

TOMADA DE POSIÇÃO DO ADVOGADO-GERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
apresentada em 6 de Dezembro de 2010¹

Índice

I —	Quadro jurídico	I - 14315
A —	Direito da União	I - 14315
B —	Direito internacional	I - 14320
C —	Direito nacional	I - 14322
II —	Matéria de facto e tramitação do processo principal	I - 14322
A —	Circunstâncias na origem do litígio no processo principal	I - 14322
B —	Processos instaurados em Inglaterra	I - 14323
C —	Processos instaurados em França	I - 14325
1.	Processo instaurado pela mãe	I - 14325
2.	Pedido do pai ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças	I - 14325
III —	Questões prejudiciais e pedido de decisão prejudicial urgente	I - 14326
IV —	Observações preliminares	I - 14327
V —	Quanto à primeira questão	I - 14329
A —	Quanto à determinação da «residência habitual» da criança	I - 14331
1.	Conceito de residência habitual: ensinamentos do acórdão A	I - 14331
2.	«Perda» e «aquisição» de uma residência habitual em caso de deslocação lícita	I - 14333
a)	Condições da transferência da residência habitual	I - 14333

1 — Língua original: francês.

b)	Indícios da transferência da residência habitual	I - 14334
i)	Elementos de interpretação que se inferem do artigo 9.o do Regulamento n.o 2201/2003	I - 14334
ii)	Importância da vontade da mãe na apreciação da residência habitual de uma criança deslocada lícitamente	I - 14336
B —	Quanto à apreciação da competência dos tribunais nacionais em caso de mudança de residência habitual	I - 14339
1.	Clarificação da missão dos tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento n.o 2201/2003	I - 14340
2.	Exame da oportunidade da remessa para outro tribunal	I - 14341
a)	Remessa para o tribunal do lugar em que a criança está presente: artigo 13.o do Regulamento n.o 2201/2003	I - 14341
b)	Reenvio para o tribunal mais bem colocado: artigo 16.o do Regulamento n.o 2201/2003 e exceção de forum non conveniens	I - 14342
C —	Conclusão	I - 14343
VI —	Quanto à segunda e terceira questões	I - 14344
A —	Observações preliminares sobre a pertinência das questões submetidas	I - 14344
1.	Colocação do problema	I - 14344
2.	Apreciação	I - 14345
B —	Quanto à segunda questão	I - 14347
C —	Quanto à terceira questão	I - 14349
1.	Observações das partes no processo principal, dos governos dos Estados-Membros envolvidos e da Comissão	I - 14350
2.	Apreciação	I - 14352
a)	Clarificação da terceira questão	I - 14352
		I - 14313

b) Conflito entre uma decisão adoptada com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003 e uma decisão adoptada com fundamento na Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças	I - 14353
c) Conflito entre as decisões adoptadas com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003	I - 14354
d) Conclusão	I - 14354
VII — Conclusões	I - 14355

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é novamente questionado sobre a interpretação de várias disposições do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000², regulamento igualmente denominado «Bruxelas II bis», e isto no âmbito de um processo prejudicial urgente.

2. O Tribunal de Justiça é chamado sobretudo a esclarecer o tribunal de reenvio, a Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), sobre um dos conceitos-chave do Regulamento n.º 2201/2003, o conceito de residência habitual sobre o qual o Tribunal de

Justiça teve já ocasião de se pronunciar, designadamente, no seu acórdão de 2 de Abril de 2009, A³.

3. No entanto, impõe-se desde já salientar que a missão do Tribunal de Justiça não será fácil. Como se verificará, os factos em causa no processo principal, atípicos em muitos aspectos, levarão o Tribunal de Justiça a interrogar-se mais concretamente sobre as circunstâncias que permitem considerar que existe transferência da residência habitual de uma criança, quando esta é deslocada licitamente de um Estado-Membro para outro pela pessoa que dispõe em exclusivo da autoridade parental relativa a essa criança. O Tribunal de Justiça deverá esforçar-se, por um lado, por facultar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta clara às suas interrogações, fornecer-lhe indicações que lhe permitam decidir o difícil litígio que lhe é submetido, observando plenamente o espírito do Regulamento n.º 2201/2003, de que um dos objectivos principais é assegurar a salvaguarda

2 — JO L 338, p. 1.

3 — C-523/07, Colect., p. I-2805.

do superior interesse da criança. Por outro lado, o Tribunal de Justiça deverá igualmente procurar formular essa resposta de maneira a fornecer a todos os tribunais nacionais as indicações necessárias para que estes possam pronunciar-se sobre a sua própria competência internacional ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003. Não se pode excluir que o Tribunal de Justiça seja, nesta perspectiva, levado a pronunciar-se, mais genericamente, sobre a missão dos tribunais nacionais chamados a apreciar a sua competência por força do Regulamento n.º 2201/2003 a fim de decidir os litígios em matéria de responsabilidade parental que lhes são submetidos.

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

5. O considerando 12 do Regulamento n.º 2201/2003 indica:

I — Quadro jurídico

A — Direito da União

4. O artigo 24.º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴, consagrado aos direitos da criança, tem a seguinte redacção:

«As regras de competência em matéria de responsabilidade parental do presente regulamento são definidas em função do superior interesse da criança e, em particular, do critério da proximidade. Por conseguinte, a competência deverá ser, em primeiro lugar, atribuída aos tribunais do Estado-Membro de residência habitual da criança, excepto em determinados casos de mudança da sua residência habitual ou na sequência de um acordo entre os titulares da responsabilidade parental.»

«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

6. O considerando 33 do Regulamento n.º 2201/2003 enuncia:

«O presente regulamento reconhece os direitos fundamentais e os princípios

4 — A seguir «Carta».

consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; pretende, designadamente, garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais da criança enunciados no artigo 24.º da [Carta].»

titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental.»

7. O artigo 2.º, ponto 11, do Regulamento n.º 2201/2003 define a deslocação ou retenção ilícitas de uma criança nos termos seguintes: «“Deslocação ou retenção ilícitas de uma criança”, a deslocação ou a retenção de uma criança, quando:

8. O artigo 8.º do Regulamento n.º 2201/2003, epígrafado «Competência geral», que dá início à secção 2 do capítulo II do referido regulamento, que estabelece as normas de competência em matéria de responsabilidade parental, prevê:

quando:

«1. Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal.

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

O n.º 1 é aplicável sob reserva do disposto nos artigos 9.º, 10.º e 12.º»

e

9. O artigo 9.º do mesmo regulamento, epígrafado «Prolongamento da competência do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança», indica:

b) No momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efectivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção. Considera-se que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos

«1. Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último, os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência, em derrogação do artigo 8.º, durante um período de três meses após a deslocação, para alterarem uma

decisão, sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança, desde que o titular do direito de visita, por força dessa decisão, continue a residir habitualmente no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança.

2. O n.º 1 não é aplicável se o titular do direito de visita referido no n.º 1 tiver aceite a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência.»

10. O artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, relativo à competência em caso de rapto da criança, dispõe:

«Em caso de deslocação ou retenção ilícitas de uma criança, os tribunais do Estado-Membro onde a criança residia habitualmente imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, continuam a ser competentes até a criança passar a ter a sua residência habitual noutro Estado-Membro e

a) Cada pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda dar o seu consentimento à deslocação ou à retenção;

ou

b) A criança ter 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 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:

i) não ter 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;

ii) o titular do direito de guarda ter desistido do pedido de regresso e não ter sido apresentado nenhum novo pedido dentro do prazo previsto na subalínea i);

iii) o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas ter sido arquivado nos termos do n.º 7 do artigo 11.º;

iv) os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas terem proferido

uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança.»

se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade.

11. O artigo 11.º do Regulamento n.º 2201/2003 contém as disposições aplicáveis aos pedidos, ao abrigo da Convenção de Haia, de 25 de Outubro de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças⁵, com vista a obter o regresso de uma criança que foi deslocada ou retida ilícitamente. Está redigido nos seguintes termos:

«1. Os n.ºs 2 a 8 são aplicáveis quando uma pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda pedir às autoridades competentes de um Estado-Membro uma decisão, baseada na Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos cíveis do rapto internacional de crianças [...] a fim de obter o regresso de uma criança que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida num Estado-Membro que não o da sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas.

2. Ao aplicar os artigos 12.º e 13.º da Convenção da Haia de 1980, deve-se providenciar no sentido de que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida durante o processo, excepto

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

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

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

5. O tribunal não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida.

6. Se um tribunal tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, deve imediatamente enviar, directamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as actas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da

⁵ — RTNU, 1983, vol. 1343, n.º 22514, p. 89, a seguir «Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças».

residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, tal como previsto no direito interno. O tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.

7. Excepto se uma das partes já tiver instaurado um processo nos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da retenção ou deslocação ilícitas, o tribunal ou a autoridade central que receba a informação referida no n.º 6 deve notificá-la às partes e convidá-las a apresentar as suas observações ao tribunal, nos termos do direito interno, no prazo de três meses a contar da data da notificação, para que o tribunal possa analisar a questão da guarda da criança.

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

8. Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento, tem força executória nos

termos da secção 4 do capítulo III, a fim de garantir o regresso da criança.»

12. O artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003 institui uma regra de competência baseada na presença da criança, nos seguintes termos:

«1. Se não puder ser determinada a residência habitual da criança nem for possível determinar a competência com base no artigo 12.º, são competentes os tribunais do Estado-Membro onde a criança se encontra.

2. O n.º 1 é igualmente aplicável a crianças refugiadas ou a crianças internacionalmente deslocadas, na sequência de perturbações no seu país.»

13. O artigo 19.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 2201/2003 indica:

«2. Quando são instauradas em tribunais de Estados-Membros diferentes acções relativas à responsabilidade parental em relação à uma criança, que tenham o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, o tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar suspende oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar.

3. Quando estiver estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar, o tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar declar[a]-se incompetente a favor daquele.

Neste caso, o processo instaurado no segundo tribunal pode ser submetid[o] pelo requerente à apreciação do tribunal em que a acção foi instaurada em primeiro lugar.»

14. O artigo 24.º do Regulamento n.º 2201/2003 estabelece o princípio da proibição do controlo da competência do tribunal de origem nos termos seguintes:

«Não se pode proceder ao controlo da competência do tribunal do Estado-Membro de origem. O critério de ordem pública, referido na alínea a) do artigo 22.º e na alínea a) do artigo 23.º, não pode ser aplicado às regras de competência enunciadas nos artigos 3.º a 14.º»

15. O artigo 60.º, alínea e), do Regulamento n.º 2201/2003 precisa:

«Nas relações entre os Estados-Membros, o presente regulamento prevalece sobre as seguintes convenções, na medida em que estas se refiram a matérias por ele reguladas:

[...]

e) Convenção d[e] Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças.»

B — *Direito internacional*

16. A Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 1983, foi assinada e ratificada tanto pela República Francesa como pelo Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte e por todos os outros Estados-Membros da União Europeia.

17. Os artigos 3.º a 5.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças dispõem:

«Artigo 3.º

A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) Tenha sido efectuada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção; e

b) Este direito estiver a ser exercido de maneira efectiva, individualmente ou em conjunto, no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de custódia referido na alínea a) pode designadamente resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o direito deste Estado.

administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar:

Artigo 4.º

A Convenção aplica-se a qualquer criança com residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de 16 anos.

a) Que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efectivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

Artigo 5.º

Nos termos da presente Convenção:

b) Que existe um risco grave da criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável.

- a) O “direito de custódia” inclui o direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;
- b) O “direito de visita” compreende o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.»

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

18. O artigo 13.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças tem a seguinte redacção:

«Sem prejuízo das disposições contidas no artigo anterior, a autoridade judicial ou

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão ter em consideração as informações respeitantes à situação social da criança fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança.»

C — *Direito nacional*

19. Resulta da decisão de reenvio que, nos processos de direito privado relativos a menores em Inglaterra e no País de Gales, os tribunais podem, ao abrigo da section 8 da lei sobre a protecção da infância de 1989 (Children Act 1989), proferir despachos que regulem as questões da residência («residence order»), do direito de visita («contact order»), proibam certos actos («prohibited steps order») ou regulem questões específicas («specific issue order»).

20. Por força da section 4 da lei sobre a protecção da infância de 1989, um tribunal pode igualmente decidir que seja atribuída ao pai a titularidade da responsabilidade parental relativa a uma criança. Em Inglaterra e no País de Gales, com efeito, quando o pai não é casado com a mãe do filho de ambos, o pai não é titular de pleno direito da responsabilidade parental relativa ao filho. Deve obter a responsabilidade parental, quer através de menção da sua qualidade de pai no assento de nascimento da criança quer através de acordo relativo a essa responsabilidade, celebrado com a mãe, quer ainda através de um despacho judicial que lhe atribua a responsabilidade parental («parental responsibility order»).

21. Por último, a decisão de reenvio precisa que os tribunais de Inglaterra e do País de

Gales admitiram⁶ que, quando chamados a conhecer de um pedido em matéria de direito de guarda relativo a uma criança, podiam eles próprios deter esse direito de guarda relativo a essa criança, ainda que o requerente ainda não dispusesse, ele próprio, desse direito.

II — *Matéria de facto e tramitação do processo principal*A — *Circunstâncias na origem do litígio no processo principal*

22. Os factos em causa no processo principal podem, com base nas informações fornecidas pelo tribunal de reenvio, extraídas dos documentos escritos da recorrente e do recorrido no processo principal ou recolhidas na audiência, ser resumidos do seguinte modo.

23. A recorrente, B. Mercredi, de nacionalidade francesa, e o recorrido, R. Chaffe, de nacionalidade britânica, são os pais de uma criança igualmente de nacionalidade francesa, nascida fora do casamento no Reino Unido em 11 de Agosto de 2009. Viveram juntos

6 — Re H (*Abduction: Rights of custody*) [2000] 1 FLR 374.

durante vários anos, até 1 de Agosto de 2009, data em que pai abandonou o domicílio comum.

24. Em 7 de Outubro de 2009, ou seja, dois meses mais tarde, a mãe deixou a Inglaterra com a filha e regressou ao seu país de origem, onde a sua família reside, a ilha da Reunião, departamento ultramarino francês, onde chegaram no dia seguinte, 8 de Outubro de 2009. Está assente que o pai da criança não foi informado dessa partida. Está igualmente assente que essa partida foi lícita, uma vez que, nessa data, a mãe era titular exclusiva da responsabilidade parental relativa à criança.

25. O pai da criança instaurou então vários processos, tanto nos tribunais ingleses a fim de obter a responsabilidade parental, o direito de guarda e/ou um direito de visita relativo à filha, como nos tribunais franceses ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças. A mãe instaurou igualmente, nos tribunais franceses, um processo a fim de obter a responsabilidade parental e o direito de guarda relativos à filha.

B — *Processos instaurados em Inglaterra*

26. Em 9 de Outubro de 2009, ou seja, dois dias após a partida da mãe e da criança, o pai,

por telefone, intentou uma acção no juízo de turno da High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido) («Duty High Court Judge»). O Duty High Court Judge assim chamado a pronunciar-se proferiu, no mesmo dia, um despacho ordenando a comunicação de informações sobre o paradeiro da criança («location order») e mandou que o processo lhe fosse atribuído em 12 de Outubro seguinte.

27. Em 12 de Outubro de 2009, o pai da criança apresentou os seus pedidos na audiência perante o Duty High Court Judge, requerendo, designadamente, a atribuição da responsabilidade parental relativa à filha, a residência alternada e um direito de visita. No mesmo dia, o Duty High Court Judge proferiu um despacho ordenando o regresso da criança ao território de Inglaterra e do País de Gales. É pacífico que a mãe da criança não teve conhecimento do pedido apresentado pelo pai e que não esteve presente nem se fez representar nessa audiência.

28. O Duty High Court Judge considerou, nesse despacho de 12 de Outubro de 2009, primeiramente, que o processo tinha sido instaurado no tribunal inglês na data em que o pai da criança tinha telefonado a esse tribunal, ou seja, em 9 de Outubro de 2009, em segundo lugar que, tanto o tribunal inglês como pai dispunham, a contar dessa data, de um direito de guarda relativo à criança, em terceiro lugar, que a criança mantinha, nessa mesma data, a sua residência habitual em Inglaterra e, em quarto lugar e em consequência, que os

tribunais ingleses eram competentes no que dizia respeito à referida criança.

despacho que, além disso, convidava a mãe a comunicar elementos de prova. Este despacho foi transmitido à autoridade central francesa e notificado à mãe.

29. Admite-se que a mãe foi notificada, em 16 de Outubro de 2009, do despacho de 12 de Outubro de 2009, notificação a que não deu, todavia, cumprimento.

30. Em 15 de Outubro de 2009, o pai apresentou um pedido ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças⁷.

31. Em 28 de Outubro de 2009, a mãe da criança instaurou um processo no tribunal de grande instance de Saint-Denis (França)⁸.

32. Em 26 de Janeiro de 2010, o pai da criança apresentou, no âmbito do processo instaurado na High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido), um pedido complementar requerendo que fosse declarado que a filha tinha residência habitual em Inglaterra, que os tribunais ingleses dispunham de competência exclusiva em relação à criança, que ele próprio bem como os tribunais ingleses dispunham do direito de guarda relativo à criança e que esta última se encontrava ilicitamente retida na Reunião. Estes pedidos foram provisoriamente deferidos por

33. Em 15 de Abril de 2010, o processo foi examinado pela High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido). No despacho proferido nesse mesmo dia, a High Court of Justice (England & Wales), Family Division, considerou que o processo tinha sido instaurado no tribunal inglês em 9 de Outubro de 2009, data na qual o pai recorreu ao Duty High Court Judge por telefone e que, a contar dessa data, o tribunal inglês detinha um direito de guarda relativo à criança. Decidiu igualmente que também o pai da criança dispunha de um direito de guarda a contar dessa mesma data, na medida em que os despachos proferidos lhe tinham sido favoráveis. Considerou, por último, que a criança continuava a ter residência habitual em Inglaterra no momento em que foi atribuído ao tribunal inglês e ao pai o direito de guarda e que, consequentemente, em 9 de Outubro de 2009 os tribunais ingleses eram competentes.

34. Está assente que a mãe da criança não compareceu na audiência de 15 de Abril de 2010, mas que o seu advogado francês formulou observações escritas.

35. Em 29 de Junho de 2010, o pai pediu ao tribunal de grande instance de Saint-Denis o reconhecimento e a execução do despacho da

7 — V. n.º 41 da presente tomada de posição.

8 — V. n.º 38 da presente tomada de posição.

High Court of Justice (England & Wales), Family Division.

36. Em 24 de Junho e 12 de Julho de 2010, a High Court of Justice (England & Wales), Family Division, proferiu outros despachos, o último dos quais exigia que a mãe diligenciasse no sentido de a filha poder ter provisoriamente contactos com o pai na ilha da Reunião entre 29 de Julho e 12 de Agosto de 2010.

37. Em 12 de Julho de 2010, a mãe recorreu dos despachos do Duty High Court Judge de 12 de Outubro de 2009 e da High Court of Justice (England & Wales), Family Division, de 15 de Abril de 2010 para a Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), a qual decidiu interrogar o Tribunal de Justiça a título prejudicial.

C — Processos instaurados em França

1. Processo instaurado pela mãe

38. Em 28 de Outubro de 2009, a mãe da criança apresentou um pedido no tribunal de grande instance de Saint-Denis a fim de obter

a responsabilidade parental exclusiva e a fixação do domicílio da filha na sua morada. O pai da criança não foi notificado da instauração deste processo, do qual tomou conhecimento no âmbito do processo instaurado ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

39. Em 27 de Janeiro de 2010, os *solicitors* do pai da criança pediram ao tribunal de grande instance de Saint-Denis que suspendesse a decisão sobre o pedido da mãe, em conformidade com as disposições do artigo 16.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças e com o artigo 19.º do Regulamento n.º 2201/2003.

40. Por sentença de 23 de Junho de 2010, o tribunal de grande instance de Saint-Denis atribuiu à mãe a responsabilidade parental exclusiva relativa à criança e fixou a residência habitual desta última na morada da mãe. O pai da criança não compareceu nem se fez representar na audiência, que decorreu em 31 de Maio de 2010.

2. Pedido do pai ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças

41. Em 15 de Outubro de 2009, o pai apresentou à autoridade central inglesa um pedido de

regresso da filha a Inglaterra e ao País de Gales, em aplicação da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, pedido que originou, em 18 de Dezembro de 2009, a instauração de um processo no tribunal de grande instance de Saint-Denis.

de Justiça em 18 de Outubro de 2010, decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as três questões prejudiciais seguintes:

«1) Qual o critério adequado para determinar a residência habitual de uma criança para efeitos:

42. O tribunal de grande instance de Saint-Denis ordenou à mãe que, por força da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, comparecesse nesse tribunal. Esta convocatória visou especificamente o despacho do Duty High Court Judge de 12 de Outubro de 2009.

— do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003;

— do artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003?

43. O pedido do pai ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças foi indeferido em 15 de Março de 2010, com o fundamento de que não dispunha de um direito de guarda na aceção dos artigos 3.º e 5.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

2) Um tribunal constitui uma “instituição ou outro organismo” ao qual pode ser atribuído um direito de guarda para efeitos do disposto no Regulamento (CE) n.º 2201/2003?

3) O artigo 10.º pode continuar a ser aplicado depois de os tribunais do Estado-Membro requerido terem indeferido o pedido de regresso da criança ao abrigo da Convenção de Haia de 1980 sobre o rapto [internacional] de crianças com fundamento no não preenchimento dos pressupostos dos artigos 3.º e 5.º?

III — Questões prejudiciais e pedido de decisão prejudicial urgente

44. A Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), que conhece do recurso interposto pela mãe da criança, por decisão de 8 de Outubro de 2010, entrada no Tribunal

Em especial, como pode ser resolvido o conflito que surge no caso de o Estado requerido entender que os pressupostos dos artigos 3.º e 5.º da Convenção de Haia

de 1980 sobre o rapto [internacional] de crianças não estão preenchidos e o Estado requerente considerar que tais pressupostos estão preenchidos?»

IV — Observações preliminares

48. Antes de proceder ao exame das questões submetidas pelo tribunal de reenvio, é necessário fazer duas precisões importantes para os desenvolvimentos subsequentes.

45. A Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) referiu, na sua decisão de reenvio, que solicitava a tramitação urgente porque o objecto do reenvio é identificar o tribunal competente, por força do direito da União, em matéria de responsabilidade parental relativa à criança. Precisou que, enquanto não fosse determinado o tribunal competente, nenhuma decisão podia ser proferida sobre os pedidos apresentados pelo pai a fim de obter um despacho que lhe permitisse estabelecer contactos com a filha.

46. Por decisão de 28 de Outubro de 2010, o Tribunal de Justiça deferiu o pedido do tribunal de reenvio de submeter o presente processo à tramitação prejudicial urgente prevista no artigo 104.º-B do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

47. A recorrente e o recorrido no processo principal, os Governos do Reino Unido, alemão, irlandês e francês, bem como a Comissão Europeia, apresentaram observações na audiência de 1 de Dezembro de 2010.

49. A primeira precisão, que diz respeito à qualificação jurídica da situação na origem do litígio no processo principal, não requer, de momento, desenvolvimentos demorados. Deve ter-se presente que a deslocação da criança se verificou de modo lícito face ao Regulamento n.º 2201/2003 e à Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, facto admitido, conforme teremos ocasião de sublinhar no âmbito do exame da pertinência das segunda e terceira questões⁹, pelo pai¹⁰ e pela mãe da criança, pelos governos que apresentaram observações e pela Comissão.

50. A segunda precisão, que diz respeito à data pertinente para a determinação da competência internacional por força do Regulamento n.º 2201/2003, é, em contrapartida, de abordagem mais delicada.

51. De modo geral, o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 precisa que é na

⁹ — V. n.ºs 115 e segs. da presente tomada de posição.

¹⁰ — Quanto à argumentação do pai da criança, v., no entanto, n.º 91 da presente tomada de posição.

data em que o processo é instaurado no tribunal de um Estado-Membro que este deve determinar se a criança reside habitualmente no referido Estado-Membro. Se a criança tiver, no dia em que o processo é instaurado, a sua residência habitual no Estado-Membro do tribunal chamado a pronunciar-se, este pode declarar-se competente com fundamento no artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003. Em contrapartida, se a criança não tiver, no dia em que o processo é instaurado, a sua residência habitual no Estado-Membro do tribunal chamado a pronunciar-se, este não pode declarar-se competente com fundamento no artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003. No entanto, esse tribunal pode porém eventualmente declarar-se competente, consoante as circunstâncias, com fundamento nos artigos 9.º, 10.º, 12.º ou ainda 14.º do Regulamento n.º 2201/2003 ou declinar a sua competência com fundamento nos artigos 13.º ou 15.º do referido regulamento¹¹.

52. Na sua decisão de reenvio, a Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) salientou que duas datas podiam ser consideradas pertinentes a este respeito, ou seja, 9 de Outubro de 2009, data na qual o pai da criança recorreu por telefone ao Duty High Court Judge, e 12 de Outubro de 2009, data na qual o pai apresentou formalmente esses pedidos na audiência que decorreu perante esse mesmo juiz. No seu despacho de 15 de Abril de 2010, a High Court of Justice (England & Wales), Family Division, refere expressamente que, a partir da noite de 9 de Outubro de 2009, o processo já estava instaurado num tribunal

inglês, o qual dispunha, tal como o pai, de um direito de guarda relativo à criança.

53. Sublinhe-se, a este respeito, que, embora caiba ao tribunal de reenvio determinar qual destas duas datas deve ser considerada pertinente, é, no entanto, o próprio Regulamento n.º 2201/2003 que fixa as condições nas quais se considera que um processo foi instaurado num tribunal.

54. O artigo 16.º, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 precisa, com efeito, que se considera que o processo foi instaurado na data de apresentação ao tribunal do acto introdutório da instância, ou acto equivalente, desde que o demandante não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas necessárias à respectiva citação ou notificação ao demandado¹².

55. Nas circunstâncias do processo principal, e tendo em conta as informações fornecidas pelo tribunal de reenvio, afigura-se que só a

11 — Sobre o sistema das competências deste modo estabelecido, v. n.ºs 104 e segs. da presente tomada de posição.

12 — Ao fixar deste modo uma regra material precisa e uniforme, como tinha feito o artigo 11.º, n.º 4, do 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 L 160, p. 19), o artigo 16.º do Regulamento n.º 2201/2003 contrasta com a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao artigo 21.º da Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial (JO 1972, L 299, p. 32), segundo a qual a questão de saber em que momento se devia considerar que a acção foi intentada no tribunal de um Estado-Membro era regulada pela *lex fori*. V. acórdão de 7 de Junho de 1984, Zelger (129/83, Recueil, p. 2397, n.º 16). Sobre este aspecto da questão, v., designadamente, Rey, J., «L'office du juge — la saisine», em Fulchiron, H., et Nourissat, C. (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, p. 181.

data de 12 de Outubro de 2009 pode ser considerada pertinente face às disposições do artigo 16.º do Regulamento n.º 2201/2003, precisando-se que incumbe, no entanto, ao tribunal de reenvio garantir que todas as formalidades de notificação ou de citação foram cumpridas, com observância das disposições do Regulamento (CE) n.º 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (citação e notificação de actos) e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho¹³.

no âmbito de um recurso, sobre a competência dos dois tribunais inferiores ou, no âmbito do referido recurso, sobre a sua própria competência ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003. Ora, a determinação da residência habitual da criança é, tendo em conta os critérios definidos pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão A, já referido, e os que o serão no âmbito do presente processo, uma tarefa muito mais delicada de executar no primeiro caso do que no segundo¹⁴. Os desenvolvimentos subsequentes partem, no entanto, da premissa de que a determinação da residência habitual da criança deve ser feita na data em que os tribunais ingleses foram inicialmente chamados a pronunciar-se, em 12 de Outubro de 2009, precisando-se que cabe ao tribunal de reenvio decidir da posição que tenciona adoptar a este respeito.

56. No entanto, importa insistir no facto de ter sido submetido ao Tribunal de Justiça um pedido prejudicial no âmbito de um recurso interposto de dois despachos proferidos por duas formações de um tribunal que se pronunciaram sobre a sua competência ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003, a primeira das quais pouco tempo depois de a mãe ter partido com a criança, em 12 de Outubro de 2009, e a segunda cerca de seis meses após a partida, em 15 de Abril de 2010.

V — Quanto à primeira questão

57. Esta especificidade, ligada ao carácter muito geral da primeira questão submetida pelo tribunal de reenvio, torna difícil determinar se o tribunal tenciona pronunciar-se,

58. O tribunal de reenvio pede ao Tribunal de Justiça, na sua primeira questão, que lhe indique qual «o critério» adequado para determinar a residência habitual de uma criança

13 — JO L 324, p. 79. O considerando 15 do Regulamento n.º 2201/2003 precisa, com efeito, que este regulamento é aplicável em caso de citação e notificação dos actos no âmbito de uma acção judicial intentada por força deste último.

14 — Embora o tribunal nacional chamado a pronunciar-se sobre a sua competência deva, como já foi anteriormente recordado, fazê-lo na data em que o processo é instaurado, a apreciação dos critérios da residência habitual não exclui que sejam tomados em conta elementos posteriores ao recurso ao tribunal mas anteriores à data em que é proferida a decisão definitiva. V., a este respeito, Richez-Pons, A., *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, (thèse) Lyon, 2004.

na acepção do Regulamento n.º 2201/2003¹⁵. À primeira vista, é bastante difícil determinar se o tribunal de reenvio espera do Tribunal de Justiça uma resposta geral a uma questão abstracta ou se pretende, pelo contrário, uma resposta adaptada às circunstâncias do litígio sobre o qual deve pronunciar-se. O tribunal parece, no entanto, pretender uma resposta concreta ao problema que lhe é submetido.

59. Deste modo, o tribunal de reenvio questiona-nos directamente acerca do conceito de residência habitual como este figura, em especial, no artigo 8.º do referido regulamento, a fim de estabelecer a sua competência ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003. Daqui poderia inferir-se que a residência habitual constitui o único fundamento com base no qual pode ser determinada a competência dos tribunais nacionais. Ora, o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 faz parte de um todo mais vasto. O artigo 8.º, n.º 2, do referido regulamento refere expressamente que a competência geral nele estabelecida só é aplicável se não o forem os outros critérios de competência previstos, e a residência habitual

é apenas um critério, entre outros, nos quais pode igualmente assentar uma competência de natureza subsidiária.

60. Deste ponto de vista, impõe-se indicar ao tribunal de reenvio que o primeiro «critério» que permite estabelecer a sua competência ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser procurado na posição sistemática do conceito de residência habitual na economia do referido regulamento. O conceito de residência habitual, por muito importante que seja, oferece possibilidades limitadas. Deve ser entendido como um conceito que deve, no momento oportuno, ceder o passo perante outros conceitos ou categorias alternativas.

61. É por esta razão que entendemos que a resposta à primeira questão deve ser dada em duas etapas. Numa primeira etapa, tentaremos enriquecer, na medida do possível, os pontos de referência que se extraem em especial do acórdão A, já referido¹⁶, esforçando-nos sempre por ter em conta as circunstâncias especiais do processo principal, sem no entanto substituírmos o tribunal de reenvio na missão que lhe incumbe, que é a de resolver o litígio que lhe foi submetido. Na

15 — A questão do tribunal de reenvio é, na realidade, mais precisa, no sentido de que visa os artigos 8.º e 10.º do Regulamento n.º 2201/2003. No entanto, como será recordado nos desenvolvimentos que se seguem, o conceito de residência habitual é e deve ser o mesmo seja qual for a disposição em causa do Regulamento n.º 2201/2003. Por outro lado, como será posteriormente exposto, há razões sólidas para duvidar da pertinência da questão no que diz respeito ao artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003. Por último, embora a questão submetida exija, efectivamente, algumas precisões sobre o próprio conceito de residência habitual na acepção do Regulamento n.º 2201/2003, o processo principal suscita um problema mais vasto do que o da definição deste conceito.

16 — Precisemos igualmente que, nas suas conclusões no processo que deu origem ao acórdão A, já referido, a advogada-geral J. Kokott debruçou-se longamente, com grande pertinência, sobre a interpretação do conceito de residência habitual (n.ºs 13 a 52), interessando-se designadamente pela génese do Regulamento n.º 2201/2003, pelos conceitos idênticos ou próximos utilizados nas convenções internacionais (n.ºs 22 a 31) ou noutros domínios do direito comunitário (n.ºs 32 a 37) e procurando definir os principais critérios a ter em conta para estabelecer a residência habitual de uma criança (n.ºs 41 a 52). Não se afigura necessário, nestas condições, reproduzir uma análise perfeitamente partilhada.

segunda etapa, e a fim de dar uma resposta útil ao tribunal de reenvio, propomo-nos chamar a atenção para todas as vias que o Regulamento n.º 2201/2003 prevê para alcançar o objectivo primordial por ele prosseguido, ou seja, garantir a determinação da competência judiciária.

A — Quanto à determinação da «residência habitual» da criança

62. No acórdão A, já referido¹⁷, o Tribunal de Justiça deu uma interpretação do conceito de residência habitual de uma criança, na acepção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003, concebida de modo a permitir aos tribunais nacionais pronunciar-se em qualquer hipótese sobre a sua própria competência ao abrigo deste regulamento. Resulta, no entanto, da decisão de reenvio que a metodologia imposta pelo Tribunal de Justiça no referido acórdão não é suficiente. Afigura-se necessário fornecer indicações complementares que permitam aos tribunais nacionais apreender situações nas quais houve transferência da residência habitual de uma criança.

1. Conceito de residência habitual: ensinamentos do acórdão A

63. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça considerou, no seu acórdão A, já referido, que o Regulamento n.º 2201/2003 não definia o conceito de residência habitual e que não comportava uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros que permitisse determinar o seu sentido e o seu alcance. Daqui deduziu, em conformidade com a sua jurisprudência, que essa determinação devia ser efectuada tendo em conta o contexto no qual as disposições pertinentes se inserem bem como o objectivo prosseguido pelo referido regulamento. Salientou, a este respeito, o objectivo que resulta do décimo segundo considerando do Regulamento n.º 2201/2003, segundo o qual as regras de competência nele estabelecidas são definidas em função do superior interesse da criança, em especial do critério da proximidade¹⁸.

64. O conceito de residência habitual na acepção do Regulamento n.º 2201/2003 é, deste modo, um conceito comunitário que, por conseguinte, deve ser interpretado de modo autónomo e uniforme em toda a União¹⁹. O Tribunal de Justiça precisou, a este respeito, que essa autonomia deve traduzir-se por uma certa independência quanto aos conceitos, idênticos ou próximos, utilizados nos outros domínios do direito comunitário, como o da

17 — N.º 31.

18 — Acórdão A, já referido (n.ºs 31, 34 e 35).

19 — *Ibidem* (n.º 34).

segurança social dos trabalhadores migrantes e do direito da função pública²⁰.

65. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça considerou que a residência habitual de uma criança devia «ser determinada com base num conjunto de circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto»²¹. Preciso, a este respeito, que deviam ser tidos em conta, além da presença física da criança num Estado-Membro, os factores que revelem que essa presença não é, de modo nenhum, temporária ou ocasional e que a residência da criança traduz uma certa integração num ambiente social e familiar²². Mencionou, entre os factores enumerados sem carácter exclusivo, 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 da criança, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais da criança no referido Estado²³. Acrescentou que a intenção dos progenitores de se estabelecerem com a criança noutro Estado-Membro, expressa em determinadas circunstâncias exteriores, como a aquisição ou a locação de uma habitação no Estado-Membro de acolhimento, pode ser um indício da transferência da residência habitual²⁴.

66. Assim, resulta do acórdão A, já referido, que a residência habitual, na acepção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003, «corresponde ao lugar que traduz uma certa integração da criança num ambiente social e familiar». No entanto, o referido acórdão fornece, na realidade, mais do que uma definição do conceito de residência habitual. Estabelece as grandes linhas de um critério que permita identificar a residência habitual de uma criança. Esse critério consiste em avaliar e ponderar um conjunto de indícios objectivos e subjectivos, quantitativos e qualitativos, temporários e intencionais, susceptíveis de demonstrar a integração de uma criança num ambiente social e familiar, integração que deve apresentar uma certa intensidade.

67. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça considerou que a determinação da residência habitual de uma criança incumbia aos tribunais nacionais, os quais deviam proceder a uma avaliação da situação no seu conjunto, a uma apreciação global dos diferentes elementos e indícios pertinentes²⁵. No entanto, o Tribunal de Justiça não forneceu indicações mais precisas sobre as obrigações que, a este propósito, recaem sobre os tribunais nacionais.

68. Recordada esta jurisprudência, poderia considerar-se que o acórdão A, já referido, na medida em que fornece ao mesmo tempo o quadro, os critérios e o método de determinação da residência habitual de uma criança na acepção do Regulamento n.º 2201/2003, já

20 — *Ibidem* (n.º 36).

21 — *Ibidem* (n.º 37).

22 — *Ibidem* (n.º 38).

23 — *Ibidem* (n.º 39).

24 — *Ibidem* (n.º 40).

25 — Acórdão A, já referido (n.º 42).

comporta uma resposta precisa e completa à primeira questão formulada pelo tribunal de reenvio.

2. «Perda» e «aquisição» de uma residência habitual em caso de deslocação lícita

69. Essa não é, todavia, a opinião do tribunal de reenvio que, mesmo tendo pleno conhecimento do acórdão A, já referido, considerou, no entanto, que devia submeter esta questão²⁶.

a) Condições da transferência da residência habitual

70. Por conseguinte, o tribunal de reenvio pretende visivelmente que o Tribunal de Justiça vá além destas precisões já formuladas no seu acórdão A, já referido, que lhe forneça indicações mais precisas que lhe permitam ponderar, em conformidade com o direito da União, os argumentos contraditórios trocados pelas partes no processo principal sobre esta questão e resolver o litígio que lhe foi submetido. A questão do tribunal de reenvio deve assim ser entendida, nem mais nem menos, como um convite a precisar os critérios que permitem determinar em que circunstâncias se pode considerar que, no caso de uma criança que, de modo lícito, deixou com a sua mãe o território de um Estado-Membro onde tinha a sua residência habitual, houve «perda» dessa residência habitual inicial e aquisição de uma nova residência habitual.

71. Para que se possa considerar que houve mudança da residência habitual, é necessário que tenha havido «perda» da residência habitual inicial e «aquisição» de uma nova residência habitual²⁷. Com efeito, embora a mesma pessoa possa ter várias residências «simples», em contrapartida, apenas pode ter uma residência habitual. Além disso, a situação de uma pessoa que decide deixar um Estado-Membro para se instalar noutro e aí viver de modo definitivo não é a mesma que a de uma pessoa que fixa temporariamente, num primeiro momento, a sua residência simples num Estado-Membro, mas que acaba por aí se instalar decorrido algum tempo. No primeiro caso, a perda da residência habitual inicial e a aquisição da nova residência são acontecimentos simultâneos. No segundo caso, a aquisição da residência habitual no novo Estado-Membro só poderá provavelmente ser considerada efectiva decorrido

26 — Resulta, com efeito, da exposição dos argumentos apresentados no tribunal de reenvio que a High Court of Justice (England & Wales), Family Division, tinha, quando proferiu o seu despacho de 15 de Abril de 2010, conhecimento da existência do acórdão A, já referido, e que, no âmbito da determinação a que procedeu da residência habitual da criança teve em conta o impacto deste último no direito inglês.

27 — Seguindo a expressão de Lagarde, P., Rapport explicatif concernant la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (RTNU, 2004, vol. 2204, n.º 39130), *Actes et documents de la XVIIIème Session de la Conférence de La Haye, 1996*, Tome II, Protection des enfants, n.º 41. Esta proposta é amplamente admitida, tanto na doutrina como na jurisprudência. V., designadamente, Richez-Pons, A., *op. cit.*, p. 206.

um certo lapso de tempo²⁸. Falta, no entanto, determinar quais são os indícios da perda e da aquisição de uma residência habitual.

uma nova residência habitual no prazo de três meses²⁹.

b) Indícios da transferência da residência habitual

72. Deve, a este propósito, ser dada especial atenção às disposições do artigo 9.º do Regulamento n.º 2201/2003 bem como, nas circunstâncias do processo principal, à vontade da mãe da criança.

74. A interpretação desta disposição é, consoante a versão linguística utilizada, susceptível de interpretações matizadas, para não dizer divergentes. Assim, por exemplo, a versão alemã³⁰ desta disposição tende a sustentar a ideia de que a mudança legal implica a aquisição de uma nova residência habitual, ao passo que resulta claramente da versão francesa³¹ que a aplicabilidade desta disposição depende da condição de a criança ter sido deslocada

i) Elementos de interpretação que se inferem do artigo 9.º do Regulamento n.º 2201/2003

73. No caso de uma criança deslocada legalmente de um Estado-Membro para outro no qual adquire uma nova residência habitual, o artigo 9.º do Regulamento n.º 2201/2003 apenas prevê uma prorrogação de competência dos tribunais do Estado-Membro da residência habitual inicial pelo período de três meses. O Regulamento n.º 2201/2003 admite, portanto, que uma criança possa adquirir

29 — O guia prático da aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 precisa, a este respeito, que o artigo 9.º do referido regulamento só se aplica se a criança tiver adquirido a sua residência habitual no Estado-Membro de chegada ao longo desse período de três meses.

30 — Na versão em alemão, o artigo 9.º, n.º 1, primeiro período, do Regulamento n.º 2201 tem a seguinte redacção: «Beim rechtmäßigen Umzug eines Kindes von einem Mitgliedsstaat in einen anderen, durch den es dort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erlangt». O mesmo na versão em italiano «In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale».

31 — Do mesmo modo que as versões em espanhol «Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiriera una nueva residencia habitual en este último», em dinamarquês «Når et barn lovligt flytter fra én medlemsstat til en anden og får nyt sædvanligt opholdssted dér», em inglês «Where a child moves lawfully from one Member State to another and acquires a new habitual residence there», em neerlandês «Wanneer een kind legaal van een lidstaat naar een andere lidstaat verhuist en aldaar een nieuwe gewone verblijfplaats verkrijgt», em português «Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último», em finlandês «Kun lapsi muuttaa laillisesti jäsenvaltiosta toiseen ja saa siellä uuden asuinpaikan» e em sueco «När ett barn lagligen flyttar från en medlemsstat till en annan och förvärvat nytt hemvist där skall».

28 — V. Richez-Pons, A., *op. cit.*, pp. 206 e segs.

licitamente, por um lado, e de ter adquirido uma nova residência habitual, por outro lado.

deslocação da criança, possa pedir aos tribunais que concederam esse direito de visita a modificação deste último em função das novas circunstâncias.

75. Sem abordar longamente a jurisprudência sobejamente conhecida do Tribunal de Justiça relativa à interpretação dos textos plurilíngues do direito da União, recorde-se que esta disposição deve ser interpretada tendo em conta todas as suas versões linguísticas e em função quer da economia geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento³² quer da vontade real do seu autor e do objectivo prosseguido por este último³³.

77. O dispositivo instituído por esta disposição postula, por conseguinte, que a deslocação legal de uma pessoa titular da autoridade parental relativa a uma criança para outro Estado-Membro implica normalmente a aquisição de uma nova residência habitual no referido Estado-Membro. Assim, salvo circunstâncias especiais, uma deslocação legal deveria normalmente implicar a transferência da competência internacional dos tribunais do Estado-Membro de partida para os tribunais do Estado-Membro de chegada, que se considera estarem mais bem colocados, em aplicação do princípio da proximidade³⁵.

76. Não obstante o seu título de certo modo enganador³⁴, o artigo 9.º do Regulamento n.º 2201/2003 impõe, na realidade, o princípio de uma transferência da competência para os tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança em caso de deslocação lícita desta. A competência dos tribunais do Estado-Membro da residência inicial apenas se mantém, por um período limitado de três meses, para que o titular de um direito de visita, obrigado a aceitar a

78. Uma vez que se pode inferir das disposições do artigo 9.º do Regulamento n.º 2201/2003 que a deslocação lícita de um Estado-Membro para outro Estado-Membro, desde que essa deslocação apresente todas as características de uma instalação indefinida e não conjuntural no referido Estado-Membro, constitui um indício suficientemente forte da aquisição de uma residência habitual neste último, esse indício deve ser elevado à categoria de presunção, ainda que frágil, de aquisição de uma nova residência habitual,

32 — V., designadamente, acórdãos de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Recueil, p. 1999, n.º 14), e de 29 de Abril de 2010, M e o. (C-340/08, Colect., p. I-3913, n.º 44).

33 — V., designadamente, acórdãos de 12 de Novembro de 1969, Stauder (29/69, Recueil, p. 419, n.º 3); de 22 de Outubro de 2009, Zurita García e Choque Cabrera (C-261/08 e C-348/08, Colect., p. I-10143, n.º 54), e de 3 de Junho de 2010, Internetportal und Marketing (C-569/08, Colect., p. I-4871, n.º 35).

34 — Neste sentido, por exemplo, Gallant, E., *Compétence reconnaissance et exécution (Matières matrimoniale et de responsabilité parentale)*, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, août 2007, n.º 167.

35 — Além disso, o artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 apenas prevê, em caso de deslocação ilícita de uma criança, a manutenção da competência nos tribunais do Estado-Membro no qual a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da sua deslocação unicamente até ao momento em que a criança tenha adquirido residência habitual noutro Estado-Membro e na condição de, designadamente, a criança ter residido nesse outro Estado-Membro durante o período de um ano e de se ter integrado no seu novo ambiente.

daí resultando que cabe à parte que põe em causa essa aquisição apresentar elementos que provem que a mesma não se verificou nas circunstâncias em causa.

79. Refira-se, no entanto, que estes elementos de prova, embora sejam importantes, não são certamente os únicos que devem ser tidos em conta, uma vez que, de qualquer modo, o exame pelos tribunais nacionais deve ser sempre feito no final de uma avaliação global da situação nos termos enunciados pelo acórdão A, já referido, e da ponderação de todos os elementos pertinentes, com o objectivo de apurar da integração da criança no seu ambiente familiar e social.

80. Impõe-se aqui precisar que não se afigura oportuno confinar o exame pelos tribunais nacionais às situações de transferência de residência habitual, fixando, por exemplo, de modo pretoriano, um prazo padrão³⁶ findo o qual uma mudança de residência pode ser

considerada efectiva³⁷, ou então decidindo que a deslocação lícita de uma criança implica a perda imediata da residência habitual inicial, a contar do momento em que esta última ocorre³⁸. Estas duas abordagens entrariam, com efeito, em contradição directa com a abordagem flexível e pragmática, preconizada pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão A, já referido, sem necessariamente permitirem fazer face a todas as situações equacionáveis.

ii) Importância da vontade da mãe na apreciação da residência habitual de uma criança deslocada lícitamente

81. Como foi anteriormente recordado, é ao primeiro tribunal no qual o processo foi instaurado em primeiro lugar que incumbe determinar, na data da instauração do processo, qual é a residência habitual da criança, segundo a metodologia prescrita pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão A, já referido. Ainda que o Tribunal de Justiça não se tenha pronunciado, no referido acórdão, sobre este ponto, é claro que a procura dos indícios que permitem ao referido tribunal formar a sua opinião deve ser feita em conformidade com as disposições pertinentes do direito nacional, com observância, porém, do direito e dos princípios gerais do direito da União.

36 — Esse prazo poderia, por exemplo, ser de seis meses. Para uma discussão sobre este elemento temporal do conceito de residência habitual, v., designadamente, Espinosa Calabuig, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marial Pons, 2007, p. 128 e segs. Observe-se que a Comissão encarregada de redigir o projecto da Convenção de Haia de 19 de Outubro de 1996, atrás referida, «rejeitou a ideia de quantificar o período de tempo que seria necessário à aquisição de uma nova residência habitual», precisamente porque se trata de uma questão de facto que deve ser apreciada caso a caso. V. Lagarde, P., *op. cit.*, n.º 41.

37 — Ou um prazo abaixo do qual não se poderia admitir que uma mudança de residência equivale a uma mudança de residência habitual.

38 — É, designadamente a solução preconizada pelo guia prático para a aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 (p. 13). A simples presença da criança no Estado-Membro de destino seria então equiparada à aquisição de uma nova residência habitual, o que estaria em contradição com a posição adoptada pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão A, já referido, segundo a qual a simples presença física de uma criança num Estado-Membro não basta para determinar que este último tem aí a sua residência habitual.

No entanto, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, a tomada em consideração da vontade da mãe da criança, na medida em que era a única titular da autoridade parental relativa à criança na data da sua deslocação, constituía um elemento de especial relevância.

82. Recordemos que, no processo principal, a mãe e a criança deixaram a Inglaterra em 7 de Outubro de 2009. Os tribunais ingleses, nos quais foi instaurado o processo em 12 de Outubro de 2009 e os primeiros chamados a estabelecer a sua competência em conformidade com o Regulamento n.º 2201/2003, deviam, portanto, determinar se a criança tinha, desde a sua partida com a mãe, perdido a sua residência habitual em Inglaterra e adquirido, na data em que neles foi instaurado o processo, uma nova residência habitual em França.

83. Aparentemente, como resulta do despacho de 15 de Abril de 2010, a vontade da mãe de deixar definitivamente a Inglaterra com a filha podia, por um lado, inferir-se de alguns factos objectivos, como a compra de um bilhete de avião de ida simples, e de várias declarações que manifestavam de forma mais ou menos clara essa intenção. A venda, pela mãe, do automóvel que possuía em Inglaterra não foi, a este respeito, considerada suficientemente conclusiva. No entanto, por outro lado, também podia duvidar-se seriamente

dessa vontade atendendo ao facto de a mãe não ter informado da sua partida a sua entidade patronal nem o proprietário do seu apartamento.

84. Além disso, embora a vontade da mãe de deixar Inglaterra não suscitasse dúvidas, outros elementos permitiam duvidar da sua firme intenção de se instalar na ilha da Reunião. Podia, designadamente, deduzir-se da correspondência trocada pouco tempo antes da sua partida, em especial de uma carta enviada do aeroporto no dia da partida, que esta se aparentava sobretudo a uma resposta ao stress causado pela ameaça de instauração de um processo judicial proferida pelo pai a fim de obter o reconhecimento da sua autoridade parental relativa à filha e não tanto a uma decisão fruto de amadurecida reflexão de reafirmar a sua vida na ilha da Reunião.

85. É certo que, como foi anteriormente sublinhado, a partida lícita de um Estado-Membro e o estabelecimento de uma nova residência noutro Estado-Membro não implicam automática e imediatamente a aquisição de uma nova residência habitual no segundo Estado-Membro. No entanto, numa situação como a que está em causa no processo principal, a vontade da pessoa que detém em exclusivo a autoridade parental relativa à criança deve certamente ser tida em conta de modo preponderante, como o Governo alemão obteve na audiência.

86. Esta tomada em consideração ainda mais se impunha no caso do processo principal, uma vez que a criança estava, na data da sua deslocação, em idade lactente.

87. A idade da criança pode ser tomada em consideração não só no âmbito do exame da perda de residência habitual mas também no âmbito da aquisição de uma nova residência habitual. No caso de uma criança de tenra idade, que depende especialmente da mãe, a qual representa o seu «horizonte vital», é claro que a vontade da mãe de deixar licitamente um Estado-Membro para se instalar ou reinstalar noutro Estado-Membro constitui um elemento decisivo de avaliação da perda da residência habitual dessa criança. O facto de a criança ser extremamente jovem implica, além disso, que as condições da sua integração no seu novo ambiente familiar e social podem ser rapidamente preenchidas.

88. Essa tomada em consideração preponderante da vontade do titular exclusivo da autoridade parental não implica de modo nenhum que não se devam ter outros factores em conta.

89. Essa vontade deve, pelo contrário, poder ser confirmada através de elementos tangíveis que podem ser, como o Tribunal de Justiça sublinhou no acórdão A, já referido, a aquisição ou a locação de uma habitação no novo Estado-Membro. No entanto, o regresso ao seu país de origem ou um regresso para junto dos membros da sua família constituem elementos igualmente pertinentes para apreciar essa vontade. Pode ser esse particularmente

o caso numa situação como a do processo principal, na qual o pai abandonou o domicílio comum pouco tempo antes do nascimento da criança. Tanto considerações psicológicas como económicas podem igualmente permitir apreciar, nessas circunstâncias, o significado de uma partida.

90. Como o Governo alemão sublinhou na audiência, essa vontade não pode ser, no entanto, ignorada com o simples fundamento de uma alegação segundo a qual a deslocação da criança é essencialmente motivada pela preocupação de conservar um direito de guarda exclusivo.

91. O pai alegou, a este respeito, em substância, que a partida da mãe com a criança teve especificamente por objectivo permitir-lhe subtrair-se à jurisdição dos tribunais ingleses e estabelecer vínculos legais e jurisdicionais artificiais, em violação do direito quer da criança quer do pai a uma vida familiar, garantido pelo artigo 7.º da Carta e pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, bem como dos direitos da criança conforme garantidos pelo artigo 24.º da Carta. Sublinha que é na vida real que se repercutem os efeitos nefastos do rapto de crianças e que esses efeitos não podem ser relativizados com base em considerações jurídicas abstractas como a questão de saber se, no momento

da deslocação da criança, a responsabilidade parental era detida apenas pela mãe ou por ambos os pais. Acrescenta que, nem o Regulamento n.º 2201/2003 nem a Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças estabelecem distinções em função do estatuto dos pais, consoante estes sejam casados ou não.

92. Estas alegações, mesmo que correspondessem à realidade, o que é impossível determinar apenas com base nos autos, devem ser afastadas.

93. Importa não perder de vista que o objectivo da determinação da residência habitual de uma criança é apenas o de identificar o tribunal que, em conformidade com o princípio da proximidade e no superior interesse da criança, é considerado o mais próximo desta. Esse exame, como já foi sublinhado, deve ser feito do ponto de vista da criança e em nenhum caso do ponto de vista dos pais, seja qual for a legitimidade do seu pedido no que diz respeito à criança.

94. Sob pena de aniquilar os próprios fundamentos em que assenta o Regulamento n.º 2201/2003, os tribunais nacionais não podem basear a sua competência unicamente na consideração de que os tribunais de outro Estado-Membro não podem proteger adequadamente os direitos legítimos dos demandantes.

95. Em conclusão, insisto particularmente no facto de os tribunais nacionais chamados a pronunciar-se sobre a sua competência ao abrigo do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 deverem, no âmbito da determinação da residência habitual de uma criança e em especial a fim de avaliar a realidade de uma transferência de residência habitual subsequente a uma deslocação legal, tomar todas as medidas necessárias a fim de dar à pessoa que, de modo exclusivo, dispõe da autoridade parental e que está na origem da deslocação os meios de ser plena e completamente ouvida. É indispensável, não só que essa pessoa possa apresentar observações, mas ainda que tudo seja feito para que tenha oportunidade de apresentar as razões da sua partida.

96. Da decisão de reenvio resulta que, embora tenha sido esse o caso antes de ser proferido o despacho de 15 de Abril de 2010, o mesmo não aconteceu antes do despacho de 12 de Outubro de 2009, que, na acepção do artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003, corresponde ao primeiro processo instaurado num tribunal no litígio no processo principal.

B — Quanto à apreciação da competência dos tribunais nacionais em caso de mudança de residência habitual

97. Partindo do princípio de que o Tribunal de Justiça deve dar, no seu acórdão prejudicial, uma resposta útil e completa à questão do

tribunal de reenvio e, acessoriamente, fornecer aos tribunais dos Estados-Membros chamados a aplicar o Regulamento n.º 2201/2003 a chave que lhes permita pronunciarem-se sobre a sua própria competência, é judicioso recordar que o Regulamento n.º 2201/2003 estabeleceu um sistema de competências ao mesmo tempo completo e coerente, no quadro do qual a residência habitual de uma criança constitui apenas um dos critérios, ainda que o mais importante, com fundamento no qual os tribunais nacionais devem estabelecer a sua competência. Propõe-se, assim, uma certa clarificação acerca do que é e do que deve ser a missão dos tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003.

1. Clarificação da missão dos tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003

98. O artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003, que estabelece a competência geral do tribunal da residência habitual da criança, apenas se aplica, em conformidade com o seu n.º 2, sob reserva das disposições dos artigos 9.º, 10.º e 12.º do referido regulamento.

99. Os tribunais dos Estados-Membros chamados a pronunciar-se sobre a sua competência ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003 devem, portanto, para tal, seguir os trâmites impostos pelo artigo 8.º, n.º 2, do referido regulamento. Devem, antes de mais, verificar se são competentes ao abrigo dos artigos 9.º, 10.º e 12.º do Regulamento n.º 2201/2003. Na

negativa, devem estabelecer a sua competência ao abrigo do artigo 8.º, n.º 1, do referido regulamento, no quadro e segundo o método prescrito pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência, designadamente no seu acórdão A, já referido, para determinar a residência habitual da criança.

100. Supondo que o método seguido deste modo não permite determinar a residência habitual da criança, os tribunais nacionais para os quais se recorreu devem pronunciar-se com fundamento noutras disposições do Regulamento n.º 2201/2003, quer ao abrigo do artigo 13.º deste, se for impossível determinar a residência habitual de uma criança, quer do artigo 15.º do mesmo regulamento, se lhes parecer razoável declinarem a sua competência baseada na residência habitual da criança³⁹.

101. Importa, a este respeito, insistir nas diferentes dimensões da missão dos tribunais nacionais ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003⁴⁰.

102. O artigo 17.º do Regulamento n.º 2201/2003 impõe aos tribunais nacionais

³⁹ — Podem igualmente, num caso extremo, declarar-se competentes ao abrigo do artigo 14.º do Regulamento n.º 2201/2003, que prevê que, quando nenhum tribunal de um Estado-Membro é competente, quer nos termos do artigo 8.º deste regulamento quer do artigo 13.º do referido regulamento, a competência é então regulada, em cada Estado-Membro, pela lei desse Estado-Membro.

⁴⁰ — Sobre este aspecto da questão, v., por exemplo, Niboyet, M.-L., «L'office du juge – la vérification et l'exercice de la compétence», dans Fulchiron, H., et Nourissat, C. (dir.), *op. cit.*, p. 191.

a obrigação de suscitem oficiosamente a sua incompetência, quando essa competência não seja fundada nos termos do referido regulamento e nenhum tribunal de outro Estado-Membro seja competente por força do mesmo regulamento.

Estas duas possibilidades serão examinadas sucessivamente.

2. Exame da oportunidade da remessa para outro tribunal

103. No entanto, pode certamente deduzir-se da economia do Regulamento n.º 2201/2003 que este último também lhes impõe a obrigação, para além de examinarem a sua própria competência⁴¹, se for caso disso impondo-lhes que convidem as partes a apresentar observações a este respeito⁴², de basearem oficiosamente a sua competência no referido regulamento. Incumbe-lhes, além disso, neste quadro, examinar, a fim de assegurar o superior interesse da criança, todos os critérios possíveis de competência, designadamente a oportunidade de declinarem a sua própria competência a favor de um outro tribunal mais bem colocado.

105. O processo principal fornece uma boa ilustração das condições nas quais um tribunal pode proceder à remessa para outro tribunal. A High Court of Justice (England & Wales), Family Division, tendo em conta as dúvidas expressas no seu despacho de 15 de Abril de 2010, teria certamente podido declinar a sua competência com fundamento no artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003. A Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) poderia, por seu lado, tendo em conta a evolução da situação, decidido remeter o processo aos tribunais franceses, sem dúvida actualmente mais bem colocados para se pronunciarem sobre o litígio no processo principal.

104. O Tribunal de Justiça não disse outra coisa no seu acórdão A, já referido⁴³, no qual evoca a situação excepcional na qual o tribunal nacional, na impossibilidade de determinar a residência habitual de uma criança, deve decidir, por força do artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003, declinar a sua competência a favor dos tribunais do Estado-Membro no qual se encontra a criança. Um tribunal nacional pode, do mesmo modo, declinar a sua competência com fundamento no artigo 16.º do referido regulamento.

a) Remessa para o tribunal do lugar em que a criança está presente: artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003

106. O artigo 13.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 prevê que, se não puder ser determinada a residência habitual da criança nem for possível determinar a competência com base no artigo 12.º, são competentes os tribunais do Estado-Membro onde a criança se encontra.

41 — Acórdão de 15 de Julho de 2010, Purrucker (C-256/09, Colect., p. I-7353, n.º 73).

42 — V. n.º 101 da presente tomada de posição.

43 — N.º 43.

107. O tribunal de reenvio perguntou-se, na exposição dos fundamentos da sua decisão de reenvio, se podia considerar-se que, em 12 de Outubro de 2009, a criança já não tinha residência habitual.

108. A Comissão evocou essa eventualidade nas suas observações escritas. Fazendo referência a uma sentença do juiz Brandon of Oakbrook⁴⁴, sublinha com efeito que uma pessoa pode num só dia deixar de residir habitualmente num Estado-Membro, se abandonar este último com a firme intenção de aí não regressar e decidir, pelo contrário, transferir de modo duradouro a sua residência para outro Estado-Membro. No entanto, essa pessoa não pode, num só dia, tornar-se residente habitual do segundo Estado-Membro, uma vez que é necessário um período relativamente longo e uma intenção firme para que isso se verifique. Durante esse período relativamente longo, a pessoa perdeu portanto a sua residência habitual no primeiro Estado-Membro sem no entanto ter adquirido uma nova residência habitual no segundo Estado-Membro. A Comissão conclui deste facto que incumbe ao tribunal determinar se a mãe tinha a firme intenção de não regressar a Inglaterra, facto que cabe a esta última demonstrar em conformidade com as disposições do direito nacional do tribunal de reenvio.

109. Do mesmo modo, o Governo do Reino Unido, em termos sensivelmente diferentes,

alegou que um tribunal nacional podia, depois de ter tido em conta todos os factores pertinentes e baseando-se nas particularidades do caso específico, concluir que uma criança podia perder a sua residência habitual num Estado-Membro imediatamente depois da sua partida desse Estado-Membro. Sublinha, a este respeito, que essa situação não implica uma diminuição da protecção da criança, na medida em que o artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003 prevê precisamente a competência do Estado-Membro no qual a criança se encontra.

110. Poderia, portanto, insistir-se de novo na ideia de que cabe aos tribunais nacionais examinar se as condições de aplicação do artigo 13.º do Regulamento n.º 2201/2003 estão preenchidas e se, em consequência, esta disposição deve ser aplicada.

b) Reenvio para o tribunal mais bem colocado: artigo 16.º do Regulamento n.º 2201/2003 e excepção de *forum non conveniens*

111. O artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2003 prevê que, excepcionalmente, os tribunais competentes de um Estado-Membro podem, se considerarem que um

⁴⁴ — Processo J [1990] 2 AC 562, p. 578.

tribunal de outro Estado-Membro, com o qual a criança tenha uma ligação particular, se encontra mais bem colocado para conhecer do processo e se tal servir o superior interesse da criança, suspender a instância e convidar as partes a apresentarem um pedido ao tribunal desse outro Estado-Membro, nos termos do n.º 4, ou pedir ao tribunal de outro Estado-Membro que exerça a sua competência em conformidade com o n.º 5 do mesmo artigo.

112. O artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003 prevê que essa possibilidade pode ser explorada, designadamente, por iniciativa do tribunal nacional onde o processo foi instaurado.

113. Poderia, portanto, insistir-se na ideia de que cabe ao tribunal de reenvio examinar se as condições de aplicação do artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2003 estão preenchidas na situação em causa no processo principal e se, consequentemente, esta disposição deve ser aplicada.

C — Conclusão

114. À primeira questão prejudicial do tribunal de reenvio deve, por conseguinte, dar-se a seguinte resposta. De um modo geral, um tribunal nacional que conheça de um pedido que tem por objecto a responsabilidade parental relativa a uma criança deve pronunciar-se expressamente sobre a sua competência ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003, após ter examinado sucessivamente os diferentes fundamentos com base nos quais essa competência pode ser determinada ao abrigo do referido regulamento. Incumbe-lhe, no âmbito desse exame, determinar, no superior interesse da criança, a residência habitual desta última, apreciando todas as circunstâncias de facto específicas da situação em causa. Em especial, em circunstâncias como as do processo principal, que se caracteriza, por um lado, pela licitude da deslocação de uma criança de um Estado-Membro onde tinha a sua residência habitual para outro Estado-Membro e, por outro, pela instauração imediata, mas posterior, de um processo num tribunal no Estado-Membro da residência inicial, o referido tribunal deve, mais precisamente, determinar se essa deslocação implica, efectivamente, a curto prazo, a perda da residência habitual inicial da criança e a aquisição de uma nova residência habitual no Estado-Membro de destino. Para esse fim, o referido tribunal deve atender, de modo preponderante e identificável, à vontade da pessoa titular da autoridade parental que esteve na origem da deslocação lícita, tendo especialmente em conta a idade da criança, e depois de ter dado a essa pessoa a oportunidade de apresentar as suas observações e de expor plena e completamente as razões que motivaram essa deslocação. É à pessoa que refuta a aquisição de uma nova residência habitual nessas circunstâncias que cabe apresentar os elementos susceptíveis provar que essa deslocação não é motivada pela vontade

de estabelecer uma nova residência habitual no Estado-Membro de destino. Por último, se não lhe for possível determinar a residência habitual da criança, o tribunal nacional deve declará-lo e pronunciar-se, observando o princípio da proximidade, sobre a sua própria competência, com fundamento no disposto no artigo 13.º ou no artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2003.

VI — Quanto à segunda e terceira questões

A — Observações preliminares sobre a pertinência das questões submetidas

1. Colocação do problema

115. Na primeira questão⁴⁵, segundo travesão, bem como na terceira questão, o tribunal de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, que estabelece as regras de competência em caso de rapto de uma criança.

116. Além disso, na segunda questão, o tribunal de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se, para efeitos das disposições do Regulamento n.º 2201/2003, um tribunal pode constituir uma «instituição ou outro organismo», conceitos e expressão utilizados apenas nos artigos 10.º e 11.º do referido regulamento.

117. Como sublinhou a Comissão nas suas observações escritas, o tribunal de reenvio não apresenta as razões pelas quais uma resposta a esta questão lhe é necessária para resolver o litígio que lhe foi submetido. Sublinha, no entanto, que esta questão parece partir da premissa de que, se os tribunais ingleses adquiriram um direito de guarda a partir de 9 de Outubro de 2010, o não regresso da criança a Inglaterra é ilícito e, portanto, susceptível de desencadear a aplicação quer da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças quer do artigo 11.º do Regulamento n.º 2201/2003, precisamente dedicado ao regresso da criança em caso de deslocação ou retenção ilícitas.

118. O pai da criança alega, a este respeito, *inter alia*, que, embora a partida da mãe com a criança não fosse inicialmente ilícita, o não regresso da criança a Inglaterra tornou-se ilícito pelo facto de a mãe não ter cumprido os diferentes despachos proferidos pelos tribunais ingleses.

119. A este respeito, poderia igualmente considerar-se que a segunda questão submetida pelo tribunal de reenvio faz implicitamente referência às disposições do artigo 11.º do Regulamento n.º 2201/2003.

120. Resulta assim das questões do tribunal de reenvio que este último considera, pelo

⁴⁵ — Sobre este aspecto da questão, v. nota 13.

menos implicitamente, que os factos em causa no processo principal são equiparáveis a um rapto de criança e que, portanto, quer a Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças quer os artigos 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003 são aplicáveis.

2. Apreciação

121. Ora, resulta da própria decisão de reenvio que a recorrente no processo principal deixou licitamente Inglaterra e se deslocou para a Reunião, o que de resto foi declarado no despacho da High Court of Justice (England & Wales), Family Division, de 15 de Abril de 2010. A decisão de reenvio, refere, com efeito, que a recorrente no processo principal era a única titular da responsabilidade parental relativa à criança e, por conseguinte, a única pessoa que dispunha de um direito de guarda na acepção dos artigos 3.º e 5.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

122. O tribunal de reenvio precisa que, em Inglaterra e no País de Gales, o pai não beneficia de pleno direito da responsabilidade parental relativa a um filho nascido fora do casamento. Pode, no entanto, obter essa responsabilidade parental, quer através de menção, na sua qualidade de pai, do seu nome no assento de nascimento do filho, quer através da celebração de um acordo relativo a essa responsabilidade com a mãe, quer ainda através de um despacho judicial que lhe atribua a responsabilidade parental («parental responsibility order»).

123. Na audiência, os Governos alemão e francês manifestaram dúvidas, tendo em conta a situação de facto em causa no processo principal, sobre a pertinência das questões deste modo submetidas pelo tribunal de reenvio.

124. Recorde-se, a este propósito, que só pode haver «deslocação ou retenção ilícitas de uma criança», na acepção do artigo 2.º, ponto 11, do Regulamento n.º 2201/2003, quando há violação de um direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da sua deslocação ou retenção.

125. No caso vertente, como o tribunal de reenvio declarou, e como reconhecem a recorrente e o recorrido no processo principal, o Governo do Reino Unido e a Comissão nas suas observações escritas e orais, bem como os Governos alemão, irlandês e francês nas suas observações orais, a partida da mãe com a filha foi lícita. Não houve violação do direito de guarda do pai da criança nem do direito de guarda de outra instituição ou organismo⁴⁶.

126. Ora, o artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, que estabelece uma regra específica de competência em caso de rapto de criança, só é aplicável precisamente em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de uma

⁴⁶ — Sobre este aspecto da questão, v., a seguir, a proposta de resposta à segunda questão do tribunal de reenvio.

criança na aceção do artigo 2.º, ponto 11, do Regulamento n.º 2201/2003.

retenção⁴⁹. A segunda é que esse direito deve ter sido exercido de modo efectivo⁵⁰.

127. Como o Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão McB⁴⁷, o carácter ilícito da deslocação de uma criança para efeitos da aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 depende exclusivamente da existência de um direito de guarda, conferido pelo direito nacional aplicável, em violação do qual essa deslocação se verificou.

128. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou igualmente que esta interpretação do Regulamento n.º 2201/2003 não era incompatível com os direitos garantidos pela Carta, designadamente pelos artigos 7.º e 24.º desta, que garantem, respectivamente, o direito ao respeito da vida privada e familiar, bem como os direitos fundamentais da criança, desde que, no entanto, o pai da criança tenha disposto do direito de pedir que lhe fosse conferido um direito de guarda do filho antes da deslocação deste⁴⁸.

129. Acrescente-se a este respeito que, nos termos do artigo 3.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, só se pode considerar que há «deslocação ilícita» ou «retenção ilícita» de uma criança sob duas condições. A primeira é que é necessário que tenha havido violação de um direito de guarda atribuído pelo direito do Estado no qual a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da sua deslocação ou

130. O artigo 3.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças precisa, além disso, no segundo parágrafo, que o direito de guarda pode, designadamente, resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito deste Estado. Por outras palavras, os modos de devolução do direito de guarda na aceção da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças correspondem aos três modos de devolução da responsabilidade parental previstos pela legislação de Inglaterra e do País de Gales.

131. Daqui decorre que, tendo em conta as informações fornecidas ao Tribunal de Justiça pelo próprio tribunal de reenvio e não contestadas, o artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 não se afigura aplicável à situação em causa no processo principal.

132. Todavia, tanto a recorrente e o recorrido no processo principal como o Governo do

47 — Acórdão de 5 de Outubro de 2010 (C-400/10 PPU, Colect., p. I-8965, n.º 44).

48 — Acórdão McB., já referido (n.º 49 a 64).

49 — Se no tribunal no qual o processo foi instaurado, por via telefónica, em 9 de Outubro de 2009 tivesse sido apresentado o pedido no dia que precedeu a partida da mãe com a criança, essa deslocação teria sido feita em violação do direito de guarda reconhecido ao tribunal pelo Estado-Membro da residência habitual inicial da criança, caso essa partida não tivesse sido previamente autorizada pelo referido tribunal. Essa deslocação teria sido, portanto, ilícita e teria estabelecido a competência do tribunal no qual o processo foi instaurado por força do artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003.

50 — V., a este respeito, Perez Vera, E., *Rapport explicatif sur la convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tome III, *Enlèvement d'enfants*, n.º 64 e segs.

Reino Unido e a Comissão, nas suas observações escritas e orais, e os Governos alemão, irlandês e francês, na audiência, tiveram o cuidado, não obstante as dúvidas que têm a este respeito, de apresentar elementos de resposta às questões deste modo submetidas.

133. Propõe-se, deste modo, que nas linhas que se seguem, se examinem brevemente as segunda e terceira questões formuladas pelo tribunal de reenvio, mas apenas a título subsidiário.

134. Seria, porém, oportuno aproveitar a ocasião fornecida pelo presente processo para recordar aos tribunais nacionais que, de entre as obrigações que lhes incumbem no âmbito do processo prejudicial instituído pelo artigo 267.º TFUE, figura a de expor as razões pelas quais consideram que uma resposta à questão ou às questões que submetem é necessária para resolverem o litígio que lhes cabe decidir. Esta exigência impõe-se com especial acuidade no âmbito dos processos judiciais urgentes.

B — Quanto à segunda questão

135. Com a segunda questão, o tribunal de reenvio convida o Tribunal de Justiça a pronunciar-se sobre a questão de saber se um

tribunal pode constituir «uma instituição ou outro organismo» ao qual pode ser confiado um direito de guarda para efeitos do Regulamento n.º 2201/2003.

136. Como foi observado nas observações preliminares que precedem, esta questão requer a interpretação dos artigos 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003, que são as únicas disposições do referido regulamento que mencionam, em relação com o direito de guarda, uma «instituição» ou «outro organismo»⁵¹.

137. O Regulamento n.º 2201/2003 não define o que deve entender-se por «instituição» na acepção dos seus artigos 10.º e 11.º

138. No seu acórdão McB., já referido⁵², o Tribunal de Justiça precisou, todavia, a este respeito, que diversamente do conceito de «direito de guarda», conceito comunitário autónomo em relação ao direito dos Estados-Membros na medida em que é definido no artigo 2.º, ponto 9, do Regulamento n.º 2201/2003, a designação do titular do direito de guarda é regulada, tendo em conta a redacção do artigo 2.º, ponto 11, do referido regulamento, pelo direito dos Estados-Membros⁵³.

51 — A este propósito, a Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, na qual é decaído o Regulamento n.º 2201/2003, prevê igualmente o direito de guarda a favor de instituições e organismos. V. Perez Vera, E., op. cit., n.º 80.

52 — N.º 43.

53 — O tribunal de reenvio proferiu a decisão de reenvio em 8 de Outubro de 2010, muito pouco tempo depois do acórdão McB., já referido, proferido em 5 de Outubro de 2010 e, por conseguinte, não teve conhecimento deste acórdão.

139. A recorrente e o recorrido no processo principal, os Governos do Reino Unido, irlandês e francês, bem como a Comissão remeteram, de um modo geral, para o acórdão McB., já referido, sublinhando, nos seus articulados ou na audiência, que entendiam não haver nenhuma objecção a que um direito de guarda fosse concedido a um tribunal.

140. Apenas o Governo alemão alegou na audiência que não era possível reconhecer a um tribunal ao qual tivesse sido precisamente apresentado um pedido tendo por objecto o direito de guarda relativo a uma criança ao abrigo do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 2201/2003 a qualidade de instituição na acepção dos artigos 10.º e 11.º do referido regulamento, sem violar a aplicação uniforme do referido regulamento. No entanto, este governo acrescenta que o Regulamento n.º 2201/2003 não exclui a possibilidade de reconhecer esse direito a um tribunal.

141. Por conseguinte, de uma maneira geral considera-se que, como o Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão McB., já referido, os requisitos de atribuição dos direitos de guarda e de responsabilidade parental são definidos pelos direitos dos Estados-Membros. Todavia, a questão de saber se, neste âmbito, o conceito de «instituição» referido nos artigos 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser igualmente definido pelos Estados-Membros poderia ser objecto de discussão, tendo em conta a objecção formulada pelo Governo alemão.

142. Pode, a este respeito, observe-se que o artigo 2.º, ponto 9, do Regulamento n.º 2201/2003 define o «direito de guarda» como «os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência». O artigo 2.º, ponto 7, do mesmo regulamento precisa que o direito de guarda assim definido é um dos atributos da responsabilidade parental, ela mesma definida como o conjunto «dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança».

143. A comparação entre o artigo 2.º, ponto 7, do Regulamento n.º 2201/2003, que define a responsabilidade parental sem remissão para os direitos dos Estados-Membros, e o artigo 2.º, ponto 11, do referido regulamento, que define a deslocação e a retenção ilícitas, poderia autorizar uma interpretação segundo a qual caberia ao Tribunal de Justiça determinar o que está abrangido pelo conceito de «instituição» na acepção destas duas disposições.

144. No entanto, é bastante difícil conceber que o Tribunal de Justiça possa verdadeiramente dar uma interpretação autónoma e uniforme deste conceito, tendo em conta o contexto das disposições e o objectivo prosseguido pela regulamentação

em causa⁵⁴ e procurando conferir-lhe uma acepção que possa responder plenamente ao objectivo prosseguido por esta, remetendo, quanto ao restante, para o direito dos Estados-Membros⁵⁵.

conceda a autoridade parental ao pai, de impedir que a mãe abandone o território, posteriormente à instauração dos processos, a fim de a estes se subtrair.

145. De qualquer modo, na audiência, os Governos do Reino Unido e irlandês insistiram na importância que revestia a possibilidade de reconhecer a um tribunal a qualidade de instituição titular do direito de guarda, tendo em conta a aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 e da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças. Com efeito, em alguns Estados-Membros, como é o caso em Inglaterra e no País de Gales, os direitos em matéria de responsabilidade e de direitos de guarda não são automaticamente conferidos ao pai natural, podendo este último obtê-los apenas com o consentimento da mãe ou, na falta deste, por decisão dos tribunais competentes. Nestas condições, é imperativo que o tribunal no qual o pai natural tenha apresentado um pedido de reconhecimento da sua autoridade parental disponham de um direito de guarda. Se não dispuser desse direito, o tribunal no qual o pedido foi apresentado não tem a possibilidade, enquanto não for proferida a decisão que eventualmente

146. Na audiência, a Comissão precisou, a este respeito, em resposta ao argumento do Governo alemão, que nesses Estados-Membros o direito de guarda era reconhecido aos tribunais com fundamento nas suas legislações, e, portanto, de pleno direito, e não apenas por ter sido instaurado um processo nesses tribunais.

147. Consequentemente, propõe-se que à segunda questão do tribunal de reenvio se responda que o artigo 2.º, pontos 7, 9 e 11, bem como os artigos 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003 devem ser interpretados no sentido de que um tribunal de um Estado-Membro pode constituir uma «instituição ou outro organismo» na acepção destas disposições, ao qual um direito de guarda pode ser confiado para efeitos das disposições do referido regulamento, desde que a concessão deste direito de guarda esteja prevista de pleno direito pela legislação do referido Estado-Membro.

C — Quanto à terceira questão

54 — V., designadamente, acórdão A, já referido (n.º 34).

55 — V., mais excepcionalmente, acórdãos de 23 de Novembro de 2006, Comissão/Itália (C-486/04, Colect., p. I-11025, n.º 44); de 5 de Julho de 2007, Comissão/Itália (C-255/05, Colect., p. I-5767, n.º 60), e de 6 de Novembro de 2008, Comissão/Alemanha (C-247/06, n.º 30).

148. A terceira questão do tribunal de reenvio tem por objecto a interpretação dos artigos 10.º e 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003 e mais precisamente as regras

aplicáveis em caso de coexistência de decisões contraditórias dos tribunais de dois Estados-Membros, uma com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003 e a outra com fundamento na Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

aos tribunais nacionais aplicar o artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2003, a fim de proteger o superior interesse das crianças, no respeito pela Carta e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

1. Observações das partes no processo principal, dos governos dos Estados-Membros envolvidos e da Comissão

149. A mãe da criança alega principalmente que, uma vez que a deslocação da criança foi lícita, o artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 não é aplicável. Precisa, no entanto, que deve responder-se à terceira questão, primeiro parágrafo, do tribunal de reenvio que o artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003 não continua a aplicar-se depois de os tribunais do Estado-Membro requerido terem indeferido um pedido de regresso da criança por força da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças. Em contrapartida, não propõe uma resposta directa à terceira questão, segundo parágrafo, do tribunal de reenvio. Com efeito, limita-se a observar que o sistema do Regulamento n.º 2201/2003, se for correctamente aplicado, deve permitir evitar qualquer conflito e insiste, a este respeito, na necessidade de os tribunais dos Estados-Membros utilizarem a rede judiciária europeia, bem como na necessidade de uma aplicação uniforme das regras de litispendência e da observância estrita das regras de recurso aos tribunais contidas no artigo 16.º do Regulamento n.º 2201/2003. De qualquer modo, se o problema de competência não puder ser resolvido, entende que cabe

150. O pai da criança alega que, dado que os tribunais ingleses foram os primeiros chamados a conhecer de um pedido em matéria de responsabilidade parental, o tribunal francês no qual a mãe apresentou, em 28 de Outubro de 2009, um pedido idêntico deveria, em conformidade com o artigo 19.º do Regulamento n.º 2201/2003, ter suspenso a instância até que a competência dos tribunais ingleses estivesse determinada. A decisão do tribunal francês de 15 de Março de 2010 sobre o pedido de regresso da criança por força da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças não pode constituir fundamento da competência do tribunal francês.

151. O Governo do Reino Unido recorda que, nos termos do artigo 60.º, alínea e), do Regulamento n.º 2201/2003, este último prevalece sobre a Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, mas que, em conformidade com o artigo 62.º do Regulamento n.º 2201/2003, a referida convenção continua a produzir efeitos quanto às matérias

não reguladas pelo referido regulamento. Ao constatar que o Regulamento n.º 2201/2003 só de maneira limitada regula a aplicação da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças quando é apresentado um pedido com fundamento nesta última, o Governo do Reino Unido considera que o primeiro tribunal de um Estado-Membro no qual tenha sido instaurado um processo em matéria de responsabilidade parental não está, quando examina a sua competência por força do referido regulamento, vinculado pela decisão de um tribunal de outro Estado-Membro que se pronunciou sobre um pedido ao abrigo da referida Convenção.

152. O Governo alemão, sublinhando na audiência que a terceira questão do tribunal de reenvio não é pertinente para a resolução do litígio no processo principal, uma vez que a deslocação da criança foi lícita, quis, no entanto, apresentar a sua posição. Sublinha, a este respeito, que, embora o artigo 17.º do Regulamento n.º 2201/2003 imponha aos tribunais dos Estados-Membros a obrigação de verificarem a sua competência, ao abrigo do referido regulamento bem como ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, nenhuma disposição determina qual o tribunal que decide em última instância. Porém, dado que os dois instrumentos assentam nas mesmas condições e que os Estados-Membros estão obrigados a observá-los e a velar pela uniformidade das suas decisões, a sua interligação deve permitir evitar qualquer conflito. No entanto, dado que as regras processuais e de prova são diferentes,

pode acontecer que um tribunal de um Estado-Membro baseie a sua competência no artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 apesar de um tribunal de outro Estado-Membro ter anteriormente indeferido um pedido de regresso ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

153. O Governo francês sublinha, antes de mais, que uma vez que o artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 não é aplicável, a terceira questão, primeiro parágrafo, do tribunal de reenvio não é pertinente. Considera, em resposta à terceira questão, segundo parágrafo, do tribunal de reenvio, que um tribunal ao qual se tenha recorrido com fundamento na Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças não pode regular um conflito eventual de jurisdição entre dois tribunais aos quais se recorreu com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003. Esse conflito de jurisdição está, em contrapartida, regulado pelo artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003.

154. A Comissão esforça-se por dar resposta à terceira questão recordando as regras dos artigos 8.º, 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003. Em primeiro lugar, o tribunal inglês pode declarar-se competente com fundamento no artigo 8.º do referido regulamento, se a condição relativa à residência habitual estiver preenchida. A decisão, provisória ou definitiva, que o tribunal adopte com fundamento neste artigo é nesse caso executória em conformidade com as disposições do capítulo III do referido regulamento. O recurso a um tribunal acarreta a aplicação das disposições do artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003 pelo que um tribunal de outro

Estado-Membro no qual tenha sido intentada uma acção com o mesmo objecto e a mesma causa de pedir deverá suspender a instância.

força do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003.

155. Em segundo lugar, precisando que os tribunais ingleses não podem declarar-se competentes com fundamento no artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, a Comissão considera que o recurso a um tribunal com este fundamento desencadeia, do mesmo modo, a aplicação das disposições relativas à litispendência, excepto se lhe for submetido um pedido de medidas provisórias em conformidade com o artigo 20.º do Regulamento n.º 2201/2003.

156. Em terceiro lugar, a Comissão considera que o artigo 11.º do Regulamento n.º 2201/2003 obriga a distinguir a competência do Estado requerido para determinar se se deve ordenar o regresso da criança e a competência do Estado-Membro de origem para revogar essa decisão. O Estado requerido tem competência ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças e não do artigo 11.º do Regulamento n.º 2201/2003, uma vez que o tribunal no qual o processo foi instaurado no referido Estado deve ser competente para decidir a questão prévia de saber se a criança foi objecto de deslocação ou retenção ilícitas na acepção do artigo 3.º da referida convenção. Se esse tribunal concluir que não é esse o caso, essa decisão não pode vincular o tribunal do Estado de origem ao qual se recorreu posteriormente por

157. A Comissão conclui que as decisões proferidas pelos tribunais de um Estado requerido estão limitadas à aplicação da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças e não podem ter a mínima repercussão sobre os requisitos gerais de competência previstos no Regulamento n.º 2201/2003.

2. Apreciação

158. Como se pode verificar, as respostas à terceira questão são bastante diferentes. Para dizer a verdade, como a Comissão observou nos seus articulados, a referida questão, conforme formulada pelo tribunal de reenvio, não corresponde inteiramente à redacção da dupla questão por ele submetida. Assim, é necessária uma clarificação a este respeito.

a) Clarificação da terceira questão

159. O tribunal de reenvio interroga-se, em primeiro lugar, sobre a questão de saber se o artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 ainda é aplicável depois de os tribunais do Estado-Membro requerido terem indeferido um pedido de regresso da criança por força

da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças com o fundamento de que não estavam preenchidos os requisitos de aplicação dos artigos 3.º e 5.º da referida convenção.

diferentes, mas ambas adoptadas com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003.

160. O mesmo tribunal pergunta, em segundo lugar, se o tribunal francês que, em 15 de Março de 2010, indeferiu o pedido apresentado pelo pai com vista ao regresso da criança por força da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, pelo facto de o pai não dispor do direito de guarda relativo à criança, na acepção dos artigos 3.º e 5.º da referida convenção, podia, com esse fundamento, declarar-se competente para conhecer do litígio que tinha por objecto a responsabilidade parental relativa à criança ou se, pelo contrário, devia reconhecer à High Court of Justice (England & Wales), Family Division, a qualidade de tribunal no qual o processo foi instaurado em primeiro lugar, em conformidade com o artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003.

b) Conflito entre uma decisão adoptada com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003 e uma decisão adoptada com fundamento na Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças

162. A situação que aqui se configura⁵⁶ é aquela em que coexistem, por um lado, as decisões dos tribunais ingleses, que se declararam competentes para conhecer de um litígio em matéria de responsabilidade parental com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003, abrangidas pelo âmbito de aplicação dos artigos 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003, e por outro, a decisão francesa que julga improcedente o pedido ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças formulado pelo pai no âmbito do mesmo litígio.

161. Consequentemente, as duas questões têm essencialmente por objecto a aplicação das regras de litispendência do Regulamento n.º 2201/2003 em duas situações diferentes. Na primeira, coexistem duas decisões contraditórias de tribunais de Estados-Membros diferentes, uma ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003 e a outra da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças. Na segunda situação, coexistem duas decisões contraditórias de tribunais de Estados-Membros

163. O artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento n.º 2201/2003 parece-nos conter a resposta a esta interrogação. Esta disposição prevê, com efeito, a possibilidade de um tribunal de um Estado-Membro competente ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003 adoptar uma decisão que ordene o regresso de uma criança

⁵⁶ — É a que corresponde à terceira questão, primeiro parágrafo, da decisão de reenvio.

posteriormente a uma decisão de retenção proferida em aplicação do artigo 13.º da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

166. Acrescente-se que a circunstância de a decisão do tribunal francês se basear na decisão anterior do mesmo tribunal que julgou improcedente o pedido baseado na Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, apresentado pelo pai, em nada altera esta conclusão, uma vez que a primeira decisão foi adoptada com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003.

c) Conflito entre as decisões adoptadas com fundamento no Regulamento n.º 2201/2003

d) Conclusão

164. A situação que aqui se configura é aquela em que coexistem, por um lado, as decisões dos tribunais ingleses de 12 de Outubro de 2009 e de 15 de Abril de 2010 e, por outro, a decisão do tribunal francês de 23 de Junho de 2010, que se pronunciaram sobre as competências respectivas ao abrigo do Regulamento n.º 2201/2003 para conhecer de um mesmo litígio em matéria de responsabilidade parental, ainda que com base num fundamento diferente.

165. As disposições do Regulamento n.º 2201/2003 relativas à litispendência, concretamente o artigo 19.º, n.º 2, do referido regulamento, destinam-se precisamente a regular este tipo de situações. Cabia ao tribunal francês suspender a instância até que estivesse estabelecida a competência do tribunal inglês, no qual o processo foi instaurado em primeiro lugar⁵⁷.

167. Deve, consequentemente, responder-se à terceira questão do tribunal de reenvio, em primeiro lugar, que o Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que não obsta à faculdade de um tribunal de um Estado-Membro competente ao abrigo do artigo 10.º do referido regulamento adoptar qualquer medida a fim de assegurar o regresso da criança posterior a uma decisão de retenção proferida em aplicação da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças e, em segundo lugar, que o artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que o tribunal de um Estado-Membro no qual tenha sido intentada uma acção em matéria de responsabilidade parental deve, posteriormente à propositura no tribunal de outro Estado-Membro de uma acção com o mesmo objecto e a mesma causa de pedir, suspender a instância até que esteja estabelecida a competência do tribunal no qual o processo foi instaurado em primeiro lugar. A circunstância de a competência do primeiro tribunal assentar no artigo 10.º do Regulamento

⁵⁷ — Sem prejuízo das observações acima formuladas, n.ºs 55 e segs. da presente tomada de posição.

n.º 2201/2003 e de a competência do segundo tribunal ser estabelecida com fundamento numa decisão de retenção adoptada anteriormente ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, por não

estarem preenchidos os requisitos previstos nos artigos 3.º e 5.º da referida Convenção é, a este respeito, indiferente, uma vez que o segundo tribunal é competente por força do referido regulamento.

VII — Conclusões

168. Com base nestas observações e recordando as reservas formuladas a propósito da pertinência da segunda e da terceira questões, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pela Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) nos termos seguintes:

- «1) De um modo geral, um tribunal nacional que conheça de um pedido que tem por objecto a responsabilidade parental relativa a uma criança deve pronunciar-se expressamente sobre a sua competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento n.º 1347/2000, após ter examinado sucessivamente os diferentes fundamentos com base nos quais essa competência pode ser determinada ao abrigo do referido regulamento.

Incumbe-lhe, no âmbito desse exame, determinar, no superior interesse da criança, a residência habitual desta última, apreciando todas as circunstâncias de facto específicas da situação em causa.

Em especial, em circunstâncias como as do processo principal, que se caracteriza, por um lado, pela licitude da deslocação de uma criança de um Estado-Membro onde tinha a sua residência habitual para outro Estado-Membro e, por outro, pela instauração imediata, mas posterior, de um processo num tribunal no Estado-Membro da residência inicial, o referido tribunal deve, mais precisamente, determinar se essa deslocação implica, efectivamente, a curto prazo, a perda da residência habitual inicial da criança e a aquisição de uma nova residência habitual no Estado-Membro de destino.

Para esse fim, o referido tribunal deve atender, de modo preponderante e identificável, à vontade da pessoa titular da autoridade parental que esteve na origem da deslocação lícita, tendo especialmente em conta a idade da criança, e depois de ter dado a essa pessoa a oportunidade de apresentar as suas observações e de expor plena e completamente as razões que motivaram essa deslocação.

É à pessoa que refuta a aquisição de uma nova residência habitual nessas circunstâncias que cabe apresentar os elementos susceptíveis de provar que essa deslocação não é motivada pela vontade de estabelecer uma nova residência habitual no Estado-Membro de destino.

Por último, se não lhe for possível determinar a residência habitual da criança, o tribunal nacional assim deve declará-lo e pronunciar-se, observando o princípio da proximidade, sobre a sua própria competência, com fundamento no disposto no artigo 13.º ou no artigo 15.º do Regulamento n.º 2201/2003.

- 2) O artigo 2.º, pontos 7, 9 e 11, bem como os artigos 10.º e 11.º do Regulamento n.º 2201/2003 devem ser interpretados no sentido de que um tribunal de um Estado-Membro pode constituir uma “instituição ou outro organismo” na aceção destas disposições, ao qual um direito de guarda pode ser confiado para efeitos das disposições do referido regulamento, desde que a concessão deste direito de guarda esteja prevista de pleno direito pela legislação do referido Estado-Membro.

- 3) O Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que não obsta à faculdade de um tribunal de um Estado-Membro competente ao abrigo do artigo 10.º do referido regulamento adoptar qualquer medida a fim de assegurar o regresso da criança posterior a uma decisão de retenção proferida em aplicação da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças.

O artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que o tribunal de um Estado-Membro no qual tenha sido intentada uma acção em matéria de responsabilidade parental deve, posteriormente à propositura no tribunal de outro Estado-Membro de uma acção com o mesmo objecto e a mesma causa de pedir, suspender a instância até que esteja estabelecida a competência do tribunal no qual o processo foi instaurado em primeiro lugar. A circunstância de a competência do primeiro tribunal assentar no artigo 10.º do Regulamento n.º 2201/2003 e de a competência do segundo tribunal ser estabelecida com fundamento numa decisão de retenção adoptada anteriormente ao abrigo da Convenção de Haia sobre o rapto internacional de crianças, por não estarem preenchidos os requisitos previstos nos artigos 3.º e 5.º da referida Convenção é, a este respeito, indiferente, uma vez que o segundo tribunal é competente por força do referido regulamento.»