CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 20 de Maio de 2010[1]

1. Dois gémeos, um dos quais está presentemente na Alemanha com a mãe, enquanto o outro está em Espanha com o pai, são objecto de um litígio pela respectiva guarda entre os progenitores, que nunca casaram e puseram termo à sua coabitação. Um tribunal espanhol decretou uma medida provisória, atribuindo a guarda de ambos os gémeos ao pai, que pretende ver esta decisão reconhecida e executada na Alemanha. O Bundesgerichtshof alemão (Tribunal Federal de Justiça) solicita orientação quanto à questão de saber se tal medida provisória deve ser reconhecida e executada noutro Estado-Membro nos mesmos moldes que uma decisão do tribunal competente que atribui definitivamente a guarda.

Quadro jurídico

2. O órgão jurisdicional de reenvio pretende obter uma decisão sobre a interpretação a dar aos artigos 2.º, n.º 4, 20.º e 21.º e seguintes do «Regulamento de Bruxelas II bis» (ou «II A»)[2]. Contudo, outras partes do regulamento são também relevantes.

Preâmbulo

3. O preâmbulo do regulamento compreende, entre outros, os seguintes considerandos:

«(2) O Conselho Europeu de Tampere aprovou o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais como pedra angular da criação de um verdadeiro espaço judiciário e identificou o direito de visita como uma prioridade.

[…]

1 — Língua original: inglês.

2 — Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000 (JO 2003, L 338, p. 1) (a seguir «regulamento» ou, quando necessário para o distinguir de outros regulamentos, «presente regulamento»).

(5) A fim de garantir a igualdade de tratamento de todas as crianças, o presente regulamento abrange todas as decisões em matéria de responsabilidade parental, incluindo as medidas de protecção da criança, independentemente da eventual conexão com um processo matrimonial.

[…]

(12) 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.

[…]

(16) O presente regulamento não impede que, em caso de urgência, os tribunais de um Estado-Membro ordenem medidas provisórias ou cautelares em relação a pessoas ou bens presentes nesse Estado-Membro.

(17) Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de uma criança, deve ser obtido sem demora o seu regresso; para o efeito, deverá continuar a aplicar-se a Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 [3], completada pelas disposições do presente regulamento, nomeadamente o artigo 11.º […].

[…]

(21) O reconhecimento e a execução de decisões proferidas num Estado-Membro têm por base o princípio da confiança mútua e os fundamentos do não-reconhecimento serão reduzidos ao mínimo indispensável.

(22) Os actos autênticos e os acordos entre as partes com força executória num Estado-Membro são equiparados a 'decisões' para efeitos de aplicação das regras de reconhecimento e de execução.

[…]

(23) O Conselho Europeu de Tampere afirmou, nas suas conclusões (ponto 34) que as decisões proferidas em litígios em matéria de direito da família deveriam ser 'automaticamente reconhecidas em toda a União sem quaisquer

3 — Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, adoptada em 25 de Outubro de 1980 (a seguir «Convenção da Haia de 1980»).

procedimentos intermediários ou motivos de recusa de execução'. Por este motivo, as decisões relativas ao direito de visita e as decisões relativas ao regresso da criança que tenham sido homologadas no Estado-Membro de origem nos termos do presente regulamento deverão ser reconhecidas e têm força executória em todos os outros Estados-Membros sem necessidade de qualquer outra formalidade. As regras de execução destas decisões continuam a ser reguladas pelo direito interno.

(24) A certidão emitida para facilitar a execução da decisão não deverá ser susceptível de recurso. Só pode dar origem a uma acção de rectificação em caso de erro material, ou seja quando a certidão não reflicta correctamente o conteúdo da decisão.

[…]».

Estrutura do regulamento

4. O regulamento é aplicável tanto a matérias matrimoniais como de responsabilidade parental. Algumas das suas disposições são relevantes apenas para uma destas áreas, enquanto outras são comuns a ambas. Indicarei a seguir apenas as que relevam para as questões de responsabilidade parental suscitadas no presente caso. Poderá, contudo, ser útil ter em mente a estrutura global do regulamento.

5. O Capítulo I, relativo ao âmbito de aplicação e definições, compreende os artigos 1.º e 2.º O Capítulo II refere-se à competência e está dividido em três secções: a Secção 1 (divórcio, separação e anulação do casamento) compreende os artigos 3.º a 7.º; a Secção 2 (responsabilidade parental), os artigos 8.º a 15.º; e a Secção 3 (disposições comuns), os artigos 16.º a 20.º O Capítulo III, sobre reconhecimento e execução, contém seis secções: a Secção 1 (reconhecimento) compreende os artigos 21.º a 27.º; a Secção 2 (pedido de uma declaração de executoriedade), os artigos 28.º a 36.º; a Secção 3 (disposições comuns às secções 1 e 2), os artigos 37.º a 39.º; a Secção 4 (força executória de certas decisões em matéria de direito de visita e de certas decisões que exigem o regresso da criança), os artigos 40.º a 45.º; a Secção 5 (actos autênticos e acordos), o artigo 46.º; e a secção 6 (outras disposições), os artigos 47.º a 52.º). O Capítulo IV, relativo à cooperação entre autoridades centrais em matéria de responsabilidade parental, compreende os artigos 53.º a 58.º O Capítulo V, sobre relações com outros actos, inclui os artigos 59.º a 63.º, enquanto os Capítulos VI

e VII, que contêm disposições transitórias e finais, respectivamente, constituem o texto restante.

Âmbito de aplicação e definições

6. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), e do n.º 2, alínea a), o regulamento é aplicável, independentemente da natureza do órgão judiciário, às matérias civis relativas à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade parental incluindo, nomeadamente, o direito de guarda e o direito de visita.

7. O artigo 2.º fornece um conjunto de definições. Em particular, entende-se por:

«1. 'Tribunal', todas as autoridades que nos Estados-Membros têm competência nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento por força do artigo 1.º;

[…]

4. 'Decisão' [entre outras] qualquer decisão relativa à responsabilidade parental proferida por um tribunal de um Estado-Membro, independentemente da sua designação, tal como 'acórdão' sentença ou 'despacho judicial';

5. 'Estado-Membro de origem', o Estado-Membro no qual foi proferida a decisão a executar;

6. 'Estado-Membro de execução' o Estado-Membro no qual é requerida a execução da decisão;

7. 'Responsabilidade parental', o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança. O termo compreende, nomeadamente, o direito de guarda e o direito de visita;

8. 'Titular da responsabilidade parental' qualquer pessoa que exerça a responsabilidade parental em relação a uma criança;

9. 'Direito de guarda', os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência;

10. 'Direito de visita', nomeadamente o direito de levar uma criança, por um período limitado, para um lugar diferente do da sua residência habitual.

11. 'Deslocação ou retenção ilícitas de uma criança', a deslocação ou a retenção de uma criança, quando:

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;

e

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 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.

[…]».

Competência

8. O artigo 8.º do regulamento, referente à competência geral em matéria de responsabilidade parental, prescreve:

«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.

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

9. O artigo 9.º prevê:

«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 aceitado a competência dos tribunais do Estado-Membro da nova residência habitual da criança, participando no processo instaurado nesses tribunais, sem contestar a sua competência.»

10. O artigo 10.º reporta-se à competência em caso de rapto da criança. Em resumo, este artigo dispõe que, caso uma criança seja ilicitamente deslocada para ou retida num Estado-Membro diferente daquele onde, até então, residia habitualmente, uma nova residência habitual não transfere automaticamente a competência para os tribunais do novo Estado-Membro, continuando, por isso, a ser competentes os tribunais do Estado-Membro da residência habitual original. (O artigo 11.º regula o regresso da criança em tais circunstâncias).

11. O artigo 12.º refere-se à prorrogação da competência. O artigo 12.º, n.º 3, concretamente, estabelece que, em processos não relacionados com um pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, os tribunais de um Estado-Membro são igualmente competentes em matéria de responsabilidade parental, quando a) a criança tenha uma ligação particular com esse Estado-Membro, em especial devido ao facto de um dos titulares da responsabilidade parental ter a sua residência habitual nesse Estado-Membro ou de a criança ser nacional desse Estado-Membro e b) a sua competência tenha sido aceite explicitamente ou de qualquer outra forma inequívoca por todas as partes no processo à data em que o processo é instaurado em tribunal e seja exercida no superior interesse da criança [4].

12. Por força do artigo 13.º, n.º 1, quando 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.

13. O artigo 15.º permite que um tribunal competente para conhecer do mérito possa, excepcionalmente, transferir a competência para um tribunal de outro Estado-Membro com o qual a criança tenha uma ligação particular (designadamente, porque se trata do novo ou do anterior Estado de residência habitual da criança, do Estado de que a criança é nacional ou do Estado de residência habitual de um dos titulares da responsabilidade paternal), se este se encontrar mais bem colocado para conhecer do processo e se tal servir o superior interesse da criança.

4 — Ainda que talvez não seja directamente relevante para o presente caso, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, um tribunal competente por força do artigo 3.º para decidir de um pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, é competente para decidir de qualquer questão relativa à responsabilidade parental relacionada com esse pedido, quando a) pelo menos um dos cônjuges exerça a responsabilidade parental em relação à criança e b) a competência desse tribunal tenha sido aceite, expressamente ou de qualquer forma inequívoca pelos cônjuges ou pelos titulares da responsabilidade parental à data em que o processo é instaurado em tribunal, e seja exercida no superior interesse da criança.

14. O artigo 17.º exige que um tribunal de um Estado-Membro se declare oficiosamente incompetente se nele tiver sido instaurado um processo para o qual não tenha competência, por força do regulamento, e para o qual o tribunal de outro Estado-Membro seja competente.

15. O artigo 19.º diz respeito à litispendência e às acções dependentes. Prevê, designadamente:

«[…]

2. Quando são instauradas em tribunais de Estados-Membros diferentes acções relativas à responsabilidade parental em relação a 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 declara-se incompetente a favor daquele.

[...]»

16. O artigo 20.º, sob a epígrafe «Medidas provisórias e cautelares», estabelece:

«1. Em caso de urgência, o disposto no presente regulamento não impede que os tribunais de um Estado-Membro tomem as medidas provisórias ou cautelares relativas às pessoas ou bens presentes nesse Estado-Membro, e previstas na sua legislação, mesmo que, por força do presente regulamento, um tribunal de outro Estado-Membro seja competente para conhecer do mérito.

2. As medidas tomadas por força do n.º 1 deixam de ter efeito quando o tribunal do Estado-Membro competente quanto ao mérito ao abrigo do presente regulamento tiver tomado as medidas que considerar adequadas»

Reconhecimento

17. O artigo 21.º do regulamento determina, na parte relevante para o presente caso:

«1. As decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades.

[…]

3. Sem prejuízo do disposto na secção 4 do presente capítulo, qualquer parte interessada pode requerer, nos termos dos procedimentos previstos na secção 2 do presente capítulo, o reconhecimento ou o não-reconhecimento da decisão.

[…]

4. Se o reconhecimento de uma decisão for invocado a título incidental num tribunal de um Estado-Membro, este é competente para o apreciar.»

18. O artigo 23.º enumera um conjunto de fundamentos de não-reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental. Resumidamente, esses fundamentos reportam-se a razões de ordem pública, de não audição da criança ou de uma das partes, de inconciliabilidade com decisão posterior ou de não cumprimento do procedimento de colocação da criança noutro Estado-Membro. Nenhum deles parece ter sido considerado relevante no caso vertente.

19. Os artigos 24.º e 26.º proíbem qualquer tipo de controlo ou revisão (no Estado-Membro de execução), respectivamente, da competência do tribunal do Estado-Membro de origem ou do mérito da decisão.

Execução

20. O artigo 28.º, n.º 1 do regulamento prescreve:

«As decisões proferidas num Estado-Membro sobre o exercício da responsabilidade parental relativa a uma criança, que aí tenham força executória e que tenham sido citadas ou notificadas, são executadas noutro Estado-Membro depois de nele terem sido declaradas executórias a pedido de qualquer parte interessada.»

21. De acordo com o artigo 30.º, n.º 1, a forma de apresentação do pedido é regulada pela lei do Estado-Membro de execução. Nos termos do artigo 30.º, n.º 3, conjugado com os artigos 37.º e 39.º, o pedido deve ser acompanhado de a) uma cópia da decisão, que preencha os requisitos de autenticidade necessários e b) uma certidão emitida pelo tribunal ou a autoridade competente do Estado-Membro de origem, utilizando o formulário constante do Anexo II. Essa certidão assume essencialmente a forma de uma lista de informações sobre o tribunal que proferiu a decisão, as partes e as crianças envolvidas, bem como sobre a decisão, a sua executoriedade no Estado-Membro de origem e os seus aspectos essenciais.

22. Nos termos do artigo 31.º, n.ºs 1 e 3, o tribunal em que for apresentado o pedido deve

proferir a sua decisão no mais curto prazo, sem proceder à revisão da decisão quanto ao seu mérito. Nesta fase do processo, nem a pessoa contra a qual a execução é requerida nem a criança podem apresentar quaisquer observações. Contudo, qualquer das partes pode recorrer da decisão relativa ao pedido, de acordo com as regras definidas nos artigos 33.º a 35.º Por força do artigo 31.º, n.º 2, o pedido só pode ser indeferido por um dos motivos previstos no artigo 23.º (ainda que, presumivelmente, também pudesse não ser deferido caso algum dos requisitos previstos no artigo 28.º, n.º 1 – força executória no Estado-Membro de origem e citação ou notificação do demandado – não se encontrasse preenchido).

Actos autênticos e acordos

23. O artigo 46.º do regulamento estabelece:

«Os actos autênticos exarados e com força executória num Estado-Membro, bem como os acordos entre partes com força executória no Estado-Membro em que foram celebrados, são reconhecidos e declarados executórios nas mesmas condições que as decisões.»

Cooperação transfronteiriça

24. O artigo 53.º exige que cada Estado-Membro designe uma ou várias autoridades centrais encarregadas de o assistir na aplicação do regulamento. Por força do artigo 55.º, as funções dessas autoridades incluem, no que se refere aos casos específicos de responsabilidade parental, apoiar a comunicação entre tribunais, nomeadamente para os efeitos do artigo 15.º (que prevê a transferência para um tribunal mais bem colocado para apreciar a acção).

Decisões prejudiciais

25. Importa acrescentar que o regulamento foi adoptado com base nos artigos 61.º, alínea c), e 67.º, n.º 1, constantes do Título IV da Parte III do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE), relativo a vistos, asilo, imigração e outras políticas relacionadas com a livre circulação de pessoas.

26. Por conseguinte, enquanto esse Tratado se manteve em vigor (até 30 de Novembro de 2009) e de acordo com o artigo 68.º, n.º 1, CE, apenas os órgãos jurisdicionais cujas decisões não fossem susceptíveis de recurso judicial ao abrigo do direito interno podiam solicitar ao

Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a sua interpretação.

27. Contudo, a partir da entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em 1 de Dezembro de 2009, o artigo 68.º, n.º 1, CE foi revogado e a competência para apresentar um pedido de decisão prejudicial sobre questões relacionadas com as matérias em causa deixou de estar limitada aos órgãos jurisdicionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial.

28. Para além disso (antes ou depois de 30 de Novembro de 2009), um órgão jurisdicional cujas decisões não são susceptíveis de recurso não só é competente como está obrigado a submeter um pedido de decisão prejudicial se considerar que essa decisão é necessária ao julgamento da causa [5].

29. Por último, quando apropriado, o Tribunal de Justiça pode, seja a pedido do órgão jurisdicional de reenvio, seja oficiosamente (tendo em conta o objectivo último de assegurar, tão rapidamente quanto possível, uma estabilidade de longo prazo nas vidas das crianças), submeter um pedido de decisão prejudicial nesta área a tramitação especial urgente nos termos do artigo 23.º-A do seu Estatuto e do artigo 104.º-B do seu Regulamento de Processo.

Instrumentos precursores do regulamento no direito da União Europeia

30. O regulamento faz parte de um processo de desenvolvimento orgânico do direito da Comunidade Europeia (agora União Europeia), que se iniciou com a Convenção de Bruxelas de 1968 [6], hoje quase totalmente revogada pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001 [7]. Aqueles instrumentos não cobrem, contudo, as matérias da responsabilidade parental, as quais foram pela primeira vez reguladas (ainda que apenas relativamente a filhos de progenitores casados) pelo Regulamento (CE) n.º 1347/2000 [8], hoje revogado e substituído

5 — Terceiro parágrafo dos artigos, respectivamente, 234.º CE e 267.º TFUE.

6 — Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, de 27 de Setembro de 1968. Uma versão consolidada da convenção, com as alterações introduzidas pelas quatro convenções de adesão subsequentes, encontra-se publicada no JO 1998, C 27, p. 1. Mantém-se em vigor nas relações entre a Dinamarca e os outros Estados-Membros, bem como em certos territórios ultramarinos.

7 — Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p.1), com a redacção actualmente em vigor – também conhecido por «Regulamento de Bruxelas».

8 — Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal (JO 2000, L 160, p. 19) – também conhecido por «Regulamento de Bruxelas II». Este regulamento foi precedido por, e largamente reproduz, os termos da «Convenção de Bruxelas II» relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial (JO 1998 C 221, p. 2), a qual nunca foi efectivamente ratificada, mas cujo projecto incluiu um relatório explicativo (o Relatório Borrás, *ibidem*, p. 27).

pelo presente regulamento [9]. Não obstante, muitas das suas disposições referentes ao reconhecimento e à execução, nomeadamente de medidas provisórias, são semelhantes às do regulamento. Quando é esse o caso, a jurisprudência, bem como outros textos de referência [10] relacionados com tais disposições, podem também ser relevantes no contexto do presente regulamento.

31. Nenhuma das normas sobre competência nos instrumentos percursores versa sobre a matéria da responsabilidade parental, que é independente dos processos matrimoniais.

32. No que se refere à litispendência, o artigo 21.º da Convenção de Bruxelas, o artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e o artigo 27.º do Regulamento n.º 44/2001 contêm disposições com o mesmo efeito, *mutatis mutandis*, que o artigo 19.º, n.ºs 2 e 3, do presente regulamento [11].

33. No que toca às medidas provisórias, o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 contém uma disposição, no artigo 12.º, com redacção idêntica à do artigo 20.º, n.º 1, do presente regulamento [12], e o artigo 24.º da Convenção de Bruxelas e o artigo 31.º do Regulamento n.º 44/2001 contêm uma disposição substancialmente idêntica.

34. No que respeita ao reconhecimento, encontramos disposições similares (ainda que não idênticas) às acima referenciadas [13] nos artigos 26.º a 29.º da Convenção de Bruxelas, nos artigos 14.º, 15.º, 17.º e 19.º do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e nos artigos 33.º a 36.º do Regulamento n.º 44/2001. Os fundamentos de não-reconhecimento são, no entanto e compreensivelmente, específicos do tipo de medida em causa e nem a Convenção de Bruxelas nem o Regulamento n.º 44/2001 proíbem totalmente a fiscalização da competência do tribunal de origem, como faz o artigo 24.º do presente regulamento.

35. Quanto à execução, as disposições do artigo 31.º e seguintes da Convenção de

9 — Houve também uma proposta intermédia da Comissão sobre um regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de poder paternal [COM(2001) 505 final, JO 2001, C 332E, p. 269], que nunca foi adoptado como tal.

10 — O Tribunal de Justiça referiu-se, por exemplo, em muitas ocasiões, a título de orientação, ao Relatório Jenard sobre a Convenção de Bruxelas (JO 1979, C 59, p.1) e ao Relatório Schlosser sobre a Convenção de Adesão da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido (*ibidem*, p. 71). O Relatório Borrás mencionado na nota 8 poderá, de igual modo, fornecer algumas orientações para efeitos da interpretação do Regulamento n.º 1347/2000 e do seu sucessor, o presente regulamento, tal como podem as exposições de motivos que acompanham as várias propostas de regulamentos apresentadas pela Comissão.

11 — V. n.º 15 *supra*.

12 — V. n.º 16 *supra*; é também idêntica (excepto no uso da palavra «regulamento» em vez de «convenção») ao artigo 12.º da Convenção de Bruxelas II, citada na nota 8.

13 — V. n.ºs 17 a 19 *supra*.

Bruxelas, do artigo 21.º e seguintes do Regulamento n.º 1347/2000 e do artigo 38.º e seguintes do Regulamento n.º 44/2001 apresentam algum paralelismo com as do artigo 28.º e seguintes do regulamento [14].

36. Finalmente, no que respeita a instrumentos autênticos e acordos, os artigos 50.º e 51.º da Convenção de Bruxelas e os artigos 57.º e 58.º do Regulamento n.º 44/2001 sujeitam a execução a condições similares às previstas no artigo 46.º do regulamento [15], apesar de nenhuma disposição dessa natureza figurar no Regulamento n.º 1347/2000.

37. Referir-me-ei, com maior detalhe, a estas disposições precursoras na minha análise *infra*, na medida em que se revelem úteis para a interpretação do regulamento.

Instrumentos internacionais precursores do regulamento

38. Todavia, o regulamento tem – como seria de esperar de uma medida que trata a matéria de direito da família – mais que uma linha ancestral.

39. Uma primeira Convenção da Haia [16] relativa à regulação da Tutela dos Menores foi celebrada em 1902 [17]. Esta convenção foi amplamente revogada pela Convenção de 1961 relativa à protecção de menores [18]. Esta, por sua vez, foi substituída (embora de forma não tão ampla, uma vez que a ratificação ainda não foi concluída) pela Convenção da Haia sobre Protecção das Crianças, mais recente, de 1996 [19]. Num domínio conexo, existe ainda

14 — V. n.os 20 a 22 *supra*.

15 — V. n.º 23 *supra*.

16 — As várias Convenções da Haia referenciadas podem ser consultadas no sítio da Internet http://www.hcch.net e nas publicações da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, na qual todos os Estados-Membros e a própria União Europeia são partes (v. Decisão 2006/719/CE do Conselho, de 5 de Outubro de 2006, relativa à adesão da Comunidade à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, JO 2006 L 297, p. 1, conjugada com a última frase do artigo 1.º do TUE). O sítio da Internet inclui também o Relatório Steiger sobre a Convenção de 1961, o Relatório Pérez-Vera sobre a Convenção de 1980 e o Relatório Lagarde sobre a Convenção de 1996, servindo todos eles como referência.

17 — Convenção para Regular a Tutela dos Menores, de 12 de Junho de 1902 (a seguir «Convenção de 1902»).

18 — Convenção relativa à competência das autoridades e à lei aplicável em matéria de protecção de menores, celebrada em 5 de Outubro de 1961 (a seguir «Convenção de 1961»). Para os Estados que são partes contratantes na Convenção de 1902 e na Convenção de 1961, aplica-se esta última. No que diz respeito aos Estados-Membros, a Convenção de 1902 mantém-se em vigor nas relações entre o Luxemburgo, a Bélgica e a Roménia (v. *Comparative study on enforcement procedures of family rights*, T.M.C. Asser Instituut, Haia, 2007, p. 84). A Convenção de 1961 foi ratificada por 11 dos actuais Estados-Membros, incluindo a Alemanha e a Espanha.

19 — Convenção relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e de medidas de protecção da criança, celebrada em 19 de Outubro de 1996 (JO 2008, L 151, p. 39). Esta convenção foi assinada por todos os Estados-Membros da União, mas ratificada, até à data, por apenas oito deles, não incluindo a Alemanha ou a Espanha; os restantes Estados-Membros, excepto a Dinamarca, foram autorizados a ratificar ou a aderir a esta convenção, simultaneamente, no interesse da União (v. Decisão 2008/431/CE do Conselho, *ibidem*, p.36).

a Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 1980 [20].

40. Existe, além disso, uma Convenção do Conselho da Europa sobre reconhecimento e execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores, de 1980 [21].

41. No essencial, e de acordo com os artigos 60.º a 62.º do regulamento, nas relações entre os Estados-Membros que são partes contratantes nas Convenções de 1961, 1980 e 1996, estas continuam a produzir efeitos nas matérias não reguladas pelo regulamento, ao passo que este prevalece nas matérias por si reguladas.

42. Em matéria de tutela, a Convenção de 1902 atribuía, no essencial, a competência às autoridades da nacionalidade do menor. O artigo 7.º dispunha, porém, que, estando pendente uma decisão sobre tutela, e em todos os casos de urgência, as autoridades locais podiam adoptar quaisquer medidas necessárias à protecção da pessoa ou dos interesses de um menor estrangeiro. A convenção era omissa quanto ao reconhecimento, à execução ou a qualquer deste tipo de medidas em outro Estado.

43. A Convenção de 1961 dá primazia à lei interna do Estado da nacionalidade do menor no que respeita aos «regimes jurídicos que entrem em vigor de pleno direito» mas, noutros aspectos, atribui às autoridades do Estado da residência habitual competência para adoptarem as medidas destinadas à protecção da pessoa ou dos bens do menor. Nos termos do artigo 7.º, todas as medidas tomadas são reconhecidas em todos os Estados contratantes, mas quando as mesmas implicam actos de execução num Estado diferente daquele onde foram tomadas, o reconhecimento e a execução dessas medidas são regulados quer pelo direito interno do Estado onde é pedida a execução, quer pelas convenções internacionais. O artigo 9.º – ao qual as regras sobre reconhecimento mútuo e execução, previstas no artigo 7.º, todavia não se aplicam – dispõe que, em casos de urgência, as autoridades de cada Estado contratante e em cujo território se encontra o menor ou os bens que lhe pertencem tomam as medidas de protecção necessárias.

44. A Convenção de 1996 abandona qualquer referência à nacionalidade e atribui competência, em todas as matérias da responsabilidade parental (definidas, em termos gerais, no artigo 3.º), às autoridades judiciais e administrativas do Estado contratante da residência habitual da criança. Todavia, por força do artigo 11.º, em caso de urgência, são competentes para adoptar as medidas de protecção necessárias as autoridades de qualquer Estado contratante em cujo território

20 — Citada na nota 3 *supra*. A Convenção da Haia de 1980 foi ratificada por todos os Estados-Membros.

21 — Celebrada em 20 de Maio de 1980, no Luxemburgo, STE 105 (a seguir «Convenção Europeia de 1980»). Foi ratificada por todos os Estados-Membros, excepto pela Eslovénia.

se encontrem a criança ou os bens que lhe pertencem, medidas essas que deixam de ter efeito logo que as autoridades do Estado de residência habitual adoptem as medidas exigidas pela situação. Nos termos do artigo 12.º, as autoridades do Estado contratante em cujo território se encontrem a criança ou bens que lhe pertençam (para os casos em que tenha havido deslocação ou retenção ilícitas) são competentes para adoptar medidas de protecção da pessoa ou dos bens da criança com carácter provisório e eficácia territorial restringida a esse Estado. Os artigos 23.º a 28.º dispõem sobre o reconhecimento mútuo e a execução em moldes comparáveis aos das disposições do regulamento, ainda que em termos mais genéricos. De forma significativa, o artigo 23.º, n.º 2, alínea a), permite a fiscalização da competência do tribunal de origem.

45. A Convenção da Haia de 1980 tem por objecto a) garantir o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente e b) fazer respeitar de maneira efectiva, nos outros Estados Contratantes, os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante (artigo 1.º). Estabelece, designadamente, que a deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando a) tenha sido efectivada em violação de um direito de custódia atribuído pela lei do Estado onde a criança tinha 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, especificando que o referido direito de custódia pode resultar, designadamente, quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o direito deste Estado (artigo 3.º). Nos termos do artigo 16.º, as autoridades que tenham sido informadas transferência ilícita ou da retenção de uma criança não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições previstas na convenção para o regresso da criança, ou sem que tenha decorrido um período razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento.

46. A Convenção Europeia de 1980 não contém nenhuma disposição sobre competência, mas estabelece uma regra geral para o reconhecimento mútuo e a execução de decisões relativas à guarda atribuída em qualquer Estado Contratante, regra essa sujeita a algumas excepções, comparáveis, mas mais extensas, às excepções contidas no artigo 23.º do regulamento [22]. A competência da autoridade que toma a decisão pode ser questionada com base em determinados fundamentos (artigos 9.º, n.º 1, alínea b), e 10.º, n.º 1). Todavia, não é feita qualquer distinção consoante uma medida é ou não provisória ou urgente por natureza. A convenção também estabelece um quadro processual geral para efeitos do reconhecimento e da execução, mas em

22 — V. n.º 18 *supra*.

termos menos detalhados que os do regulamento (artigos 13.º a 16.º).

47. De novo, farei referência às disposições daquelas convenções na medida em que forem úteis para a interpretação do regulamento.

Convenção bilateral entre a Alemanha e a Espanha

48. A 14 de Novembro de 1983, a Alemanha e a Espanha assinaram, em Bona, uma convenção bilateral relativa ao reconhecimento e à execução das decisões e transacções judiciais e dos documentos públicos com força executória em matéria civil e comercial [23]. Esta convenção regula o reconhecimento mútuo e a execução de decisões (incluindo em matéria matrimonial e de relações familiares) adoptadas por um órgão jurisdicional de qualquer um dos dois Estados, que seja competente ao abrigo dos critérios definidos na convenção. Esta convenção é mencionada na decisão provisória em apreço no presente caso. No entanto, o artigo 59.º, n.º 1, do regulamento refere expressamente que (sem prejuízo de outras disposições, que não são aqui pertinentes), para os Estados-Membros, o regulamento substitui «as convenções existentes à data da sua entrada em vigor, celebradas entre dois ou mais Estados-Membros e relativas a matérias reguladas pelo regulamento».

Factos, tramitação processual e questão prejudicial

49. A mãe dos gémeos cuja guarda é objecto do litígio tem nacionalidade alemã. O pai tem nacionalidade espanhola. Nunca contraíram casamento, mas viveram juntos em Espanha entre meados de 2005 e princípio de 2007. Os filhos – M, um rapaz, e S, uma rapariga – nasceram prematuramente a 31 de Maio de 2006. A sua condição exigiu cuidados hospitalares durante vários meses após o nascimento. M saiu do hospital em Setembro de 2006, mas S só teve alta em Março de 2007.

50. À época, contudo, os progenitores já não pretendiam continuar a viver juntos. Em

23 — Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie vollstreckbaren öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen; Convenção Bilateral entre Espanha e a República Federal da Alemanha relativa ao reconhecimento e à execução de decisões e transacções judiciais e dos documentos públicos com força executória em matéria civil e comercial (a seguir «convenção bilateral de 1983»).

Janeiro de 2007, assinaram um acordo que regulava o termo da sua relação. Quanto aos filhos, e ainda que ambos mantivessem em conjunto o poder parental e a guarda, estava previsto que a mãe regressaria à Alemanha com os gémeos, tendo o pai direito de visita.

51. Esse acordo foi formalizado por escritura notarial na presença e com o consentimento de ambas as partes, a 30 de Janeiro de 2007, sob a forma de um «*convenio regulador*» (um acordo que regula a dissolução de um casamento ou de uma relação equivalente, o qual deve ser homologado por um órgão jurisdicional para ter força executória) [24]. A escritura notarial especificava que, para ser plenamente eficaz, o acordo deveria ser homologado por um órgão jurisdicional [25], e que as partes acordavam expressamente em se submeter a toda e qualquer decisão judicial posterior relativa às matérias cobertas.

52. Contudo, como S não teve alta antes da data prevista para a viagem de 2 de Fevereiro de 2007, a mãe viajou de facto para a Alemanha nessa data, acompanhada só de M e de um filho mais velho, fruto de uma relação anterior.

Processo instaurado pelo pai em Espanha

53. Em 28 de Junho de 2007, o pai requereu no tribunal de primeira instância local (o Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Lorenzo de El Escorial, a seguir «tribunal espanhol»), «medidas preliminares imediatas e urgentes» [26] que lhe atribuíssem a guarda de ambas as crianças, solicitando também o regresso de M a Espanha e a condenação da mãe ao pagamento mensal de 300 euros para o sustento de cada uma das crianças.

54. O tribunal espanhol examinou expressamente a sua competência para decretar tais medidas e concluiu pela afirmativa.

55. A medida menciona que o requerimento de medidas provisórias do pai se baseou nos artigos 1.º e 2.º da Convenção da Haia de 1980, no regulamento e no artigo 8.º da convenção bilateral de 1983, no que se refere à competência dos tribunais espanhóis.

24 — Artigos 81.º, 86.º e 90.º do Código Civil espanhol; artigo 777.º da Lei de Processo Civil (*Ley de enjuiciamiento civil*, a seguir «LEC»).

25 — V. artigo 46.º do regulamento, citado no n.º 23 *supra*. Aparentemente, porém, a referida homologação judicial não foi obtida.

26 — Podem ser requeridas medidas «preliminares» e provisórias previamente à instauração de uma acção de divórcio, separação ou anulação de casamento, nos termos do artigo 771.º da LEC, desde que a acção principal seja instaurada dentro de um certo prazo, findo o qual aquelas medidas caducam. Este procedimento parece ter sido requerido e aplicado por analogia ao caso presente, uma vez que os pais não eram casados. V. nota 34 *infra*.

56. Também menciona que a mãe não esteve presente na audiência de 26 de Setembro de 2007 [27], mas que apresentou as suas próprias observações escritas em alemão (as quais foram traduzidas para espanhol e tidas em consideração pelo tribunal), contestando a competência dos tribunais espanhóis e solicitando que o processo prosseguisse na Alemanha, onde já tinha começado [28]. A mãe também se fez representar em tribunal por um advogado, o qual sustentou que M tinha sido legalmente deslocado para a Alemanha, com base no acordo notarial, e que os seus interesses deviam ser tratados aí.

57. Ao decidir da sua competência, o tribunal espanhol referiu-se, genericamente, à «legislação europeia aduzida e às convenções ratificadas pela Espanha e pela Alemanha». Citou, mais concretamente, o artigo 769.º, n.º 3, da LEC, que atribui competência ao tribunal de primeira instância do local da última residência conjunta dos progenitores, em processos relativos unicamente à guarda de crianças ou a pedidos formulados entre os progenitores em matéria de prestação de alimentos a uma criança. Citou igualmente o artigo 1.º da Convenção da Haia de 1980, o qual atribui competência ao tribunal competente do local de residência da criança, sendo que M residiu habitualmente em Espanha até 2 de Fevereiro de 2007.

58. O tribunal espanhol refere ainda expressamente o artigo 19.º do regulamento, relativo à litispendência, considerando que, se o processo iniciado pela mãe na Alemanha [29], tivesse o mesmo pedido e a mesma causa de pedir que o processo anterior do pai em Espanha, o tribunal alemão deveria suspender oficiosamente a instância.

59. O tribunal espanhol não fez, contudo, referência ao artigo 20.º do regulamento, relativo a medidas provisórias e cautelares, tomadas em casos urgentes. Esta omissão talvez seja indicativa de que o tribunal considerou que tinha competência quanto ao mérito, e não apenas uma competência limitada (permissiva e excepcional) para tomar medidas provisórias ou cautelares urgentes, relativamente a pessoas abrangidas pelos limites da sua competência territorial.

60. O tribunal espanhol referiu também que o representante do Ministério Público, cujas alegações militavam a favor da sua competência, suscitara dúvidas quanto à legalidade da partida de M de Espanha, uma vez que o acordo notarial não tinha sido homologado judicialmente [30]. O tribunal mencionou ainda

27 — Nas observações que apresentou no Tribunal de Justiça, a mãe afirma que teve de cuidar de M, então doente.

28 — Em 20 de Setembro de 2007; v. n.os 67 e segs. *infra*.

29 — V. n.os 67 e segs. *infra*.

30 — V. n.º 51 *supra* e artigo 46.º do regulamento, citado no n.º 23 *supra*.

(se bem que não o tenha feito expressamente como fundamento da sua competência) o facto de que o pai alegou ter sido pressionado ou ludibriado para assinar o acordo e que, no dia em que assinou a escritura notarial, tinha ido à polícia na tentativa de impedir a partida da mãe para a Alemanha com as crianças.

61. Em conjunto, todos estes aspectos parecem sugerir que o tribunal espanhol considerou que M foi ilicitamente deslocado, na acepção do regulamento e da Convenção da Haia de 1980, pelo que mantinha a sua competência por força do artigo 10.º do regulamento. Porém, a decisão não faz nenhuma referência explícita, a essa disposição ou ao artigo 8.º, com base no qual também se poderia ter considerado competente, dada a sua situação geográfica relativamente à residência habitual de M [31].

62. Uma vez que concluiu pela sua própria competência para decretar as medidas requeridas, o tribunal espanhol adoptou uma medida, a 8 de Novembro de 2007, posteriormente rectificada, quanto à guarda, em 28 de Novembro de 2007 (a seguir «medida impugnada»). A título de medida cautelar urgente e imediata, decidiu provisoriamente:

— atribuir a guarda dos gémeos ao pai [32], enquanto a *patria potestad* (poder paternal, direitos e deveres) foi deixada a ambos os progenitores; consequentemente, ordenou à mãe que devolvesse M ao pai, residente em Espanha, mantendo ela um direito ilimitado de visita a ambas as crianças;

— proibir as crianças de serem retiradas do território espanhol sem autorização prévia;

— ordenar a entrega dos passaportes de ambas as crianças ao pai;

— subordinar qualquer mudança da residência das crianças a autorização judicial prévia; e

— não fixar obrigação de alimentos a cargo da mãe.

63. Resulta de um documento do tribunal espanhol, datado de 11 de Janeiro de 2008, junto à decisão impugnada, bem como dos artigos 451.º e 452.º da LEC aos quais o documento se refere, que poderia ter sido interposto um

31 — Em contraposição, se se considerasse que a deslocação de M para a Alemanha foi lícita, o artigo 8.º, conjugado com o artigo 9.º, teria implicado que M adquirisse aí a sua nova residência habitual, o que transferiria a competência para os tribunais alemães.

32 — Antes da rectificação, a medida atribuía a guarda *conjunta* ao pai; esta alteração ficou assinalada como «erro material» na medida rectificativa.

recurso («recurso de reposición») para o mesmo tribunal, nos cinco dias seguintes, com vista a anular ou a alterar a referida medida. Nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, o Governo espanhol afirma que uma medida interlocutória, como a medida impugnada, não é passível de recurso, mas que poderá ser alterada no decurso da acção principal. As medidas interlocutórias, explica, só se tornam efectivas quando seguidas de um pedido de decisão de mérito e, no caso presente, houve um processo subsequente em Janeiro de 2008.

64. Também em 11 de Janeiro de 2008, o tribunal espanhol emitiu uma certidão utilizando o formulário constante do Anexo II do regulamento [33]. Essa certidão atestava, designadamente, que a medida não foi tomada à revelia, que dispõe de força executória ao abrigo da legislação do Estado-Membro de origem, que foi notificada à mãe, contra quem a execução foi requerida e que impunha a devolução do filho ao pai.

65. Dos autos do processo nacional transmitidos pelo Bundesgerichtshof constam documentos apresentados pelo advogado da mãe na Alemanha, indicando que a medida de 8 de Novembro de 2007 foi notificada ao seu advogado em Espanha em 16 de Novembro de 2007, e que ela supõe que o advogado do pai recebera também a notificação da medida nessa mesma data. A mãe afirma ainda que o pedido do pai destinado à obtenção de uma decisão quanto ao mérito deu entrada no tribunal espanhol em 21 de Janeiro de 2008, quando, a fim de validar a medida interlocutória, deveria ter dado entrada no prazo de 30 dias úteis a contar da notificação [34].

66. Além disso, em resposta às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça, o advogado alemão da mãe indicou que, em 28 de Outubro de 2008, o tribunal espanhol confirmou a sua competência internacional e reiterou a sua qualidade de «tribunal demandado em primeiro lugar» na acepção do artigo 19.º, n.º 2, do regulamento. A mãe recorreu então para a Audiencia Provincial (órgão jurisdicional provincial) de Madrid, contestando essa assunção de competência na acção principal. Pouco antes da audiência

33 — V. n.º 21 *supra*. Esse formulário aplica-se a decisões em matéria de responsabilidade parental. Apesar de uma das medidas decretadas ter sido exigir à mãe a devolução de M ao pai, o tribunal espanhol não usou o formulário constante do Anexo IV, o qual se destina a decisões relativas ao regresso da criança após uma situação de rapto, a decisões iniciais exigindo o regresso da criança e a decisões de não regresso nos termos da Convenção da Haia de 1980 (v. artigos 11.º, n.º 8, 40.º, n.º 1, alínea b) e 42.º do regulamento, e artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980).

34 — Tal resulta, aparentemente, do artigo 771.º, n.º 5, da LEC («Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los *treinta días siguientes a su adopción* se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio» – itálico nosso). O artigo 771.º, que o tribunal espanhol refere na sua medida, diz respeito a medidas provisórias que antecedem um pedido de declaração de nulidade, separação ou divórcio. Nos termos do artigo 772.º, n.º 1, se o pedido for considerado admissível, as medidas provisórias anteriores são então apensadas ao novo processo. Ainda que os pais nunca tenham contraído matrimónio, aquelas disposições parecem ser-lhes aplicáveis, por analogia, como referido pelo Governo espanhol, à luz do artigo 748.º, n.º 4, por força do qual as disposições incluídas no título do qual fazem parte se aplicam aos processos exclusivamente referentes à guarda de menores.

que teve lugar no âmbito do presente pedido de decisão prejudicial, o tribunal de recurso negou provimento ao recurso, confirmando a competência do tribunal de primeira instância no que se refere a *ambos* os gémeos, e mencionado o artigo 20.º do regulamento na sua decisão. Contudo, o tribunal de primeira instância ainda não tinha proferido qualquer decisão quanto ao mérito.

Processo instaurado pela mãe na Alemanha

67. Em 20 de Setembro de 2007, quando os trâmites do processo supramencionado já corriam em Espanha, mas ainda antes de a medida impugnada ter sido tomada, a mãe propôs uma acção no Amtsgericht Albstadt (órgão jurisdicional local), a fim de obter a guarda de ambas as crianças.

68. A decisão de reenvio refere que esse processo de atribuição da guarda das crianças foi suspenso nos termos do artigo 16.º da Convenção da Haia de 1980 [35]. O Amtsgericht Stuttgart, ao qual o processo foi remetido por razões processuais, questiona a sua competência e, atenta a acção principal pendente em Espanha, propõe-se suspender a instância nos termos do artigo 19.º, n.º 2, do regulamento.

69. De acordo com as decisões judiciais relevantes apresentadas pelo advogado da mãe a pedido do Tribunal de Justiça, o Amtsgericht acabou, efectivamente, por suspender a instância com esse fundamento, a 8 de Dezembro de 2008. Porém, na sequência de um recurso apresentado pela mãe no Oberlandesgericht Stuttgart (órgão jurisdicional regional), essa decisão foi anulada, em 14 de Maio de 2009. O tribunal de recurso sustentou que o processo instaurado em Espanha era interlocutório por natureza, enquanto o que decorria na Alemanha tinha por objecto a atribuição definitiva da guarda; considerou, por isso, que os dois processos não tinham o mesmo pedido e a mesma causa de pedir na acepção do artigo 19.º, n.º 2, e que o tribunal inferior deveria reconsiderar a sua competência a essa luz.

70. Contudo, numa decisão datada de 8 de Junho de 2009, o Amtsgericht indicava não estar ainda convencido – principalmente porque não tinha a certeza se a deslocação de M para a Alemanha era lícita, o que, sendo o caso, conferiria competência aos tribunais alemães por força do artigo 9.º do regulamento, ou ilícita, caso em que os tribunais espanhóis manteriam a competência ao abrigo do artigo 10.º Considerou ainda que a questão da competência apenas se resolveria com a apresentação de um pedido de decisão

35 — V. n.º 45 *supra*.

prejudicial ao Tribunal de Justiça, a fim de obter esclarecimento [36].

Processo instaurado pelo pai na Alemanha

71. No processo que deu origem ao presente pedido de decisão prejudicial, o pai pretende que a medida impugnada seja declarada executória na Alemanha.

72. De acordo com a decisão de reenvio, o pai começou por pedir, a título principal, que fosse decretado o regresso de M e, apenas a título cautelar, que fosse declarada a executoriedade da medida impugnada. Subsequentemente, porém, declarou que a sua prioridade passava a ser a declaração de executoriedade.

73. Os autos do processo nacional transmitidos ao Tribunal de Justiça incluem cópias certificadas (e traduções alemãs autenticadas) da medida original e da medida rectificativa do tribunal espanhol, juntamente com uma certidão daquele tribunal de 11 de Janeiro de 2008, elaborada de acordo com o formulário constante do Anexo II do regulamento.

74. Os órgãos jurisdicionais de primeira instância e de recurso competentes (o Amtsgericht e o Oberlandesgericht Stuttgart) adicionaram, portanto, uma cláusula de executoriedade à decisão do tribunal espanhol e preveniram a mãe de que poderia ser multada em caso de incumprimento. Foi contra tais decisões que esta interpôs recurso, quanto a uma questão de direito, para o Bundesgerichtshof, o qual resume a decisão do tribunal de recurso como segue.

75. Não se vislumbram motivos que obstem à executoriedade da decisão do tribunal espanhol. Trata-se de uma medida provisória, mas o artigo 2.º, n.º 4, do regulamento não distingue consoante as diferentes formas de decisão para efeitos de reconhecimento e execução. Ainda que os filhos comuns do casal não tenham sido ouvidos pelo tribunal espanhol, tal não viola nenhum princípio processual fundamental do direito alemão, tanto mais que os menores apenas tinham um ano e meio de idade à data da decisão. A mãe alega que a decisão espanhola não é executória devido à propositura tardia da acção principal, mas o tribunal espanhol emitiu uma certidão nos termos do artigo 39.º do regulamento. Não existe também qualquer fundamento para recusar a execução nos termos do artigo 23.º do regulamento. Não se verificou qualquer violação da ordem pública alemã e o direito da mãe a ser ouvida em juízo foi

36 — O Tribunal de Justiça ainda não recebeu qualquer pedido de decisão prejudicial por parte do Amtsgericht – o qual, claramente, não era competente para colocar uma questão prejudicial desta natureza em data anterior à entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o que só veio a acontecer em 1 de Dezembro de 2009.

assegurado através da sua notificação para a audiência. O facto de não ter comparecido na audiência, fazendo-se representar por um advogado, é uma decisão sua. No processo de reconhecimento e de execução, o tribunal não pode apreciar o mérito da atribuição da guarda dos menores decidida em Espanha.

76. A mãe argumenta perante o Bundesgerichtshof que as disposições sobre reconhecimento e execução do regulamento não abrangem as medidas provisórias previstas no artigo 20.º, as quais não podem ser qualificadas de «decisão relativa à responsabilidade parental» na acepção do artigo 2.º, n.º 4.

77. O Bundesgerichtshof considera várias teses defendidas na doutrina.

78. Um primeiro grupo de autores exclui as medidas tomadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1, do regulamento do âmbito de aplicação das disposições sobre reconhecimento e execução. Esses autores qualificam esta disposição como simples regra de competência – uma interpretação para que também aponta o acórdão proferido em *A* [37], de acordo com a qual as medidas provisórias na acepção do artigo 20.º devem ser provisórias por natureza e a sua execução e natureza vinculativa são definidas de acordo com a legislação nacional. Desde que ambas as partes tenham sido ouvidas, as medidas provisórias (que não as medidas relativas aos domínios matrimonial e da responsabilidade parental) devem ser reconhecidas e executadas ao abrigo da Convenção de Bruxelas e do Regulamento (CE) n.º 44/2001, sujeitas apenas às restrições impostas pelo Tribunal de Justiça. Apesar da posição defendida no regulamento parecer comparável, o artigo 20.º, n.º 1, reporta-se a medidas tomadas em aplicação do direito de um Estado-Membro, «relativas às pessoas ou bens presentes nesse Estado-Membro», estabelecendo, assim, uma relação entre o objecto das medidas provisórias e a competência territorial. Resulta da letra dos artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 4, e 20.º, n.º 1, que o âmbito de aplicação das disposições em matéria de reconhecimento e de execução do regulamento está limitado às decisões tomadas na acção principal.

79. Um segundo grupo alarga o âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 4, às medidas provisórias tomadas por um tribunal competente no âmbito de um processo principal, desde que o direito a ser ouvido seja garantido, pelo menos, *a posteriori*. Ao contrário do que sucede com a Convenção de Bruxelas e com o Regulamento (CE) n.º 44/2001, o presente regulamento destina-se a gerir relações triangulares nas quais uma terceira pessoa, designadamente o menor, carece de protecção especial. Por conseguinte, o direito a ser ouvido deve ser assegurado numa fase do processo,

37 — Acórdão de 21 de Abril de 2009 (C-523/07, Colect., p. I-2805).

mesmo que só depois da medida provisória ter sido ordenada [38].

80. Um terceiro grupo restringe a aplicação do regulamento às medidas provisórias tomadas após as partes terem sido ouvidas em juízo. A mera satisfação retrospectiva do direito a um processo equitativo não é suficiente. É uma falha do regulamento prever, para processos em matéria de guarda de menores, instrumentos concebidos para processos contraditórios; o seu âmbito de aplicação não deveria ser alargado, sob pena de comprometer o equilíbrio do sistema estabelecido pela Convenção da Haia de 1980.

81. Finalmente, um quarto grupo preconiza que todas as medidas provisórias deveriam ser incluídas no sistema do regulamento para efeitos de reconhecimento e de execução. Alguns autores deste grupo encaram as medidas tomadas ao abrigo do artigo 20.º como «decisões» na acepção do artigo 2.º, n.º 4, enquanto outros não. No entanto, todos concordam que as disposições do artigo 21.º e seguintes lhes são aplicáveis.

82. O resultado do recurso da mãe e do pedido de reconhecimento da medida impugnada apresentado pelo pai variaria, por conseguinte, consoante a abordagem seguida. Todavia, tal como o tribunal de recurso, o Bundesgerichtshof admite que a medida não viola a ordem pública alemã, que a mãe teve oportunidade para apresentar a sua posição de forma adequada ao tribunal espanhol e que o facto de a criança de 18 meses não ter sido ouvida não constitui fundamento para recusar o reconhecimento e a execução da medida.

83. Tendo em conta todas estas considerações, o Bundesgerichtshof submeteu a seguinte questão prejudicial:

«O disposto no artigo 21.º e seguintes do Regulamento [...] relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões de outros Estados-Membros nos termos do artigo 2.º, [n.º] 4 desse regulamento, é também aplicável a medidas provisórias [executórias] relativas à guarda de menores, na acepção do artigo 20.º do mesmo regulamento?»

84. Em resposta à questão do Tribunal de Justiça sobre se se deveria aplicar o processo urgente previsto no artigo 104.º, alínea b) do Regulamento de Processo, o Bundesgerichtshof confirmou que não considerava necessário o recurso a esse processo. O Tribunal de Justiça também não deu início ao referido processo oficiosamente, apesar de o presidente ter determinado que o caso vertente deveria ser tratado prioritariamente, em conformidade com a primeiro frase do artigo 55.º, n.º 2, daquele regulamento.

38 — Comparar com acórdão de 16 de Junho de 1981, *Klomps* (166/80, Recueil, p. 1593).

85. Foram submetidas observações escritas pela mãe, pelos Governos checo, alemão, húngaro, italiano, português, espanhol, britânico e pela Comissão. Na audiência de 17 de Março de 2010, as mesmas partes, com excepção dos Governos italiano, húngaro e português, fizeram-se representar e apresentaram alegações orais. O pai não se fez representar no Tribunal de Justiça.

Apreciação

Considerações gerais

86. Os litígios sobre a guarda de crianças após o corte de relações entre os pais contam-se entre os mais amargos e com maior carga emocional que os tribunais são chamados a resolver. A tentativa de reconciliar as emoções viscerais que tais disputas acendem põe à prova as capacidades de conselheiros, assistentes sociais e advogados. Quando tem de ser tomada, uma decisão judicial é muitas vezes vista como injusta, pelo menos por um dos progenitores envolvidos.

87. Quando um litígio dessa natureza envolve mais que um país e mais que um sistema jurídico – como vem sendo cada vez mais habitual na União Europeia de hoje – as dificuldades podem realmente exacerbar-se pelas dúvidas quanto às autoridades competentes e pela probabilidade de um dos progenitores ter que lidar com um sistema jurídico ainda menos familiar que o seu, frequentemente numa língua estrangeira.

88. Como se já não fosse suficiente, existe uma suspeita generalizada, mais ou menos definida, na imaginação popular – muitas vezes encorajada pelos meios de comunicação social populares, que tendem a concentrar a sua atenção nestes casos de grande interesse humano – de que os tribunais de um país estrangeiro são menos justos do que os tribunais nacionais e têm mais tendência para favorecer injustamente os cidadãos do seu próprio Estado.

89. Tais dificuldades não podem ser eliminadas por via legislativa. Salientam, contudo, a absoluta necessidade de um conjunto claramente definido de regras aplicáveis em toda a UE em matéria de competência, de reconhecimento e de execução de decisões neste domínio, onde os atrasos e a incerteza podem ser particularmente perniciosos para o bem daqueles que são os primeiros interessados – as crianças. É esse conjunto de regras que o regulamento pretende fornecer. Em caso de dúvidas (das quais parece haver alguns exemplos, pelo menos, entre os académicos alemães citados pelo

Bundesgerichtshof), a sua interpretação deve ser fornecida pelo Tribunal de Justiça [39].

90. Tais regras devem ser aplicadas de forma objectiva, independentemente do impacto que possam vir a ter na decisão de mérito. A sua natureza é puramente processual. O seu objectivo é garantir, em primeiro lugar, que as questões de mérito sejam decididas prontamente – não à pressa, mas sem os atrasos que podem resultar de longas disputas sobre competência – por um órgão jurisdicional cuja competência, determinada à luz do melhor interesse da criança e atendendo, em particular, ao critério da proximidade, possa ser facilmente verificada; e, em segundo lugar, que as decisões desse órgão jurisdicional produzam plenamente os seus efeitos, novamente sem delongas, em todo o território da União Europeia.

91. No que respeita à competência, o regulamento foi redigido tendo como objectivo fornecer um enquadramento claro para a determinação do órgão jurisdicional competente. Haverá, contudo, situações que inevitavelmente suscitarão dúvidas. Por essa razão e tendo em conta o risco de um progenitor desapontado considerar que existe forçosamente uma relação entre a declaração de um órgão jurisdicional que estabelece a sua própria competência e a decisão de mérito que lhe é adversa, ela própria susceptível de ser considerada injusta, é essencial que o estabelecimento da competência seja, em cada caso, fundamentada de forma tão explicita, clara e completa quanto possível. É de lamentar que a medida impugnada não alcance este objectivo fundamental.

92. No que se refere ao reconhecimento e à execução, o regulamento assenta num grau particularmente alto de confiança mútua, não fazendo depender o reconhecimento de qualquer procedimento especial, reduzindo ao máximo os fundamentos para o não reconhecimento e proibindo tanto a fiscalização da competência do tribunal de origem como a revisão da sua decisão de mérito. Um tal grau de confiança mútua – essencial para evitar atrasos e conflitos que, doutra forma, prejudicariam o andamento dos processos em causa – exige, por outro lado, um elevado nível de responsabilidade por parte do tribunal que aceita a competência e requer a existência de garantias processuais adequadas no Estado-Membro de origem, uma vez que, em geral, a medida subsequente não pode ser impugnada no Estado-Membro de reconhecimento ou de execução.

93. A este respeito, não posso fazer do que citar uma iniciativa destinada à adopção de uma directiva relativa aos direitos à interpretação

39 — V. também n.os 70 a 74 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral Y. Bot no processo que deu lugar ao acórdão de 23 de Dezembro de 2009, *Detiček* (C-403/09 PPU, Colect., p. I-12193).

e à tradução no âmbito do processo penal, publicada no dia a seguir à audiência do caso vertente [40]. O considerando 4 do preâmbulo da proposta de directiva estatui o seguinte:

«O reconhecimento mútuo só pode funcionar eficazmente num clima de confiança em que, não só as autoridades judiciárias, mas também todos os intervenientes no processo penal considerem as decisões das autoridades judiciárias dos outros Estados-Membros equivalentes às suas, o que implica a confiança não apenas na adequação das regras do outro Estado como também na correcta aplicação dessas regras.»

94. Esta declaração pode, em meu entender, ser integralmente transposta do âmbito do processo penal para o dos processos em matéria de responsabilidade parental, de guarda e de protecção de crianças.

Os gémeos e o regulamento

95. Um aspecto digno de nota é que o caso vertente respeita à disputa pela guarda de gémeos que actualmente se encontram – e são talvez agora residentes habituais, na acepção do regulamento – em Estados-Membros diferentes. Um princípio basilar que deverá presidir a qualquer decisão em matéria de responsabilidade parental, de guarda ou de protecção é que irmãos – e, acima de tudo, gémeos – devem permanecer juntos, a não ser que razões muito excepcionais ditem o contrário. No mínimo, parece essencial que a questão da sua guarda deva ser tratada por um único tribunal – o que preconiza, com efeito, a medida impugnada.

96. O regulamento não prevê nenhuma disposição específica para uma tal situação [41]. Parece tratar-se de uma omissão infeliz, embora admita que a formulação precisa de uma norma dessa natureza pudesse ser delicada. Na falta dessa norma, porém, o regulamento prevê (no artigo 15.º) que um tribunal competente possa remeter um processo a um

40 — Iniciativa do Reino da Bélgica, da República Federal da Alemanha, da República da Estónia, do Reino da Espanha, da República Francesa, da República Italiana, do Grão-Ducado do Luxemburgo, da República da Hungria, da República da Áustria, da República Portuguesa, da Roménia, da República da Finlândia e do Reino da Suécia, tendo em vista a adopção da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos à interpretação e à tradução no âmbito do processo penal. (JO 2010 C 69, p.1).

41 — É plausível – embora de tenha não ter vislumbrado qualquer declaração explícita nesse sentido na sua argumentação – que o tribunal espanhol, na medida impugnada, e o Governo espanhol, nas suas alegações na audiência, tenham adoptado a perspectiva de que, para efeitos do regulamento, se considera que os gémeos têm residência habitual comum, e não adquirirão uma nova residência enquanto não tenham *ambos* sido deslocados para um novo Estado-Membro. Qualquer que tenha sido a sua perspectiva, uma tal regra não se encontra prevista no regulamento, nem, em meu entender, uma tal dedução pode dele ser retirada.

tribunal de outro Estado-Membro com o qual a criança tenha uma ligação particular, caso este se encontre mais bem colocado para conhecer do processo e se tal servir o superior interesse da criança, exigindo aos tribunais que cooperem nesse sentido. Exige também (no artigo 55.º) que as autoridades centrais facilitem a comunicação entre tribunais com vista à aplicação daquela norma. Em *A* [42], o Tribunal de Justiça salientou a obrigação de os tribunais nacionais comunicarem entre si directamente ou através das suas autoridades centrais.

98. Tal acordo, obtido numa fase precoce, pode muito bem evitar longos processos de recurso, disputas sobre a competência e um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça – tudo no melhor interesse das crianças. É possível que para um tribunal, uma transferência de competência para outro tribunal possa parecer perigosa, com base nas provas apresentadas por apenas um dos progenitores. Mas a comunicação e a cooperação podem afastar essa impressão inicial, e uma tentativa de comunicação e de cooperação é essencial na defesa dos interesses das crianças.

99. Lamentavelmente, contudo, o Tribunal de Justiça não recebeu qualquer indicação de que tal iniciativa tenha sido tomada no presente caso.

97. É altamente desejável que, num caso como o vertente – que respeita a uma disputa apenas sobre a guarda de gémeos e exige, portanto, no mínimo, uma apreciação única e coerente de toda a situação – os tribunais e as autoridades centrais envolvidos admitam activamente recorrer àquelas disposições para se concertarem quanto ao facto de que a matéria deve ser tratada por um único tribunal, a saber, aquele que se encontre melhor colocado, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente o melhor interesse dos gémeos.

100. Seria ainda mais lamentável – indicaria, de facto, uma falha do legislador comunitário – se uma aplicação mecânica do regulamento tivesse como resultado que uma simples questão de responsabilidade parental relativa a gémeos fosse sumariamente submetida à apreciação de tribunais de dois Estados-Membros diferentes, que poderiam chegar a decisões diversas, dando lugar a situações discordantes, em claro detrimento das crianças.

42 — Citado na nota 37, n.os 61 e segs., pontos 4 e 5 do dispositivo.

O âmbito da questão e do artigo 20.º

101. Os tribunais alemães devem decidir se a medida impugnada deve ou não ser reconhecida e executada na Alemanha em conformidade com o regulamento.

102. A questão prejudicial que o Bundesgerichtshof submeteu ao Tribunal de Justiça é, no essencial, saber se as medidas provisórias na acepção do artigo 20.º do regulamento, executórias no Estado-Membro onde foram decretadas, devem ser reconhecidas e executadas noutros Estados-Membros nos mesmos moldes que outras decisões executórias.

103. O pressuposto consiste, por conseguinte, em que a medida impugnada recai no âmbito do artigo 20.º A base deste pressuposto não é inteiramente clara. Pode ter sido imposta ao Bundesgerichtshof pela formulação do recurso, interposto pela mãe, quanto a uma questão de direito ou pelas conclusões do tribunal inferior, tal como explicado pelo Governo alemão durante a audiência. Em qualquer caso, parece plausível que assenta, em última análise, na crença de que o tribunal espanhol considerou reunificadas as circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1, ou de que todas as medidas provisórias recaem no âmbito do artigo 20.º, independentemente do órgão jurisdicional que as decretou. Porém, se esse é o caso, nenhuma das crenças me parece justificável.

104. Relativamente à primeira tese, foi assinalado numa série de observações submetidas ao Tribunal de Justiça que a medida impugnada não se refere, de todo, ao artigo 20.º e que M já não se encontrava, na época relevante, em Espanha. A base jurídica exacta em que o tribunal espanhol fundamentou a sua competência não foi indicada. No entanto, os termos da sua medida apontam para que o tribunal espanhol considerou que tinha competência quanto ao mérito para regular a responsabilidade parental em relação a ambas as crianças [43] e que a sua medida provisória era, em termos processuais, um prelúdio interlocutório da tomada de uma decisão mais definitiva nesta matéria na sequência da apresentação de alegações completas por ambos os progenitores, e não, propriamente, uma medida urgente tomada ao abrigo do artigo 20.º

43 — V. n.ºs 54 a 61 *supra*. Em determinadas situações, o local da última residência comum dos progenitores, e aquele em que o pai continua a residir, Espanha, poderia fundamentar a competência ao abrigo do artigo 12.º, n.º 1 (v. nota 4 *supra*), enquanto a prévia residência habitual de M em Espanha, conjugada com as objecções do pai (se bem que incertas, de algum modo) à sua deslocação poderia fundamentar a competência ao abrigo do artigo 10.º (v. n.º 10 *supra*); e a referência à prioridade nos termos do artigo 19.º parece relevante apenas em conflitos de competência quanto ao mérito (v. n.º 169 *infra*).

105. Em relação à segunda tese, entendo que não é de acolher tal interpretação.

106. Primeiro, nos artigos 8.º a 15.º, o regulamento define um conjunto exaustivo de regras sobre competência em matéria de responsabilidade parental. Muitas das decisões tomadas sobre esta matéria serão, por natureza, provisórias. Além disso, o artigo 20.º estabelece claramente que aquelas regras não impedem os tribunais de um Estado-Membro de tomar medidas provisórias urgentes nos termos da sua legislação relativamente a pessoas que se encontram nesse Estado, mesmo que um tribunal de outro Estado-Membro seja competente para conhecer do mérito, e que as medidas tomadas deixam de ter efeito quando este último tribunal tiver tomado as medidas que considerar adequadas. Essa norma não visa regular todo o tipo de medidas provisórias. Nem pretende conferir competência quanto ao mérito. Permite simplesmente, em situações específicas, que outro tribunal, temporariamente mais bem colocado do que o tribunal com competência quanto ao mérito, tome, com carácter de urgência, as medidas provisórias necessárias, as quais se manterão sempre subordinadas às medidas decididas pelo último tribunal [44].

107. Assim sendo, uma resposta confinada ao estatuto de medida tomada ao abrigo do artigo 20.º não contribuiria para resolver a questão de mérito subjacente do reconhecimento e da execução da medida impugnada – mesmo que talvez ajude o Bundesgerichtshof a chegar a uma decisão no recurso que lhe foi submetido se (em resultado de limites impostos pelo processo nacional) essa decisão tiver por base o pressuposto de que a medida impugnada *foi* tomada ao abrigo do artigo 20.º Seria ainda menos útil recusar responder à questão, como sugeriu o Governo checo, com o fundamento de que, à luz dos factos, ela é meramente hipotética.

108. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça tem repetidamente considerado que um pedido de decisão prejudicial, ao envolver, como envolve, cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e ele próprio, exige dele uma resposta útil que permita ao órgão jurisdicional de reenvio decidir o litígio que lhe foi submetido. Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça tem por missão interpretar todas as disposições do direito europeu necessárias para o efeito, ainda que essas disposições não sejam expressamente referidas nas questões que lhe são apresentadas, podendo ter até de as reformular [45].

109. Esta abordagem parece ser da maior pertinência num litígio sobre responsabilidade parental que já foi excessivamente

44 — V. n.º 169 *infra*.

45 — V., por exemplo, acórdão de 26 de Junho de 2008, Wiedermann e Funk (C-329/06 e C-343/06, Colect., p. I-4635, n.º 45 e jurisprudência citada).

protelado. Decorreram mais de dois anos, e mais de metade do tempo de vida dos gémeos, desde que a medida impugnada foi tomada e certificada pelo tribunal espanhol. Trata-se de uma contradição total com o objectivo central do regulamento, que é servir o melhor interesse da criança, assegurando que as decisões sejam tomadas e produzam efeitos prontamente, sem os atrasos processuais que resultam da natureza transfronteiriça da situação.

110. Discordo, por conseguinte, da abordagem restritiva do Governo alemão (de que apenas o órgão jurisdicional de reenvio, com total conhecimento do processo e das questões está, em princípio, qualificado para definir e delimitar a questão a ser respondida). Procurarei, outrossim, abordar todas as questões e disposições aparentemente relevantes, de modo a fornecer uma resposta tão útil quanto possível, com vista a encontrar rapidamente uma solução global, no melhor interesse dos gémeos.

111. Um aspecto a destacar na identificação das questões é que o pedido do pai, com o qual está relacionado o processo no Bundesgerichtshof, procura *de facto* obter o reconhecimento e a execução da medida impugnada apenas relativamente a M, que se encontra na Alemanha. Em relação a S, que permanece em Espanha, não há necessidade de reconhecer nem de executar a medida na Alemanha. Questão autónoma, na acção pendente no Amtsgericht Stuttgart (e que, aparentemente, também foi considerada no recurso interposto na Audiencia Provincial de Madrid), é saber se são os órgãos jurisdicionais alemães ou os espanhóis que têm competência para decidir da responsabilidade parental no que se refere a um ou a ambos os gémeos, mas não foi colocada ao Tribunal de Justiça nenhuma questão quanto a esta matéria. Não obstante, e uma vez que as duas questões estão interligadas, algumas considerações poderão também respeitar, pelo menos indirectamente, à segunda questão.

112. Como vimos, o regulamento prevê o reconhecimento e a execução quase automáticos das decisões, com base num alto grau de confiança mútua, o que, por seu turno, requer um elevado grau de responsabilidade e cooperação. Existem algumas excepções à exigência do reconhecimento e da execução mas, por princípio, podia esperar-se que a medida impugnada do tribunal espanhol fosse reconhecida e executada na Alemanha.

113. Algumas objecções a este raciocínio foram, no entanto, avançadas – principalmente pela mãe, ainda que vários Estados-Membros tenham apresentado argumentos neste sentido. São essencialmente cinco esses argumentos: i) o tribunal espanhol não tinha competência quanto ao mérito nos termos do regulamento, para decidir da

responsabilidade parental em relação a M; ii) a medida impugnada era uma medida provisória, e os artigos 21.º e seguintes do regulamento não exigem que nenhuma medida provisória, seja de que tipo for, seja reconhecida ou executada; iii) a medida impugnada era uma medida provisória na acepção do artigo 20.º do regulamento, e as medidas provisórias com esta natureza específica não têm de ser obrigatoriamente reconhecidas ou executadas nos termos dos artigos 21.º e seguintes do mesmo regulamento; iv) o tribunal espanhol não estava autorizado, ao abrigo do artigo 20.º do regulamento, a decidir da responsabilidade parental em relação a M; e v) apesar da certidão emitida pelo tribunal espanhol nos termos ao artigo 39.º do regulamento, a medida impugnada deixou de ter força executória em Espanha quando o pai não instaurou a acção principal n.os 30 dias úteis seguintes à data da decisão.

114. Procurarei abordar todos aqueles pontos dentro de um quadro sistemático, no qual considerarei também a natureza da medida impugnada, uma matéria que é essencial para a decisão final sobre se a referida medida deve ser reconhecida ou executada.

115. Primeiro, considerarei a hipótese de o tribunal espanhol se ter declarado competente quanto ao mérito, por aplicação dos artigos 8.º e seguintes do regulamento, em relação a ambos os gémeos. Examinarei como o regulamento pode permitir à mãe, se ela contestar essa competência, assegurar-se de que a medida não seja reconhecida ou executada na Alemanha. Neste contexto, considerarei se o facto da medida impugnada ser provisória é relevante.

116. Segundo, partirei do pressuposto de que o tribunal espanhol considerou que (em relação a M) não era competente quanto ao mérito, mas que a sua medida provisória era permitida pelo artigo 20.º do regulamento, e perguntarei se as medidas a que aquele artigo se reporta devem ser normalmente reconhecidas e executadas noutros Estados-Membros. Em caso afirmativo, indicarei os passos a dar se a competência for questionada.

117. No entanto, antes de abordar estas duas hipóteses, parece-me útil esclarecer brevemente o significado de medida «provisória».

Medidas «provisórias»

118. À primeira vista, a necessidade de esclarecimento pode parecer despicienda: uma medida provisória destina-se, como a própria palavra indica, a produzir os seus efeitos apenas por um prazo limitado – até que certo facto ocorra ou tenha decorrido um certo período de tempo.

119. No entanto, dada a natureza e a essência do direito da família, é provável que, à medida que os filhos crescem e as circunstâncias mudam, as decisões de *mérito* em matéria de responsabilidade parental necessitem de ser alteradas (ou mesmo anuladas). Consequentemente, nenhuma decisão é definitiva ou final, no mesmo sentido que uma sentença de divórcio é definitiva ou final. E todas as decisões em matéria de responsabilidade parental produzem os seus efeitos apenas por um período limitado de tempo, já que caducam necessariamente quando a criança atinge a maioridade.

120. No contexto do artigo 20.º do regulamento, a situação é clara: uma medida provisória é tomada em situações de urgência, cessando a sua aplicação quando o tribunal competente quanto ao mérito toma as medidas que considera adequadas.

121. Por analogia, poder-se-ia dizer que uma medida provisória em matéria de responsabilidade parental tomada por um tribunal competente para decidir do mérito é muitas vezes tomada para gerir situações urgentes que não se compadecem com uma ponderação aprofundada da questão e, em princípio, com a intenção específica de vir a ser substituída por uma decisão subsequente a ser tomada depois de uma análise mais cuidada, ela própria *não* concretamente destinada a ser substituída ou alterada, a não ser em caso de alteração das circunstâncias. Por motivos de concisão, referir-me-ei a este último tipo de decisão como «firme», uma vez que, em bom rigor, não é final nem definitiva.

122. Por conseguinte, no referido contexto, um certo grau de urgência é uma característica habitual das medidas provisórias (e necessária quando o artigo 20.º está em causa). Importa ter em mente que as medidas urgentes são, frequentemente, decretadas através de um processo sumário a que podem faltar algumas ou muitas das normais garantias. Pode não ser possível ouvir todas as partes interessadas ou ter em conta todas as provas relevantes. Algumas decisões podem inclusivamente ser tomadas por telefone, dando origem a uma simples nota escrita no processo [46].

123. Com estas considerações em mente, abordarei agora as duas hipóteses acima mencionadas.

46 — Um exemplo dado no Relatório Lagarde sobre a Convenção da Haia de 1996, citado na nota 16, n.º 120.

Primeira hipótese: competência quanto ao mérito

caducado quando o pai deu início à acção de declaração de executoriedade na Alemanha – um aspecto a que me referirei adiante, nos n.os 148 e seguintes.

Decisão firme

125. Acresce que os tribunais do Estado-Membro de reconhecimento ou de execução não podem fiscalizar a competência do tribunal de origem nem rever o mérito da sua decisão.

124. Os termos e a estrutura do regulamento são bastante claros: uma decisão tomada num Estado-Membro deve ser reconhecida nos outros Estados-Membros sem exigências de um procedimento especial, e uma decisão que tenha força executória num Estado-Membro e tenha sido notificada, deve ser executada noutro Estado-Membro quando aí seja declarada executória de acordo com os procedimentos estabelecidos no regulamento. O artigo 23.º, conjugado com o artigo 31.º, n.º 2, define um conjunto de fundamentos específicos e limitados de não-reconhecimento e de recusa de um pedido de declaração de executoriedade – aos quais deverão ser presumivelmente adicionadas a falta de executoriedade no Estado-Membro de origem e a não notificação do demandado, como resulta claro do artigo 28.º, n.º 1. Quando nenhum destes fundamentos possa ser invocado, não existe simplesmente qualquer fundamento para a recusa de reconhecimento e de execução. No caso presente, o único destes fundamentos invocado (pela mãe, perante o Amtsgericht Stuttgart) foi que a medida contestada tinha

126. A proibição de fiscalização da competência é também inerente ao artigo 19.º do regulamento, em relação à litispendência. Quando uma acção relativa à mesma criança e envolvendo o mesmo pedido e a mesma causa de pedir é instaurada em tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar deve suspender oficiosamente a instância até que a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar seja estabelecida, caso em que deverá declarar-se incompetente a favor daquele. E, de acordo com a jurisprudência relativa à disposição substancialmente equivalente do artigo 21.º da Convenção de Bruxelas, é ao tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro

lugar que cabe decidir da sua competência [47]. (Concordo que a jurisprudência relativa à Convenção de Bruxelas e do seu sucessor, o Regulamento (CE) n.º 44/2001, não pode ser aplicada automática e indiscriminadamente ao presente regulamento [48] mas, neste aspecto particular, não se vêem razões para não a transpor.)

127. O que pode então ser feito se, como no caso vertente, uma parte impugna a competência do tribunal que tomou a decisão cujos reconhecimento e execução são requeridos? A resposta óbvia é que deve fazê-lo perante o próprio tribunal. Se a medida impugnada tivesse sido uma decisão firme em matéria de responsabilidade parental, o regulamento não teria manifestamente permitido que a mãe obtivesse a recusa do seu reconhecimento ou da sua execução na Alemanha ou que tivesse instaurado nesse país uma acção subsequente para obtenção de nova decisão firme com o fundamento de que os tribunais alemães, e não os espanhóis, é que são competentes. Por conseguinte, a sua única possibilidade ter sido recorrer, dentro do sistema espanhol, contra a assunção de competência por parte do tribunal espanhol [49], na perspectiva – em última análise, no tribunal de última instância – de apresentar um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

128. Tal procedimento poderia vir a revelar-se moroso [50] (apesar de se poder esperar que a acção fosse acelerada na medida do possível sendo que, em caso de dúvida, até o tribunal de primeira instância pode agora submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça e pedir que seja utilizado o processo urgente), mas é a única via disponível ao abrigo do regulamento. Esta circunstância sublinha, de novo, o elevado grau de responsabilidade que impende sobre os tribunais nacionais quando se declaram competentes, e a necessidade de apresentarem razões explícitas, completas e claras para o fazerem. Apenas esta consciência poderá criar um verdadeiro clima de confiança mútua tal como exigido pelo regulamento, e apenas as razões assim apresentadas permitirão a um tribunal de recurso, a um tribunal de execução noutro Estado-Membro ou ao Tribunal de Justiça, conforme os casos,

47 — No acórdão de 27 de Junho de 1991, *Overseas Union Insurance e o.* (C-351/89, Colect., p. I-3317, n.os 22 e segs.), o Tribunal de Justiça observou que o objectivo de evitar conflitos negativos de competência pode ser atingido sem que o tribunal chamado a decidir em segundo lugar examine a competência do tribunal chamado a decidir em primeiro lugar, e que, em nenhum caso, aquele está mais bem colocado para determinar se este último é competente. As regras da convenção são comuns a ambos os tribunais e podem ser interpretadas e aplicadas com a mesma autoridade por cada um deles. Quando a competência do tribunal chamado a decidir em primeiro lugar é contestada, o tribunal chamado a decidir em segundo lugar apenas pode, caso não se declare incompetente, suspender a instância, não podendo ele próprio decidir da competência do tribunal chamado a decidir em primeiro lugar. No acórdão de 9 de Dezembro de 2003, *Gasser* (C-116/02, Colect., p. I-14693, n.º 46 e seguintes), o Tribunal de Justiça confirmou estas declarações, salientando que o artigo 21.º é uma regra processual, que se baseia clara e unicamente na ordem cronológica em que os órgãos jurisdicionais são chamados a decidir.

48 — V., por exemplo, n.os 63 e 64 das conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo *A*, já referido na nota 37.

49 — Como, de facto, parece ter feito subsequentemente, na acção principal a decorrer em Espanha, mesmo antes de qualquer decisão firme ter sido tomada.

50 — Constato, com base nas declarações escritas da mãe e apresentadas na audiência, que o seu recurso contra a decisão do tribunal espanhol de 28 de Outubro de 2008, que confirma a respectiva competência internacional relativamente a ambos os gémeos na acção principal, só foi decidido em Fevereiro ou Março de 2010.

decidir dos aspectos em litígio tão rapidamente quanto possível.

Decisão provisória

129. É relevante que uma decisão (tomada por um tribunal que se considera competente quanto ao mérito) seja manifestamente provisória? Esta pode ser uma análise plausível da situação no caso presente.

130. Antes de mais, tal como foi referido em algumas observações escritas, o regulamento não distingue explicitamente entre decisões finais ou firmes, por um lado, e decisões provisórias, por outro. O artigo 2.º, n.º 4 define «decisão» de forma genérica, sem atender à terminologia formal utilizada e sem sugerir que alguma categoria deva ficar excluída; as disposições do capítulo II sobre competência [51] não distinguem entre processos consoante a decisão, definida de modo genérico, é ou não provisória; as disposições do capítulo III sobre reconhecimento e execução referem-se ao reconhecimento e à execução de decisões, de novo sem as distinguir; e, dentro deste capítulo, o artigo 23.º, alínea b), prevê que a «decisão» possa ser tomada em casos de urgência, implicando que a mesma possa ser provisória.

131. Também não vislumbro nenhuma razão premente, relacionada com a natureza das medidas provisórias, para fazer a distinção. O tribunal competente quanto ao mérito é o tribunal do Estado-Membro com o qual a criança tem, em princípio, a ligação mais próxima (no mínimo, uma ligação substancial). É também o tribunal que tomará a decisão de mérito em matéria de responsabilidade parental, uma decisão que poderá, ao abrigo do regulamento, ser reconhecida e executada em todos os Estados-Membros. Deve ter também forçosamente competência para tomar todas as medidas provisórias necessárias até à data em que for tomada uma decisão firme [52]. Tais medidas provisórias estarão intimamente ligadas à decisão firme subsequente. O tribunal decidirá dessas medidas à luz, entre outros, do seu próprio dever de chegar a uma decisão firme tão rapidamente quanto lhe permita uma análise cuidada do mérito da

51 — Para além do artigo 20.º, que não é relevante para a presente hipótese.

52 — Como foi recentemente reconhecido pelo Tribunal de Justiça, pelo menos implicitamente, no acórdão *Detiček* (já referido na nota 39), ao sustentar que uma decisão provisória sobre a guarda de uma criança tomada pelo tribunal competente quanto ao mérito prevalece sobre uma decisão provisória subsequente, supostamente baseada no artigo 20.º, tomada por um tribunal de outro Estado-Membro para o qual a criança tinha sido deslocada ilicitamente, nos termos da decisão anterior.

questão, e procurará garantir, da forma mais ampla possível, que as medidas provisórias não comprometem ou predeterminam aquela decisão.

132. Vistas desta forma, é meu entender que as medidas provisórias tomadas por um tribunal competente quanto ao mérito, ao abrigo do regulamento, devem ser reconhecidas e executadas noutros Estados-Membros nas mesmas condições que a decisão subsequente que esse mesmo tribunal será chamado a proferir. Qualquer outra abordagem acarretaria o risco de prejudicar essa decisão subsequente, minando qualquer esforço desenvolvido para assegurar continuidade – e tornaria o regulamento largamente ineficaz no que toca a um espectro alargado de decisões tomadas diariamente pelos tribunais de família em toda a União Europeia.

133. Não obstante, poderá argumentar-se que a natureza frequentemente sumária dos processos que culminam na adopção de uma medida provisória, aos quais faltam talvez algumas garantias processuais que normalmente asseguram um processo equitativo, milita contra o reconhecimento e a execução automáticos.

134. A este argumento poderá, porém, contrapor-se que o artigo 23.º do regulamento especifica as circunstâncias em que o reconhecimento e a execução podem ser recusados, e que tais processos sumários estiveram claramente na mente do legislador: o reconhecimento pode ser recusado, designadamente, se à criança não tiver sido dada a oportunidade de ser ouvida (salvo casos urgentes); se a decisão tiver sido proferida sem que a parte revel tenha sido citada ou notificada em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa; ou se violar a responsabilidade parental de uma pessoa à qual não foi dada oportunidade de ser ouvida [53].

135. Por conseguinte, o regulamento não faz uma exclusão genérica do regime normal de reconhecimento e execução com base no simples facto de poderem faltar algumas das garantias ordinárias nestes processos. Há exclusão apenas quando certas garantias específicas são efectivamente negadas. No caso vertente, não é sugerido que algumas destas garantias tenham sido negadas; as crianças eram demasiado jovens para serem ouvidas e foi dada à mãe ampla oportunidade de apresentar o seu caso, que a mesma utilizou.

136. Outro argumento possível a favor do tratamento mais cauteloso das medidas provisórias é o facto de que talvez não sejam passíveis de recurso, pelo que a parte que pretende impugnar a competência

53 — Artigo 23.º, alíneas b), c) e d), respectivamente.

poderá não ter a possibilidade de o fazer, seja no Estado-Membro de origem seja no da execução.

137. Não resulta claramente dos autos se essa situação se verifica no caso vertente [54]. Nem, do meu ponto de vista, resultou inteiramente claro das respostas, escritas e orais, do Governo espanhol às perguntas do Tribunal de Justiça. Em todo o caso, foi pelo menos, sugerido que podia ter sido interposto algum tipo de recurso contra a assumpção de competência pelo tribunal espanhol para tomar a medida impugnada, e a mãe podia, pelo menos, impugnar essa competência no contexto do processo principal subsequente. Contudo, seja qual for a verdade dos factos, se, em determinado caso, a declaração de competência do tribunal não for susceptível de recurso, então, na hipótese de ser impugnada, esse tribunal é um dos que está obrigado, por força do parágrafo 3.º do artigo 267.º do TFUE (artigo 234.º CE), a pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie, a título prejudicial, sobre a questão – e o seu pedido seria, espera-se, tratado no âmbito de um processo urgente.

138. Nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça, a mãe sugeriu outro fundamento para o não reconhecimento ou a não execução das medidas provisórias (de um tribunal que se declara competente quanto ao mérito) da mesma forma que as decisões firmes. Tendo começado por sustentar que as medidas tomadas ao abrigo do artigo 20.º não deveriam ser reconhecidas ou executadas noutros Estados-Membros (aspecto a que farei adiante referência) [55], alega que a mesma abordagem deverá ser adoptada em relação ao tribunal que não está a agir nessas circunstâncias, mas que se declara competente quanto ao mérito e decreta medidas provisórias no âmbito dessa competência. Adoptar uma abordagem diferente exigiria que o tribunal do Estado-Membro de execução determinasse se o tribunal de origem havia fundado a sua competência nos artigos 8.º a 14.º ou no artigo 20.º – quando a fiscalização da competência do tribunal de origem está expressamente proibida pelo artigo 24.º do regulamento.

139. Essa análise é, do meu ponto de vista, errada, independentemente de saber se se deve ou não distinguir entre as duas categorias de medidas provisórias. Para determinar se uma medida provisória foi tomada com base na competência quanto ao mérito, decorrente das disposições do regulamento ou ao abrigo do artigo 20.º, não é necessário *fiscalizar* a competência do tribunal

54 — V. n.º 63 *supra*. Vide também acórdão de 25 de Junho de 2009, *Roda Golf & Beach Resort* (C-14/08, Colect., p. I-5439, n.os 24 a 30).

55 — V. n.os 156 e segs. *infra*.

de origem, mas simplesmente *determinar* com que fundamento o mesmo se declarou competente.

140. É claro que pode nem sempre ser fácil apurar esse fundamento. No caso presente, a medida impugnada não está tão completa ou claramente fundamentada como seria desejável – apesar de o tribunal espanhol ter considerado a questão sob diferentes ângulos e se ter convencido de que era competente, referindo vários fundamentos possíveis para a sua competência quanto ao mérito, mas não o artigo 20.º Noutros casos, a fundamentação pode ser bem mais lacónica, até mesmo completamente inexistente, violando, assim, os deveres que impendem sobre os tribunais nacionais e que são corolário do princípio da confiança mútua consagrado no regulamento.

141. A Comissão e o Governo alemão, em particular, sugeriram que, se o fundamento com base no qual o tribunal se declara competente não resultar claro dos termos ou do teor da decisão cujo reconhecimento ou execução se pede, então, por analogia com o acórdão *Mietz* [56] , se deve presumir que esse fundamento reside no artigo 20.º Na audiência, o Governo checo defendeu precisamente a interpretação oposta.

142. No acórdão *Mietz*, o Tribunal de Justiça sublinhou (no contexto da Convenção de Bruxelas) que, ao ordenar o pagamento provisório, o tribunal de origem não se referiu expressamente à sua competência quanto ao mérito ao abrigo da Convenção, e que tal competência não resultava, de forma evidente, do teor da sua decisão (como teria sido o caso, designadamente, se a decisão revelasse que o demandado estava domiciliado no território do Estado Contratante do órgão jurisdicional de origem e que nenhuma das competências exclusivas previstas na convenção era aplicável). Consequentemente, o Tribunal de Justiça entendeu que, perante o silêncio do órgão jurisdicional de origem quanto ao fundamento da sua competência, a preocupação de evitar desvios às regras da convenção impõe que a sua decisão seja entendida no sentido de que fundou a sua competência para ordenar as medidas provisórias no respectivo direito nacional e não numa competência quanto ao mérito decorrente da convenção.

143. Tal como já observei, nem todos os aspectos da jurisprudência sobre a Convenção de Bruxelas e sobre o Regulamento (CE) n.º 44/2001 são passíveis de transposição automática para o contexto do presente regulamento. Este aspecto requer, no meu entender, algumas ressalvas – embora não

56 — Acórdão de 27 de Abril de 1999 (C-99/96, Colect., p. I-2277, em especial n.os 50 e 55).

veja motivos para a inversão completa proposta pelo Governo checo.

144. O presente regulamento – contrariamente à Convenção de Bruxelas e ao Regulamento (CE) n.º 44/2001 – contempla expressamente a comunicação entre tribunais, facilitada, sempre que necessário, pelas autoridades centrais dos Estados-Membros em causa. É conforme com o espírito de cooperação mútua subjacente ao regulamento que tal comunicação se estenda a todas as questões susceptíveis de facilitar ou acelerar processos relacionados com o reconhecimento e a execução de decisões. Uma vez que tudo o que aqui se exige é determinar o fundamento da declaração de competência do tribunal de origem, a comunicação não deve ser muito difícil.

145. Por conseguinte, alterarei ligeiramente a abordagem adoptada pelo Tribunal de Justiça no contexto da Convenção de Bruxelas. O elevado grau de cooperação e a disposição específica do regulamento em matéria de comunicação entre tribunais – o dever de a utilizar é manifesto na jurisprudência [57] – exige que o tribunal de execução que tenha dúvidas quanto ao fundamento da competência do tribunal de origem procure determinar esse fundamento junto do tribunal em causa. Só se essa diligência não produzir um resultado razoavelmente rápido se deverá presumir que a competência foi declarada ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1.

146. No caso presente, embora a decisão não seja tão explícita quanto desejável, pode extrair-se a conclusão muito natural de que o tribunal espanhol se considerou competente quanto ao mérito e não fundamentou essa competência no artigo 20.º [58].

147. Deve acrescentar-se que, no presente caso, aquele tribunal não se podia ter legitimamente baseado no artigo 20.º, já que M nunca esteve em Espanha durante a pendência da acção no tribunal espanhol. (Da leitura dos n.os 50 a 52 do acórdão *Detiček* [59], pode parecer que, para tomar uma medida provisória em matéria de responsabilidade parental ao abrigo do artigo 20.º, não só a criança mas também as pessoas que exerciam e/ou exercem actualmente essa responsabilidade devem estar presentes no Estado-Membro em causa. Concordo, contudo, com a opinião manifestada na audiência por alguns dos presentes de que tal abordagem seria incorrecta, e de que apenas a presença da criança deve determinar se uma medida provisória e urgente pode ou não ser tomada em relação a ela). No caso de S, o facto de nunca ter saído de território espanhol desde o nascimento, leva a que a competência quanto ao mérito do

57 — V. n.º 96 *supra* e nota 42.

58 — V. n.os 54 a 61 e 104 *supra* e nota 43.

59 — Citado na nota 39.

tribunal espanhol seja incontestável, ao abrigo do artigo 8.º, e que não se levantem questões (no momento) de reconhecimento ou de execução noutro Estado-Membro.

148. Por último, a mãe alegou no Amtsgericht Stuttgart que, apesar da certidão ter sido emitida pelo tribunal espanhol, nos termos do artigo 39.º do regulamento, a medida impugnada não tem força executória em Espanha, já que as medidas provisórias desta natureza caducam se a acção principal não for instaurada n.os 30 dias úteis seguintes e, neste caso, o pai não o fez [60].

149. Saber se esta alegação está ou não bem fundamentada, de facto e de acordo com a lei processual espanhola, não é matéria que o Tribunal de Justiça possa conhecer. Contudo, pode surgir uma questão relacionada com o regulamento se uma parte requer uma declaração de executoriedade, noutro Estado-Membro, de uma medida que deixou de ter força executória no Estado-Membro de origem, mas em relação à qual já foi emitida certidão.

150. Nos termos do artigo 28.º, n.º 1 do regulamento, para que venha a ser executada noutro Estado-Membro, uma decisão em matéria de exercício da responsabilidade parental deverá ter força executória no Estado-Membro de origem. De acordo com os artigos 37.º, n.º 1, alínea b), e 39.º, o pedido de uma declaração de executoriedade deve ser acompanhado de uma certidão utilizando o formulário constante do Anexo II, emitida pelo tribunal competente do Estado-Membro de origem. No ponto 9.1 dessa certidão, o tribunal em causa deve declarar se a decisão tem força executória de acordo com a lei desse Estado. Por conseguinte, surge a questão de saber se o tribunal do Estado-Membro da execução pode ir além dessa certidão, uma vez emitida, e verificar se a decisão (ainda) tem força executória.

151. É meu entender que tal é possível para o tribunal ao qual é pedida a declaração de executoriedade. Apesar de o artigo 31.º, n.º 2, estabelecer que o pedido só pode ser indeferido por um dos motivos especificados no artigo 23.º, parece logicamente necessário que a recusa também seja possível se a decisão não tiver força executória no Estado-Membro de origem, uma vez que essa é uma condição expressamente prevista no artigo 28.º, n.º 1. A emissão da certidão constante do Anexo II não é, contudo, um requisito absoluto do preenchimento dessa condição, já que o artigo 38.º, n.º 1, permite ao tribunal do Estado-Membro de execução aceitar documentos equivalentes ou outra informação. Para além disso, nenhuma das disposições das secções 2 e 3 do capítulo III, que regulam o procedimento para a obtenção de uma declaração de executoriedade de decisões em matéria de responsabilidade parental, refere que a

60 — V. n.º 65 *supra*.

certidão do Anexo II é vinculativa ou não impugnável.

152. Tal contrasta claramente com as disposições da secção 4, que regula a força executória de certas decisões em matéria de direito de visita ou que exigem o regresso da criança. Esta secção dispõe sobre as certidões que utilizam os formulários dos Anexos III e IV, respectivamente, e sobre o reconhecimento e execução «sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força [executória] e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem.» [61]. Estipula também que a emissão de uma certidão não é susceptível de recurso [62] mas, ao não permitir a aceitação de documentos equivalentes ou outra informação, transforma, de facto, a apresentação de uma certidão num pré-requisito absoluto de execução.

153. É meu entendimento, portanto, que foi intenção do legislador distinguir entre, por um lado, decisões em matéria de exercício da responsabilidade parental e, por outro, decisões relativas ao direito de visita ou que exijam o regresso da criança [63]. Relativamente a estas últimas, a certidão para efeitos, designadamente, de execução no Estado-Membro de origem é crucial; é tão necessária quanto vinculativa. Relativamente às primeiras decisões, a certidão é importante, mas não absolutamente necessária nem insusceptível de recurso.

154. Quando uma medida não tem força executória ilimitada no Estado-Membro de origem, mas caduca ou pode caducar após um certo período de tempo, ou pela ocorrência ou não ocorrência de determinado facto, é não só desejável como inerente ao sistema de confiança mútua subjacente ao regulamento que a limitação seja indicada pelo tribunal de origem na sua certidão. Quando essa indicação não existe, está aberta a qualquer parte a possibilidade de juntar prova de que a medida já não tem força executória. Nesse caso, os mesmos meios de comunicação entre tribunais e autoridades centrais estão disponíveis como quando é necessário determinar o fundamento da competência. Se tais meios fornecerem uma resposta satisfatória, o tribunal de execução não deve obviamente

61 — V. artigos 41.º, n.º 1, e 42.º, n.º 1.

62 — Artigo 43.º, n.º 2.

63 — Esta perspectiva parece ser confirmada pelo disposto nos considerandos 23 e 24 do preâmbulo, os quais se reportam apenas a «decisões relativas ao direito de visita e decisões relativas ao regresso da criança», no contexto do reconhecimento automático sem fundamentos para recusa de execução e da insusceptibilidade de recorrer de uma certidão.

prosseguir a acção mas, na falta dessa resposta, também não deve retirar às partes a possibilidade de juntarem atempadamente provas, mediante outros meios.

verificar se a decisão tem (ainda) força executória no Estado-Membro de origem, caso a exactidão da certidão emitida nos termos do artigo 39.º seja contestada.

Hipótese segunda: medida permitida pelo artigo 20.º

155. Chego, portanto, à conclusão de que as medidas provisórias adoptadas por um tribunal de um Estado-Membro com base na competência que lhe é outorgada pelas regras do regulamento em matéria de competência quanto ao mérito deverão ser reconhecidas e executadas noutros Estados-Membros do mesmo modo que qualquer outra decisão tomada nessa base, de acordo com os artigos 21.º e seguintes do regulamento. Um tribunal que conheça um pedido de reconhecimento ou de não reconhecimento dessa decisão, ou de uma declaração de executoriedade, tem o poder de determinar o fundamento da competência invocado pelo tribunal de origem, com base nos termos ou no teor da decisão deste ou, se necessário, comunicando com esse tribunal directamente ou através das autoridades centrais competentes. Se, e apenas se, essa comunicação não lograr produzir um resultado razoavelmente rápido, se deverá presumir que a competência foi assumida nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1. No caso de decisões (provisórias) em matéria de responsabilidade parental, podem ser utilizados os mesmos meios de comunicação para

156. É de aplicar a mesma conclusão, no que respeita ao reconhecimento e à execução, se as medidas provisórias em causa não forem adoptadas com base numa competência quanto ao mérito ao abrigo do regulamento mas com base no direito nacional, nas circunstâncias taxativas permitidas pelo artigo 20.º?

157. Uma observação inicial óbvia é que a própria letra do artigo 20.º circunscreve a natureza das medidas cobertas («relativas às pessoas ou bens presentes nesse Estado-Membro») de tal modo que as questões do reconhecimento e da execução noutro Estado podem muitas vezes não se colocar. Adicionalmente, o facto de tais medidas caducarem logo que o tribunal competente quanto ao mérito der início à acção, significa que qualquer reconhecimento ou execução pode ter um valor meramente efémero para a

parte que os requereu [64]. Contudo, o facto de ser menos provável que tais situações surjam no contexto do artigo 20.º do que no caso de as medidas provisórias serem tomadas por um tribunal com competência quanto ao mérito não significa que elas nunca possam surgir, nomeadamente quando ocorra um incidente durante a presença temporária e lícita de uma criança num Estado-Membro terceiro.

158. Dos governos que apresentaram observações escritas, apenas os Governos espanhol e italiano consideraram que as medidas tomadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º deveriam ser reconhecidas e executadas noutro Estado-Membro. Ambos apontam para a definição extremamente lata de «decisão» do artigo 2.º, n.º 4, do regulamento [65], que é o termo usado em todas as disposições em matéria de reconhecimento e de execução e que, consideram, deve abranger toda e qualquer decisão com força executória emitida por qualquer órgão jurisdicional, independentemente da base com que foi adoptada. O Governo italiano salienta a importância do direito a ser ouvido, considerando-o como único critério essencial para que uma decisão tenha força executória noutros Estados-Membros. O Governo espanhol entende que o efeito útil do regulamento sairia comprometido se medidas adoptadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º fossem excluídas do âmbito de aplicação das disposições sobre reconhecimento e execução [66].

159. Apesar de ter expressado nas suas observações escritas a opinião de que o artigo 20.º não é relevante no contexto da acção principal, a Comissão desenvolveu uma abordagem bastante original durante a audiência. Sugeriu que as disposições dos artigos 21.º e seguintes do regulamento eram, de facto, aplicáveis às medidas adoptadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1, mas apenas se cada uma dessas circunstâncias – presença da pessoa ou dos bens em causa, urgência e natureza provisória da medida – pudesse ser rigorosamente verificada e o direito a ser ouvido tivesse sido garantido. Argumentou, em particular, que a natureza provisória da medida deveria ser formulada de maneira explícita na decisão tomada e indicado o respectivo termo da sua validade.

160. Apesar de essa abordagem poder ser desejável, em meu entender não encontra fundamento no regulamento. Concretamente, implicaria aplicar os artigos 21.º e seguintes, modificando simultaneamente a aplicação

64 — Claro que algumas medidas, como a autorização judicial para a venda de bens perecíveis pertencentes à criança (ou ao casal, uma vez que o artigo 20.º cobre também o divórcio, a separação legal ou a anulação do casamento), ou para submeter a criança a uma intervenção cirúrgica (ambos os exemplos citados no Relatório Lagarde sobre a Convenção da Haia de 1996, já referido na nota 16, n.º 68, relativamente ao artigo 11.º, n.º 1, dessa convenção) terão efeitos de facto que não podem ser reconhecidos noutros Estados-Membros.

65 — ... uma decisão relativa à responsabilidade parental proferida por um tribunal de um Estado-Membro, independentemente da sua designação, tal como «acórdão», «sentença» ou «despacho judicial».

66 — Citando o acórdão de 11 de Julho de 2008, *Rinau* (C-195/08 PPU, Colect., p. I-5271, n.ºs 80 e segs.).

do artigo 24.º, que proíbe qualquer fiscalização da competência. Não considero, portanto, que essa abordagem se justifique à luz da legislação vigente.

161. As outras partes que submeteram observações escritas avançaram alguns argumentos, muitas vezes coincidentes, que apontam todos no sentido de que as normas em matéria de reconhecimento e de execução dos artigos 21.º e seguintes não se aplicam às medidas provisórias adoptadas unicamente com base no artigo 20.º

162. Primeiro, os Governos português e britânico sugerem que se o artigo 20.º se refere a «medidas» provisórias e não a «decisões» é porque se pretendeu especificamente excluir tais medidas das «decisões» mencionadas no resto do regulamento, nomeadamente nas disposições relativas ao reconhecimento e à execução. Este não me parece um argumento convincente, particularmente atendendo à expressão, «independentemente da sua designação, tal como acórdão, 'sentença' ou 'despacho judicial'», do artigo 2.º, n.º 4, lida em conjugação com a definição muito lata de «tribunal» do artigo 2.º, n.º 1. Assim sendo, se o legislador tivesse pretendido distinguir, no artigo 20.º, entre «medida» e decisão, teria sido mais explícito. Pelo contrário, parece-me que a escolha de palavras está associada ao historial da disposição, cujos precursores [67] se referiam quase exclusivamente a «medidas».

163. A seguir, os Governos checo, português e britânico sublinham todos que o artigo 20.º é uma excepção ao regime geral do regulamento e, como tal, deve ser interpretado de forma estrita. Aceito que o artigo 20.º seja uma excepção – mas é uma excepção às regras gerais sobre competência (incluindo litispendência) [68] no capítulo II, entre as quais se encontra, e não apenas às normas sobre reconhecimento e execução do capítulo III. Concordo, portanto, que o artigo 20.º deva ser interpretado de forma estrita quando haja que decidir se uma situação recai no seu âmbito, nomeadamente no que se refere às condições de urgência e de presença no território. Não estou, contudo, convencida de que tal deva levar, como corolário automático, a uma aplicação restritiva das disposições sobre reconhecimento e execução, tendo particularmente em atenção a lista aparentemente exaustiva de fundamentos para o não reconhecimento que consta do artigo 23.º do regulamento [69].

67 — V. n.os 30 a 47 *supra*.

68 — V. n.º 169 *infra*.

69 — V. n.º 18 *supra*; uma lista correspondente de fundamentos para o não reconhecimento de decisões em matéria de divórcio, separação legal ou anulação de casamento figura no artigo 22.º Saliento, para além disso, que no n.º 56 das conclusões apresentadas no processo *A* (citado na nota 37), em que se baseia o Governo do Reino Unido, a advogada-geral J. Kokott estava apenas a analisar a questão da competência, que era o objecto desse processo, e não as do reconhecimento e da execução.

164. Outro argumento, avançado pela mãe e pelos Governos húngaro e britânico, baseia-se nos n.os 50 a 52 do acórdão *A* [70], nos quais o Tribunal de Justiça sustentou, no essencial, que, uma vez que as medidas a que o artigo 20.º se reporta são as «previstas na sua legislação [desse Estado-Membro]», incumbe ao legislador nacional defini-las e, uma vez que são adoptadas com base na legislação nacional, o seu carácter vinculativo deve decorrer da legislação nacional em causa. Por conseguinte, essas partes entendem que as medidas provisórias decretadas apenas com base no artigo 20.º não adquirem força vinculativa a partir do regulamento, em si mesmo, e uma vez que decorre do direito nacional, essa força deverá permanecer confinada ao território onde a referida lei é aplicável.

165. Parece-me, no entanto, que qualquer decisão prevista no regulamento, seja ela provisória ou outra, tenha sido tomada com base na competência quanto ao mérito ou simplesmente com base no artigo 20.º, adquire força vinculativa, em primeira linha, da lei nacional do tribunal que a adopta, e só depois do regulamento [71]. Efectivamente, nos termos do artigo 28.º, n.º 1, é condição expressa da declaração de executoriedade noutro Estado-Membro que a decisão em matéria de exercício da responsabilidade parental tenha força executória no Estado-Membro de origem. Assim sendo, não há razão para tratar as questões relacionadas com a execução de medidas provisórias tomadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º de modo diferente de quaisquer outras medidas, apenas com base na fonte da sua força vinculativa [72].

166. Outro argumento avançado pelo Reino Unido nas suas observações escritas foi que o reconhecimento e a execução das «medidas do artigo 20.º» fora do território do Estado de origem pode comprometer o regime global do regulamento e a regra geral de que a competência deve pertencer ao Estado-Membro da residência habitual da criança. O artigo 20.º garante que não haja lacunas de competência, mas implica um risco de atraso no processo, até que o tribunal com competência quanto ao mérito possa actuar. Esse risco poderia aumentar caso as medidas previstas no artigo 20.º devam ser executadas noutros Estados-Membros. Por exemplo, um progenitor poderá requerer uma decisão provisória de atribuição da guarda a um tribunal incompetente quanto ao mérito nos termos do regulamento, nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º Se o outro progenitor tentar instaurar um processo no tribunal competente

70 — Citado na nota 37.

71 — Além disso, e porque o regulamento não contém disposições de direito substantivo em nenhuma das áreas com que está relacionado, sempre se dará o caso, mesmo quando a competência se baseia claramente nas disposições dos artigos 8.º a 15.º, de que qualquer medida decretada se encontra, na prática, «prevista na legislação nacional».

72 — Saliento de novo (v. nota 69, relativa às conclusões da advogada-geral Kokott) que, no acórdão proferido em *A*, o Tribunal de Justiça não abordou nenhuma questão de execução noutro Estado-Membro, tendo sido simplesmente questionado sobre se as disposições de direito nacional relativas a uma medida provisória tomada nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º tinham carácter vinculativo – e respondeu que se tratava de uma questão a resolver pela legislação nacional.

quanto ao mérito no Estado-Membro da residência habitual da criança, esse tribunal não se poderá declarar competente até que o tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar se declare incompetente. Na prática, isto poderia levar algum tempo – durante o qual o primeiro progenitor teria logrado obter uma decisão que seria reconhecida e executada em toda a Europa.

167. Esta abordagem parece partir do pressuposto de que, quando o requerimento seja apresentado a um tribunal de um Estado-Membro apenas com fundamento no facto de estarem reunidas as circunstâncias do artigo 20.º, esse tribunal será o «tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar» para efeitos das regras da litispendência previstas no artigo 19.º, pelo que o «tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar» não poderá actuar enquanto o primeiro não se declarar incompetente [73].

168. Na audiência, porém, o Reino Unido assumiu uma posição diferente, tendo considerado que o artigo 20.º «esculpia», dentro das regras sobre competência previstas no resto do regulamento, uma área específica a que essas regras não se aplicam e em que prevalecem as regras nacionais sobre competência. O Governo alemão acrescentou que, num plano puramente formal, o artigo 20.º se segue ao artigo 19.º, aplicável apenas às regras sobre competência que o precedem, e o artigo 20.º perderia muito do seu efeito útil se as regras sobre litispendência lhe fossem aplicáveis. A Comissão entendeu que as regras sobre litispendência são efectivamente aplicáveis, mas que o critério do «mesmo pedido e da mesma causa de pedir» do artigo 19.º deveria ser rigorosamente aplicado, o que leva, do seu ponto de vista, a que, na prática, o pedido e a causa de pedir nunca sejam exactamente os mesmos na acção principal e no processo previsto no artigo 20.º, n.º 1.

169. Entendo que um tribunal que actua apenas com base no artigo 20.º não usufrui de qualquer competência conferida pelo regulamento. Só não está «impedido» de tomar medidas urgentes, quando estas sejam necessárias e desde que estejam previstas na legislação nacional, relativas às pessoas ou aos bens abrangidos pela sua competência territorial, medidas essas que apenas serão aplicáveis enquanto o tribunal competente quanto ao mérito não tiver tomado as medidas que considere adequadas. O simples facto de actuar apenas com base no artigo 20.º significa que a sua competência *não pode* ser estabelecida para os efeitos do artigo 19.º, de modo que o processo nele instaurado não despoleta as regras da litispendência. Resulta de forma clara da estrutura do artigo 20.º, em particular do seu n.º 2, que esta disposição não impede que se demande o tribunal competente quanto ao mérito nos termos

73 — Um pressuposto que pode ser partilhado pelo Amtsgericht e pelo Oberlandesgericht Stuttgart (v. n.os 69 e 70 *supra*).

do regulamento, cujas decisões imediatamente substituirão as tomadas com base no artigo 20.º A perspectiva da Comissão, por seu turno, ainda que possivelmente conduza ao mesmo resultado na prática, parece desnecessariamente complexa e ambígua.

170. Por conseguinte, não vejo que exista um perigo de se comprometer o regime global do regulamento ou a regra geral de que a competência cabe aos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança, se medidas provisórias tomadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º forem reconhecidas ou executadas noutros Estados-Membros além daquele de onde emanaram. Tal como entendo esse regime global, uma vez demandado, o tribunal competente quanto ao mérito mantém, todo o tempo, a competência para tomar as medidas que considere adequadas. A competência de qualquer outro tribunal para tomar medidas provisórias ao abrigo do artigo 20.º ficará subordinada à competência de mérito. Se existe um risco de atraso, ele não resulta das regras sobre litispendência ou da executoriedade das medidas adoptadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, mas tão-só de uma eventual falta de diligência na instauração do processo no tribunal competente quanto ao mérito. Por outro lado, a eficácia das medidas decretadas nessas circunstâncias – as quais são, por definição, urgentemente necessárias – seria potencialmente fácil de evitar, durante este período, se a sua força executória desaparecesse assim que a criança transpusesse uma fronteira nacional.

171. Assim sendo, de todos os argumentos até agora analisados, nenhum me convenceu de que as medidas provisórias decretadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º devam ser diferentemente tratadas, no que se refere ao reconhecimento e à execução noutros Estados-Membros, das medidas, provisórias ou outras, tomadas por um tribunal com competência quanto ao mérito nos termos do regulamento. Em contrapartida, outro argumento, formulado pela mãe e pelos Governos alemão e húngaro, é bem mais convincente.

172. A letra do artigo 20.º, n.º 1, do presente regulamento é idêntico ao do artigo 12.º do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e (excepto a referência à «convenção» em vez de ao «regulamento») à do artigo 12.º da Convenção de Bruxelas II. A exposição de motivos da proposta da Comissão de 1999 que levou à adopção do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 [74] e o Relatório Borrás sobre a Convenção de Bruxelas II [75] declaram (em termos idênticos) em relação a estas disposições: «A disposição prevista neste artigo limita-se a estabelecer efeitos territoriais no Estado em que as medidas são adoptadas.» Por seu turno, a exposição de motivos da proposta da Comissão de 2002 para o presente

74 — COM(1999) 220 final.
75 — Citado na nota 8.

regulamento [76] estabelece, em relação ao artigo 20.º: «Este artigo corresponde de perto ao artigo 12.º do Regulamento do Conselho (CE) n.º 1347/2000», ainda que não faça referência expressa aos seus efeitos territoriais.

173. O contexto é, portanto, indicativo de que existe uma intenção deliberada dos autores destes três instrumentos de excluir as medidas provisórias tomadas apenas com base na urgência e na presença, por um tribunal não competente quanto ao mérito, do âmbito de aplicação das disposições em matéria de reconhecimento e de execução noutros Estados-Membros. Deve presumir-se que o Conselho estava consciente desta intenção ao adoptar o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e que o aprovou sem fazer alterações ao artigo 12.º Penso que também se poderá presumir que teria sido necessária alguma alteração explícita caso se pretendesse modificar essa abordagem no contexto do presente regulamento.

174. Importa ter em conta que alguns dos precursores mais antigos do regulamento podem militar a favor do reconhecimento e da execução. O Relatório Schlosser sobre as adesões de 1978 à Convenção de Bruxelas [77], por exemplo, declarava, relativamente à disposição equivalente da convenção, que a enorme variedade de medidas provisórias previstas na legislação da Irlanda e do Reino Unido geraria algumas dificuldades «quando medidas provisórias decretadas nestes Estados tivessem que produzir efeitos através dos procedimentos de execução dos Estados-Membros originários da Comunidade» – deixando, assim, claro que a execução noutros Estados-Membros estava contemplada. O Relatório Lagarde sobre a Convenção da Haia de 1996 [78] mostra que as medidas de protecção tomadas com base em urgência, ao abrigo do artigo 11.º dessa convenção, devem ser reconhecidas em todos os Estados Contratantes, enquanto as medidas provisórias não urgentes tomadas nos termos do artigo 12.º, têm apenas efeitos territoriais.

175. Ainda assim, não obstante tais indicações, por muito persuasivas que sejam, e não obstante as vantagens que possa encontrar [79] na possibilidade de reconhecer e de executar, nos termos do regulamento, noutros Estados-Membros, medidas decretadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1, enquanto o tribunal competente em razão do mérito não tomar as medidas adequadas, resulta claro do historial legislativo directo da disposição que tais medidas estão vocacionadas para produzir os seus efeitos principais apenas dentro dos limites territoriais do Estado-Membro onde foram decretadas. Por conseguinte, as disposições constantes dos artigos 21.º e seguintes do regulamento, que prevêem reconhecimento e a execução quase

76 — COM(2002) 222 final.
77 — Citado na nota 10, n.º 183.
78 — Citado na nota 16, n.os 72 e 75.
79 — V. n.º 170 *supra*, *in fine*.

imediatos nos outros Estados-Membros, não se lhes aplicam.

176. Saliento, contudo, que a conclusão a que cheguei não significa que o regulamento *precluda* qualquer reconhecimento ou execução noutros Estados-Membros, das medidas decretadas nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1. Antes significa que o reconhecimento e a execução de tais medidas não são regulados por este regulamento. E, para matérias não reguladas pelo regulamento, as convenções pré-existentes mantêm-se em vigor nas relações entre Estados-Membros [80]. Uma convenção relevante pode ser a Convenção Europeia de 1980 [81], que não distingue as medidas provisórias das medidas de outro tipo, mas cujo artigo 14.º estabelece que cada um dos Estados contratantes «aplicará ao reconhecimento e à execução das decisões relativas à guarda um processo simples e rápido». No caso presente, a convenção bilateral de 1983 [82] pode também ser relevante.

177. Consequentemente, se uma medida provisória tomada nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1 – e, logo, com base na competência e nas soluções previstas na legislação nacional – não pode beneficiar dos processos de reconhecimento e de execução quase automáticos previstos no regulamento, pode, ainda assim, beneficiar de outros procedimentos, mesmo que possivelmente mais complexos, decorrentes do direito nacional, em particular das convenções multilaterais e bilaterais das quais os Estados-Membros em causa sejam partes.

178. Tendo chegado a esta conclusão, não me parece necessário abordar a questão [objecção iv) no n.º 113 *supra*] de saber se o tribunal do Estado-Membro de execução pode apreciar a competência assumida ao abrigo do artigo 20.º O facto de M não se encontrar em Espanha quando a medida impugnada foi tomada e de uma das condições do artigo 20, n.º 1 não estar, por isso, preenchida, não é relevante para os tribunais alemães, se, em qualquer dos casos, as regras sobre reconhecimento e execução previstas no regulamento não se aplicarem quando a competência é declarada com esse fundamento. O mesmo tipo de considerações é válido, nesse caso, relativamente à alegação de que a medida impugnada tinha caducado à data em que foi pedida a sua execução.

179. De qualquer forma, se o reconhecimento e a execução de uma medida tomada nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º, n.º 1, não são matérias reguladas pelo regulamento, então a proibição de fiscalização da competência constante do artigo 24.º não se

80 — V. artigos 59.º a 62.º do regulamento.
81 — V. n.ºs 40 e 46 *supra*.
82 — V. n.º 48 *supra*

aplicará quando se peça esse reconhecimento ou essa execução.

Observações finais

180. Entendi ser necessário, na análise das questões suscitadas neste pedido de decisão prejudicial, adoptar uma abordagem abrangente e considerar matérias que podem acabar por se mostrar não totalmente relevantes para a resolução das questões em causa.

181. Tal deve-se em grande medida à aparente discrepância entre o fundamento (seja ele qual for) com base no qual o tribunal espanhol se declarou competente e a presunção de qual seria esse fundamento no processo perante o órgão jurisdicional de reenvio.

182. Esta discrepância – associada, há que ser dito, ao facto de o pai não ter apresentado quaisquer alegações – terá dificultado não só a tarefa do Tribunal de Justiça no seu esforço para fornecer uma resposta útil à questão básica levantada, mas também as tentativas dos Estados-Membros e da Comissão de ajudarem o Tribunal de Justiça a este respeito. De um modo geral, terá provavelmente contribuído para prolongar um processo que, pelo contrário, deveria ter sido o mais célere possível, tendo em conta o melhor interesse das crianças envolvidas.

183. A discrepância surgiu, segundo parece, em parte, como resultado da falta de clareza da medida impugnada quanto ao fundamento com base no qual o tribunal se declarou competente para a tomar e, em parte, possivelmente, dos entraves processuais impostos pelo recurso interposto pela mãe para o Bundesgerichtshof.

184. Sejam quais forem as suas causas, contudo, a existência e os efeitos da discrepância levam-me a salientar, de novo, os deveres que impendem sobre os tribunais nacionais, corolário do sistema de confiança mútua subjacente ao regulamento, que tem como principal objectivo garantir a rápida resolução de conflitos relativos à responsabilidade parental pelo tribunal mais bem colocado para tomar uma decisão no melhor interesse da criança – e, neste caso, no melhor interesse dos gémeos, muito jovens.

185. Este objectivo não foi atingido no caso vertente.

Conclusão

186. À luz de todas as considerações precedentes, sou de opinião que o Tribunal deveria responder à questão levantada pelo Bundesgerichtshof do seguinte modo:

«— As medidas provisórias adoptadas por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro com base na competência que para ele decorre das regras relativas à competência quanto ao mérito previstas no 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, deverão ser reconhecidas e executadas nos outros Estados-Membros nos mesmos moldes que qualquer outra decisão adoptada na mesma base, nos termos dos artigos 21.º e seguintes do regulamento.

— As medidas provisórias adoptadas por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro com base na legislação nacional nas circunstâncias estabelecidas no artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 não têm que ser reconhecidas ou executadas nos outros Estados-Membros de acordo com os artigos 21.º e seguintes do regulamento. No entanto, este regulamento não preclude o seu reconhecimento ou a sua execução de acordo com os procedimentos previstos no direito nacional, em particular os que são exigidos por convenções multilaterais ou bilaterais de que os países em causa sejam parte.

— Um órgão jurisdicional chamado a decidir um pedido de reconhecimento ou de não reconhecimento de uma medida provisória, ou um pedido de declaração de executoriedade, tem o poder de determinar o fundamento da competência em que se baseou o órgão jurisdicional de origem, mediante os termos ou o teor da decisão deste último ou, se necessário, comunicando com esse órgão jurisdicional, directamente ou através das autoridades centrais competentes. Se, e apenas se, nenhum destes meios produzir um resultado claro e satisfatório, se deverá presumir que a competência foi declarada nas circunstâncias estabelecidas no

artigo 20.º, n.º 1. No caso de decisões provisórias em matéria de responsabilidade parental, poderão ser usados os mesmos meios de comunicação para verificar se a decisão tem (ainda) força executória no Estado-Membro de origem, caso a exactidão da certidão emitida nos termos do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 seja contestada; e, caso essa comunicação não for bem sucedida, poderão ser usados outros meios de prova, desde que apresentados dentro dos prazos».