamente no regulamento “Bruxelas II”<sup>32</sup>, enquanto a iniciativa francesa se limita ao direito de visita exercido “por um dos pais”. No entanto, alguns Estados-Membros assinalaram a necessidade do reconhecimento de decisões que concedem direitos de visita a terceiras pessoas, como por exemplo um antigo cônjuge de um dos progenitores. Neste contexto, é possível considerar as seguintes possibilidades:

- nenhuma disposição que limite o leque de pessoas que podem exercer o poder paternal ou beneficiar do direito de visita
- um dos pais + um membro da ‘família’ anterior do filho (por exemplo, um antigo cônjuge) - esta opção poderá ser conveniente para um âmbito de aplicação ligado à desintegração familiar<sup>33</sup>
- um dos pais (como na iniciativa francesa).

Suscita-se a questão de justificar a introdução num instrumento comunitário sobre reconhecimento mútuo de qualquer limitação substantiva adicional (ou seja, para além das que já existem em conformidade com o direito nacional aplicável). Em vez disso poder-se-ia prever que, embora a extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” não implique qualquer restrição, a supressão do exequátur para as decisões relativas ao direito de visita fosse acompanhada de uma limitação do número de pessoas que podem beneficiar deste direito. A questão prende-se estreitamente com as relações existentes entre o “poder paternal” e o “direito de visita”, que serão examinadas mais adiante.

Para além da possibilidade de limitar a gama de pessoas que exercem o poder paternal ou beneficiam do direito de visita, alguns Estados-Membros têm sugerido incluir a obrigação positiva de considerar o direito de visita de certas categorias de pessoas. Esta questão será examinada mais abaixo, no ponto 4.5.

### => Deverão ser fornecidas definições para os termos ‘poder paternal’, ‘direito de guarda’, ‘direito de visita’ e ‘família’ ou ‘lar’ ?

O regulamento “Bruxelas II” não inclui uma definição de poder paternal, deixando portanto esta matéria para o direito nacional. É possível, no entanto, desenvolver-se uma certa convergência graças aos instrumentos internacionais aplicáveis (*ver*, por exemplo, a definição de ‘poder paternal’ na Convenção de 1996)<sup>34</sup>. Haverá que decidir se se deve incluir uma definição de “poder paternal” e quais as suas relações com o “direito de guarda” e o “direito de visita”.

---

<sup>32</sup> Ainda que a redacção do nº 2 do artigo 15º e o vínculo com os procedimentos matrimoniais no regulamento em geral possam sugerir uma limitação a um dos cônjuges, o âmbito de aplicação do regulamento não está de modo algum limitado a este respeito.

<sup>33</sup> O projecto de convenção europeia sobre os contactos com os filhos discutido no ponto 3.1 reconhece o direito da criança a manter contactos, não só com os progenitores, mas também com as pessoas com quem tenha laços familiares e, eventualmente, com outras pessoas, em função do seu superior interesse. Neste contexto, os ‘laços familiares’ são definidos como “uma relação próxima, por exemplo, entre a criança e os seus avós ou irmãos, derivada de uma relação consanguínea ou por força da lei ou, alternativamente, de uma relação familiar *de facto*”.

<sup>34</sup> O artigo 1º da Convenção de 1996 faz referência à autoridade “dos pais, tutores ou outros representantes legais”, e as medidas cujo reconhecimento e execução devem ser assegurados incluem expressamente o direito de guarda, compreendendo o direito de determinar o lugar de residência da criança, o direito de visita e a colocação da criança numa família de acolhimento ou num

Uma definição de ‘família’ (ou de ‘lar’) poderá também ser útil se o âmbito de aplicação estiver ligado à desintegração familiar.

### **4.3. REGRAS DE COMPETÊNCIA PARA AS NOVAS SITUAÇÕES**

A extensão do âmbito de aplicação exige regras sobre competência para fazer face a estas novas situações.

#### **=> No que respeita aos filhos que residem habitualmente na Comunidade**

Uma solução simples seria estabelecer a competência do Estado-Membro da residência habitual do filho, mantendo ao mesmo tempo a competência do órgão jurisdicional do divórcio, como está previsto no regulamento “Bruxelas II” .

Há situações, no entanto, em que, embora o filho resida habitualmente num Estado-Membro, existe uma conexão suficientemente estreita com outro Estado-Membro para justificar o exercício da competência. Com este fim, a nova legislação poderá:

- a) Apoiar-se num mecanismo (similar ao previsto na Convenção de 1996) que permita ao Estado-Membro de residência habitual do filho renunciar à sua competência em benefício de outro Estado-Membro, ou
- b) Prever, para além da residência habitual do filho, critérios alternativos de competência (a residência habitual de ambos os progenitores, a residência habitual anterior do filho ou a sua nacionalidade comum são possíveis elementos de conexão). Por exemplo, os critérios alternativos de competência estabelecidos no nº 1 do artigo 2º do regulamento “Bruxelas II” em caso de divórcio, separação ou anulação do matrimónio, ou as garantias do nº 2 do artigo 3º para os filhos não residentes poderão ser igualmente apropriados para as decisões sobre poder paternal no caso de outras formas de desintegração familiar.

A primeira opção pode resultar ineficaz na prática, na medida em que se baseia unicamente na discricção do Estado-Membro de residência habitual do filho e requer que os procedimentos se iniciem nesse Estado-Membro, enquanto a segunda opção faz correr o risco de complicar indevidamente o regime de competência.

Assim, haverá que ponderar até que ponto: 1) o Estado-Membro da decisão original pode, durante um prazo limitado, continuar a ser competente para alterar essa decisão original; e 2) o Estado-Membro de execução pode ser competente para fixar as modalidades dessa execução.

#### **=> No que respeita aos filhos que residem habitualmente fora da Comunidade**

No caso dos filhos que têm uma conexão essencial com um Estado-Membro, mas não residem habitualmente no mesmo, podem contemplar-se as seguintes opções:

- a) Nenhuma disposição

Como consequência, os Estados-Membros exerceriam a sua competência em conformidade com o seu direito nacional, mas estas decisões nem sempre gozariam de reconhecimento em todo o

---

estabelecimento (artigo 3º). O artigo 3º da Convenção de 1980 menciona o "direito de guarda, atribuído a uma pessoa, uma instituição ou qualquer outra entidade".

território da CE<sup>35</sup>. Por outro lado, caso se adoptasse uma decisão afirmativa quanto à adesão à Convenção de 1996, os Estados-Membros ficariam impedidos de exercer a sua competência quanto aos filhos residentes habitualmente noutra Parte.

- b) Aplicação residual do direito interno, a par de um reconhecimento pleno ou limitado

De maneira similar ao regime de “Bruxelas II”, as decisões baseadas num critério de competência residual em conformidade com o direito nacional, em relação a filhos não residentes na CE, gozariam de reconhecimento pleno nos restantes Estados-Membros. Este reconhecimento poderá ser oportunamente limitado, em conformidade com os acordos internacionais existentes que vinculem o Estado-Membro de reconhecimento ou futuros acordos negociados a nível comunitário. A adesão à Convenção de 1996 impediria a competência no caso de filhos residentes habitualmente noutra Parte.

- c) Enumeração de critérios alternativos de competência no regulamento

Tal como no interior da CE, esta opção parte do princípio de que há situações em que, embora o filho não resida habitualmente num Estado-Membro, existe uma conexão suficientemente estreita para justificar o exercício da competência.

No entanto, o valor acrescentado da enumeração de critérios de competência (que desta maneira gozariam do reconhecimento pleno) é mais limitado no contexto extracomunitário, posto que estas disposições apenas seriam úteis nas situações em que existissem vínculos estreitos com três países (o Estado-Membro da decisão, o terceiro país de residência habitual do filho e o Estado-Membro onde se pretende o reconhecimento). O limitado valor acrescentado de uma disposição deste tipo justificaria o afastamento da norma simples da residência habitual do filho?

Resulta óbvio que, ao elaborar normas relativas aos filhos não residentes na Comunidade, deve abordar-se igualmente a questão da adesão à Convenção de 1996.

#### **=> Definir ‘residência habitual’ no regulamento ?**

Haverá que decidir se se deve fornecer uma definição de ‘residência habitual’ derivada da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

#### **4.4. OUTROS PROBLEMAS**

##### **=> Lei aplicável**

A questão da lei aplicável não é abordada no regulamento “Bruxelas II”. A Convenção da Haia de 1996 faz referência à lei interna do foro (a menos que circunstâncias excepcionais imponham a aplicação da lei de outro Estado com uma estreita conexão) e impede o reenvio.

Em termos gerais, o programa do reconhecimento mútuo não prejudica a questão da lei aplicável. Actualmente, continua em aberto a questão de saber se deve prosseguir a harmonização das

---

<sup>35</sup> Naturalmente, as decisões referentes à regulação do poder paternal em relação a crianças não residentes, abrangidas pelo artigo 8º do regulamento “Bruxelas II”, continuariam a ser reconhecidas em toda a CE na medida do permitido pelo artigo 16º do mesmo regulamento.



normas sobre a determinação da lei aplicável em matéria de divórcio e de poder paternal como meio para facilitar o reconhecimento mútuo<sup>36</sup>.

#### => **Cooperação entre autoridades**

Independentemente de se estabelecer um mecanismo comunitário na nova legislação ou de a cooperação continuar a basear-se nos mecanismos existentes, as autoridades nacionais competentes poderão participar como pontos de contacto na Rede Judicial Europeia para matérias civis e comerciais, actualmente em vias de criação.

A necessidade de disposições que reforcem a cooperação entre autoridades (por exemplo, na forma de disposições sobre o retorno, como ocorre na iniciativa francesa) depende de se considerarem satisfatórios os mecanismos de cooperação existentes (como os da Convenção de 1980)<sup>37</sup>. Por exemplo, foi sugerido o estabelecimento de um prazo para o retorno do filho.

Além disso, o Conselho Justiça e Assuntos Internos de 30 de Novembro de 2000 sublinhou a importância da mediação para solucionar os conflitos familiares. Com este fim, conviria prever um papel mais activo para as autoridades.

#### => **Garantias adicionais**

Ainda que a actual reflexão se centre no alargamento do regulamento “Bruxelas II” e não aborde os aspectos técnicos da supressão do exequátur, impõem-se algumas palavras sobre as garantias.

Por um lado, foi expressa alguma preocupação em torno da necessidade de que as autoridades do Estado-Membro de execução intervenham em circunstâncias excepcionais. Com este fim, a iniciativa francesa estabelece um procedimento de urgência para suspender a execução por diversos motivos (limitados em comparação com os motivos de recusa do reconhecimento no regulamento “Bruxelas II”) e no caso de uma decisão transitada de recusa do reconhecimento. Neste contexto, vale a pena observar que o regulamento “Bruxelas II” permite sempre que os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro onde se encontra o filho adoptem medidas cautelares<sup>38</sup>.

Por outro lado, a iniciativa francesa reconhece que, se se facilitar o exercício do direito de visita, haverá que proteger melhor o progenitor que detém a guarda mediante ulteriores limitações à capacidade do progenitor beneficiário do direito de visita para invocar a excepção de ‘risco grave’ da alínea b) do artigo 13º da Convenção de 1980 com o fim de bloquear a restituição do menor. Questão: será necessária uma nova formulação, em lugar de confiar numa interpretação estrita da Convenção de 1980? Alternativamente, propôs-se o estabelecimento de garantias anteriores ao exercício do direito de visita, mediante o pedido de uma declaração de reconhecimento da decisão que atribuiu a guarda do menor ou a obtenção de um compromisso para esse efeito por parte das autoridades do Estado-Membro de visita ou do titular do direito de visita. Esta perspectiva mais dinâmica parece ter inspirado o projecto de Convenção europeia sobre os contactos com os filhos (*ver* o ponto 3.1).

---

<sup>36</sup> Após um questionário aos Estados-Membros sobre este problema, que suscitou reacções diferentes, a Comissão pensa iniciar em 2001 um estudo sobre os problemas práticos derivados da divergência das normas sobre determinação da lei aplicável em matéria de divórcio.

<sup>37</sup> O mecanismo de cooperação da Convenção de 1980 será objecto de exame numa reunião especial da Comissão na Haia em Março de 2001.

<sup>38</sup> O artigo 12º do regulamento “Bruxelas II” estabelece que os órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro podem adoptar medidas provisórias ou cautelares relativas às pessoas ou bens presentes no mesmo Estado.

A necessidade de garantias para contrabalançar a facilidade da execução depende da eficácia da cooperação e do nível de confiança que se tenha criado entre as autoridades dos Estados-Membros. Para reforçar esta confiança, a Comissão prevê trabalhar em diversas medidas horizontais, incluindo regras mínimas para a execução.

#### **=> Regras mínimas para a execução**

Na medida em que a execução continua a realizar-se em conformidade com o direito nacional, que pode diferir consideravelmente de um Estado-Membro para outro, continua a ser até certo ponto possível ‘modificar’, na prática, uma decisão ao nível da execução. Em alguns casos, esta mesma razão explica que, embora não seja possível impedir o reconhecimento de uma decisão, acabe por se frustrar a sua execução. Por isso, pode valer a pena examinar os problemas derivados, na prática, das divergências das normas de execução nacionais em matéria de direito da família, analisando se convém ou não adoptar um certo grau de harmonização ou estabelecer um conjunto de normas mínimas. Entre as medidas horizontais do programa de reconhecimento mútuo inclui-se esta tarefa, que poderá ser levada a cabo paralelamente ao exame da nova legislação em matéria de poder paternal.

Por último, a Comissão está a trabalhar noutras medidas ‘processuais’ dirigidas a facilitar a livre circulação das decisões na Comunidade. Após a aprovação de um regulamento destinado a facilitar a transmissão de documentos, em Maio de 2000, continuará o trabalho no sentido da harmonização das normas sobre notificação e citação.

#### **4.5. CONSIDERAÇÕES SUBSTANTIVAS**

##### **=> O lugar da opinião do menor no processo**

Alguns Estados-Membros têm sugerido que a nova legislação reforce a participação do menor nas decisões que o afectem. Isto significa ir além dos requisitos do regulamento “Bruxelas II” para dar ao menor a oportunidade de ser ouvido, sendo as suas opiniões tomadas em consideração, consoante a sua idade e maturidade. Por exemplo, o regulamento pode estabelecer que o menor tenha um direito incondicional a ser ouvido, ou até que os seus desejos sejam respeitados, desde que tenha alcançado determinada idade. Mas não se deve esquecer que este direito tem sido tradicionalmente restringido (em função da idade e maturidade do filho) com um propósito importante: proteger o menor da sua própria inexperiência ou da manipulação por parte de outras pessoas e permitir a discricção do juiz nesta delicada matéria.

##### **=> Os titulares do direito de visita**

Ao contrário do que ocorre com o regulamento “Bruxelas II”, que deixa o problema ao cuidado do direito nacional, sugeriu-se que a nova legislação vá mais longe na regulação do exercício do direito de visita; por exemplo, estabelecendo que qualquer membro anterior da família do filho, como um antigo cônjuge de um dos progenitores, beneficie do direito de visita ou possa requerê-lo.

Em geral, estas considerações substantivas relativas à participação do filho nos procedimentos e à titularidade do direito de visita podem configurar-se como requisitos que as decisões devem satisfazer para gozarem de reconhecimento nos restantes Estados-Membros. Por um lado, e na medida em que tais matérias constituem aspectos cruciais das diferentes tradições jurídicas nacionais, pode suceder que certos Estados-Membros se mostrem renitentes em facilitar ainda mais o reconhecimento sem tais requisitos. Por outro, existe um risco real de que a sua inclusão suponha avançar pelo terreno resvaladiço da análise do fundo da decisão pelo Estado-Membro do reconhecimento, o que frustraria o próprio objectivo do reconhecimento mútuo.

=> **Em resumo:**

- (1) A extensão do mecanismo “Bruxelas II” a todas as decisões judiciais em matéria de poder paternal, independentemente do seu objecto, dos filhos afectados ou das pessoas que podem exercer o poder paternal, responderia melhor ao mandato do Conselho Justiça e Assuntos Internos de 30 de Novembro de 2000 e cumpriria a primeira etapa do programa de reconhecimento mútuo.**
- (2) Esta extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” exigiria o estabelecimento de normas sobre competência judicial para abarcar as novas situações. Para além da residência habitual do filho, que é o ponto de partida óbvio, estas normas poderiam também prever critérios alternativos de competência. No caso de filhos residentes na Comunidade, poderia prever-se um mecanismo de reenvio do processo para outro Estado-Membro ou regras especiais sobre competência. No caso de filhos residentes num país terceiro, é uma opção digna de consideração a competência residual de um Estado-Membro em conformidade com o seu direito nacional. Neste último caso importaria examinar a questão da adesão à Convenção de 1996.**
- (3) Neste contexto, há que analisar ainda várias questões conexas, tanto processuais como substantivas.**

## **5. OBSERVAÇÕES FINAIS**

- (1) Este documento de trabalho visa balizar o debate que vai prosseguir com vista à apresentação pela Comissão de uma proposta de regulamento sobre poder paternal. A Comissão está plenamente consciente da necessidade de acelerar o trabalho com este objectivo, considerado pelo Conselho Justiça e Assuntos Internos de 30 de Novembro de 2000 como um requisito prévio da iniciativa francesa sobre o direito de visita. Tendo em conta o mandato do Conselho relativo à igualdade de tratamento de todos os filhos, a Comissão considera que o âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” deverá agora ser alargado a todas as decisões em matéria de poder paternal. No que se refere à competência, este documento de trabalho abre o debate: uma regra simples baseada na residência habitual do filho será adequada para o efeito?
- (2) Este trabalho insere-se no quadro do programa de reconhecimento mútuo, cujo objectivo final é a supressão do exequátur em matéria civil e comercial. A extensão do âmbito de aplicação do regulamento “Bruxelas II” figura na primeira fase das medidas no domínio da família, juntamente com a abolição do exequátur para as decisões sobre o direito de visita. Este último é um dos dois projectos específicos, actualmente em curso, de supressão do exequátur em áreas limitadas (o outro refere-se aos créditos não impugnados em matéria comercial (“Bruxelas I”) e foi discutido no Conselho informal Justiça e Assuntos Internos de 8 de Fevereiro de 2001).
- (3) Por muito louvável que seja o objectivo de suprimir o exequátur na Comunidade, os problemas do poder paternal ultrapassam frequentemente as fronteiras da CE, exigindo a procura de soluções a nível internacional. Como se viu, o problema da possível adesão da Comunidade à Convenção da Haia de 1996 sobre o poder paternal deverá ser analisado paralelamente à elaboração da legislação comunitária. Com o mesmo fim, deverá propiciar-se um diálogo com os países que não participam no quadro da Haia noutros fóruns regionais, por exemplo como parte do processo de Barcelona com os nossos parceiros mediterrânicos. Um quadro comunitário coerente na CE não deixará de incentivar este diálogo internacional.

### Disposições do regulamento “Bruxelas II” sobre a regulação do poder paternal

<b>Âmbito de aplicação</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– processos cíveis relativos ao <u>poder paternal em relação aos filhos comuns do casal por ocasião das acções relativas ao divórcio, separação de pessoas e bens ou anulação do casamento</u> (alínea <i>b</i>) do n° 1 do artigo 1°)</li> <li>– com exclusão da Dinamarca (n° 3 do artigo 1°)</li> </ul>
<b>Competência judicial</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <u>competência limitada no tempo do tribunal do divórcio</u>: 1) quando o filho resida habitualmente nesse Estado-Membro; 2) quando o filho resida habitualmente num dos Estados-Membros, se pelo menos um dos cônjuges exercer o poder paternal e a competência desses tribunais tiver sido aceite pelos cônjuges e corresponder aos superiores interesses do filho (artigo 3°)</li> <li>– deve exercer-se em conformidade com o disposto na Convenção da Haia de 1980 sobre o rapto internacional de menores (artigo 4°)</li> <li>– de carácter exclusivo em relação aos cônjuges que são nacionais de um Estado-Membro ou têm a sua residência habitual num Estado-Membro (artigo 7°); <u>competência residual</u> por referência ao direito nacional (artigo 8°); mas as decisões podem não ser reconhecidas nos termos de um acordo internacional (artigo 16°)<sup>39</sup></li> <li>– possibilidade de adoptar medidas provisórias ou cautelares previstas no ordenamento jurídico nacional para proteger pessoas ou bens presentes num Estado-Membro (artigo 12°)</li> <li>– <u>litispêndência</u>: o tribunal em que a acção foi instaurada em segundo lugar suspende oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal em que a acção foi instaurada em primeiro lugar (artigo 11°)</li> </ul>
<b>Reconhecimento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <u>reconhecimento automático</u> (ou seja, sem procedimento algum); pode-se solicitar uma decisão sobre o reconhecimento (artigo 14°); pode-se suspender o procedimento de reconhecimento, se a decisão for objecto de recurso (artigo 20°)</li> <li>– lista exhaustiva de <u>motivos imperativos de recusa do reconhecimento</u>: ordem pública, tendo em conta os superiores interesses do filho; direitos da defesa; citação ou notificação irregular em decisões proferidas à revelia; direito do filho (ou de outra pessoa) a ser ouvido; decisão posterior inconciliável (artigo 15°)</li> </ul>
<b>Execução</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <u>procedimento unilateral (a requerimento de uma das partes) para a obtenção de um exequátur</u>, recorrível por qualquer das partes em prazos estritos (artigo 26°); o pedido só pode ser recusado pelos motivos que obstam ao reconhecimento (artigo 21°) e nos termos de um acordo internacional (artigo 16°)</li> <li>– procedimento de execução em conformidade com o direito nacional</li> </ul>
<b>Acordos entre Estados-Membros</b>	possibilidade de celebração de acordos entre Estados destinados a completar as disposições do regulamento ou a facilitar a sua aplicação (artigo 39°) <sup>40</sup>
<b>Relação com convenções internacionais</b>	prevalece, <i>nomeadamente</i> , sobre a Convenção da Haia de 1961 relativa à protecção de menores, a Convenção da Haia de 1996 sobre o poder paternal e a Convenção europeia de 1980 sobre a guarda de menores (artigo 37°)
<b>Entrada em vigor</b>	1 de Março de 2001 (artigo 46°)

<sup>39</sup> O artigo 16° faz referência a acordos internacionais preexistentes celebrados individualmente pelos Estados-Membros, bem como a qualquer acordo futuro negociado pela Comunidade.

<sup>40</sup> Note-se que o artigo 39° se limita a arranjos práticos, limitados no tempo, entre os Estados-Membros, que não podem introduzir excepções ao disposto nos Capítulos II e III do regulamento e para cuja execução não foi possível um instrumento comunitário.

## Convenção da Haia de 1996 sobre o poder paternal

<b>Âmbito</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>crianças</b> &lt; 18 anos (artigo 2º)</li> <li>– <b>poder paternal</b> inclui a <i>patria potestas</i> ou qualquer outra relação análoga de autoridade que determine os direitos, faculdades e responsabilidades dos pais, tutores ou outros representantes legais em relação à pessoa ou aos bens do menor (nº 2 do artigo 1º); incluindo o <u>direito de visita</u> e o direito de levar o menor durante um período limitado de tempo para um lugar diferente daquele em que tem a sua residência habitual (alínea <i>b</i>) do artigo 3º)</li> </ul>
<b>Competência</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– das autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante em que <u>o menor tenha a sua residência habitual</u> (artigo 5º); com excepção de determinados casos de deslocação ilícita (artigo 7º)</li> <li>– <i>forum non conveniens</i> : possibilidade de transferir a competência para as autoridades de outro Estado contratante em melhores condições para avaliar os interesses do menor (artigos 8º e 9º)</li> <li>– <u>competência concorrente do tribunal do divórcio, separação ou anulação</u>, como no regulamento “Bruxelas II” (requisito adicional: consentimento de uma terceira pessoa que detenha o poder paternal e de um dos progenitores com residência habitual no Estado do divórcio no momento em que se inicie o procedimento) (artigo 10º)</li> <li>– competência concorrente do Estado em cujo território se encontre o menor ou bens a ele pertencentes em casos de urgência e para adoptar medidas de carácter provisório com efeito territorial limitado (artigos 11º e 12º)</li> <li>– conflitos de competências concorrentes (artigo 13º)</li> </ul>
<b>Lei aplicável</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– lei do foro; pode aplicar-se excepcionalmente a lei de outro Estado com uma conexão substancial (artigo 15º)</li> <li>– <i>excluído o reenvio</i> (artigo 21º)</li> <li>– excepção de ordem pública, tendo em conta os superiores interesses do menor (artigo 22º)</li> </ul>
<b>Reconhecimento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– oficioso ( nº 1 do artigo 23º)</li> <li>– lista de motivos de recusa não imperativos; em comparação com o regulamento “Bruxelas II”, inclui também a revisão de competência (nº 2 do artigo 23º)</li> </ul>
<b>Execução</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– pedido de declaração de exequátur ou registo para efeitos de execução; procedimento “simples e rápido”; só pode ser negada por alguma das razões de recusa do reconhecimento (artigo 26º)</li> <li>– em conformidade com a lei do Estado requerido, na medida em que essa lei assim estabeleça, tendo em conta os interesses do menor (artigo 28º)</li> </ul>
<b>Cooperação entre autoridades centrais</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– assistência mútua, inclusive para garantir o exercício efectivo do direito de visita e do direito de contacto directo com carácter regular (nº 1 do artigo 35º)</li> <li>– atestado de aptidão para o progenitor que solicite o direito de visita (nº 2 do artigo 35º)</li> <li>– certificado internacional sobre direito de guarda (artigo 40º)</li> </ul>
<b>A chamada ‘cláusula de desconexão’</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Estados contratantes autorizados a celebrar acordos <u>em relação aos menores que residam habitualmente em qualquer dos Estados Partes nesses acordos; aplicável também às leis uniformes sobre vínculos especiais, nomeadamente de índole regional</u> (artigo 52º)</li> </ul>

<b>Relação com outros instrumentos</b>	substitui a Convenção da Haia de 1961 relativa à protecção de menores; primado da Convenção da Haia de 1980 sobre raptos internacionais de menores (artigo 50º)
<b>Entrada em vigor</b>	ainda não entrou em vigor; os Países Baixos são o único EM que assinou (mas não ratificou) a convenção

### **Convenção da Haia de 1980 sobre raptos internacionais de menores**

<b>Âmbito de aplicação</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Qualquer <b>criança</b> &lt; 16 anos que tenha tido a sua residência habitual num Estado contratante imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita (artigo 4º)</li> <li>– <b>deslocação ou retenção ‘ilícitas’</b> quando <u>violar um direito de custódia nos termos da lei do Estado da residência habitual do menor</u> imediatamente antes da sua deslocação ou retenção, quando esse direito estiver a ser exercido de maneira efectiva ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido; o direito de custódia pode resultar, quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente (artigo 3º)</li> <li>– <b>‘direito de custódia’; ‘direito de visita’</b>(artigo 5º)</li> </ul>
<b>Cooperação entre autoridades centrais</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>designadamente</i>, para iniciar ou facilitar a abertura de um procedimento que vise o regresso da criança ou permita a regulação ou o exercício efectivo do direito de visita (artigo 7º)</li> <li>– pedido de assistência à autoridade central da residência habitual da criança ou à de qualquer outro Estado contratante para assegurar o regresso da criança (artigo 8º) ou para garantir o exercício efectivo do direito de visita (artigo 21º)</li> <li>– ordenará o regresso da criança se tiver decorrido menos de <u>um ano</u> desde o momento em que ocorreu a deslocação ilícita; nos demais casos, ordenará também o regresso do menor, salvo se ficar demonstrado <u>que o menor se encontra integrado no seu novo meio</u> (artigo 12º)</li> </ul>
<b>Possíveis excepções à restituição do menor</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– direito de guarda não exercido ou aceitação da deslocação ou retenção (alínea <i>a</i>) do artigo 13º)</li> <li>– <u>risco grave de que o regresso do menor o exponha a um perigo de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outra maneira, o sujeite a uma situação intolerável</u> (alínea <i>b</i>) do artigo 13º)</li> <li>– oposição do menor com idade e maturidade bastantes (artigo 13º)</li> <li>– princípios fundamentais do Estado requerido em matéria de protecção dos direitos do homem e liberdades fundamentais (artigo 20º)</li> </ul>
<b>Relação com outros instrumentos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– não impede que se aplique outro instrumento para obter o regresso de um menor deslocado ilicitamente ou para organizar o direito de visita (artigo 34º)</li> <li>– os Estados contratantes podem acordar em limitar as restrições ao regresso (artigo 36º)</li> </ul>
<b>Entrada em vigor</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– entrada em vigor em 1-12-1983</li> <li>– ratificada por todos os Estados-Membros</li> </ul>

### Convenção europeia STE 105 sobre a guarda de menores

<b>‘Deslocação ilícita’</b>	quando viole uma decisão relativa à guarda de menores proferida num Estado contratante e executória nesse Estado, incluindo a não entrega de um menor, terminado o período do exercício de um direito de visita (alínea <i>d</i> ) do artigo 1º)
<b>Cooperação entre autoridades centrais</b>	
<b>Reconhecimento e execução</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– reconhecimento das decisões relativas à guarda proferidas num Estado contratante e execução se forem executórias no Estado de origem (artigo 7º)</li> <li>– “processo simples e rápido” (artigo 14º)</li> <li>– o Estado requerido pode fixar as modalidades do exercício do direito de visita (artigo 11º)</li> </ul>
<b>Sistema tripartido de restauração da custódia após a deslocação ilícita</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– nenhum dos motivos de recusa se o menor e os pais forem nacionais do Estado onde se proferiu a decisão e o menor tiver a sua residência habitual nesse Estado, ou se não tiver sido restabelecida a guarda do menor ao finalizar o período acordado de visita, e tiver sido dirigido a uma autoridade central um pedido de restituição dentro do prazo de 6 meses (artigo 8º)</li> <li>– motivos de recusa limitados a questões processuais em casos diferentes, se o pedido tiver sido apresentado dentro do prazo de 6 meses (artigo 9º)</li> <li>– motivos de recusa adicionais nos demais casos: princípios fundamentais do direito, alterações das circunstâncias (designadamente, ouvido o menor), vínculo do menor com o Estado requerido ou existência de uma decisão incompatível (artigos 10º e 15º)</li> <li>– reservas possíveis a respeito dos artigos 8º e 9º pelos motivos adicionais do artigo 10º (artigo 17º)</li> </ul>
<b>Relação com outros instrumentos</b>	Os Estados contratantes podem aplicar entre si uma legislação uniforme no que respeita à guarda ou algum sistema particular de reconhecimento ou de execução (artigo 20º)
<b>Entrada em vigor</b>	– 1 de Setembro de 1983; em vigor em todos os Estados-Membros, mas com amplo recurso às reservas previstas no artigo 17º

### Convenção europeia STE 160 sobre o exercício dos direitos da criança

<b>Âmbito</b>	crianças < 18 anos (artigo 1º)
<b>Direitos processuais da criança</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– direito do menor a ser informado e a expressar as suas opiniões nos procedimentos que o afectem (artigo 3º)</li> <li>– direito do menor a solicitar a nomeação de um representante especial (artigo 4º)</li> </ul>
<b>Relação com outros instrumentos</b>	não impede a aplicação de outros instrumentos (artigo 15º)
<b>Entrada em vigor</b>	1 de Julho de 2000; em vigor unicamente num Estado-Membro (Grécia)



## Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

### Artigo 24º - Direitos da criança

- |     |  |
|-----|--|
| (1) | As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. |
| (2) | Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.   |
| (3) | Todas as crianças têm o <u>direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores</u> , excepto se isso for contrário aos seus interesses.  |

### Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os direitos da criança

Artigo 1º	<b>‘criança’</b> : todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo
Artigo 3º	consideração primordial: o <b>‘interesse superior da criança’</b>
Artigo 9º	<ul style="list-style-type: none"> <li>– direito da criança a não ser separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se se decidir que essa separação é necessária no interesse superior da criança</li> <li>– direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança</li> </ul>
Artigo 11º	medidas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro
Artigo 12º	<ul style="list-style-type: none"> <li>– direito da criança a que sejam devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade</li> <li>– direito da criança a ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional; estes ‘procedimentos familiares’ incluem os relativos ao exercício do poder paternal e, em particular, às questões da residência e das visitas</li> </ul>
Artigo 18º	<p>Responsabilidade comum de ambos os pais na educação e no desenvolvimento da criança</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– entrada em vigor em 2-9-90</li> <li>– ratificação por todos os Estados-Membros</li> </ul>