Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 20 de setembro de 2018 [1]

Processo C-393/18 PPU

UD
contra
XB

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família, Reino Unido]]

«Reenvio prejudicial — Cooperação judiciária em matéria civil — Competência em matéria de responsabilidade parental — Regulamento (CE) n.º 2201/2003 — Artigo 8.º, n.º 1 — Conceito de "residência habitual do menor" — Nascimento e residência continuada de uma criança em idade lactente num Estado terceiro contra a vontade da mãe — Ausência física de uma criança em idade lactente de um Estado-Membro — Situação resultante da coação exercida pelo pai e de uma violação potencial dos direitos fundamentais da mãe e da criança em idade lactente — Inexistência de uma regra segundo a qual uma criança não pode ter a sua residência habitual num Estado-Membro onde nunca esteve fisicamente presente»

I. Introdução

1. Com o seu pedido de decisão prejudicial, a High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família, Reino Unido] questiona o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental [2] («Regulamento Bruxelas II-A»)

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a mãe, de nacionalidade bangladechiana, ao pai, de nacionalidade britânica, de uma criança com cerca de um ano de idade no momento da instauração do processo em tribunal. A criança foi concebida, nasceu e tem residido de modo continuado no Bangladeche. Segundo alega a mãe, tem estado retida pelo pai, contra vontade dela, nesse Estado terceiro, aonde se deslocou, depois de permanecer cerca de seis meses no Reino Unido com o pai, apenas com a intenção de efetuar uma visita temporária. Devido à coação exercida pelo pai, tinha sido forçada a dar à luz no Bangladeche e aí permanecer com a criança. A mãe pede ao órgão jurisdicional de reenvio que ordene, por um lado, a colocação da criança sob a proteção desse órgão e, por outro, o seu regresso juntamente com a criança a Inglaterra e País de Gales para poder participar no processo judicial.

1 Língua original: francês.

2 Regulamento do Conselho, de 27 de novembro de 2003, que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (JO 2003, L 338, p. 1).

3. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A, o órgão jurisdicional de reenvio só é competente para decidir sobre esse pedido se a criança tiver a sua residência habitual no Reino Unido à data em que o processo é instaurado nesse órgão jurisdicional. O referido órgão jurisdicional pretende saber se a circunstância de o filho nunca ter estado fisicamente presente nesse Estado-Membro impede, necessariamente, que resida habitualmente nesse país. Interroga igualmente o Tribunal de Justiça sobre a incidência que reveste, neste contexto, o facto de esta ausência do território do Reino Unido resultar da coação exercida pelo pai sobre a mãe em violação potencial dos direitos fundamentais da mãe e da criança.

4. No termo da minha análise, concluirei que o facto de uma criança nunca ter estado num Estado-Membro não impede, necessariamente, que aí tenha a sua residência habitual. Referirei igualmente os elementos, entre os quais figura a razão da ausência da mãe e do filho do território desse Estado-Membro, a ter em conta para determinar a residência habitual da criança numa situação como a que está em causa no processo principal.

II. Quadro jurídico

5. O considerando 12 do Regulamento Bruxelas II-A tem a seguinte redação:

«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 […]»

6. O artigo 8.º deste regulamento, intitulado «Competência geral», dispõe, no seu n.º 1, que «[o]s 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».

III. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

7. Em 2013, a demandante no processo principal (UD), de nacionalidade bangladechiana, contraiu com o demandado no processo principal (XB), de nacionalidade britânica, matrimónio combinado pelas respetivas famílias, no Bangladeche. A demandante e o demandado no processo principal são, respetivamente, mãe e pai de uma menina concebida no Bangladeche em maio de 2016.

8. Em junho ou julho de 2016, a mãe deslocou-se para o Reino Unido para aí viver com o pai. Foi concedido à mãe um visto de cônjuge emitido pelo United Kingdom Home Office (Ministério do Interior do Reino Unido), válido de 1 de julho de 2016 a 1 de abril de 2019.

9. UD acusa XB e a família deste último de a terem submetido a atos de violência doméstica, tanto de natureza física como psicológica. Também alega ter sofrido duas violações perpetradas por XB. Este último contesta estas acusações.

10. Em 24 de dezembro de 2016, quando UD se encontrava num estado de gravidez avançada, viajou com XB para o Bangladeche, onde a criança nasceu em 2 de fevereiro de 2017. UD e a criança ficaram nesse país desde então. No início do mês de janeiro de 2018, XB voltou a Inglaterra e ao País de Gales.

11. As partes no processo principal avançam duas versões divergentes das circunstâncias que envolveram a sua viagem ao Bangladeche e os acontecimentos ocorridos posteriormente.

12. UD sustenta que está retida com a criança, ilegalmente, contra a sua vontade, por XB, no Bangladeche. Foi obrigada a dar à luz e a manter-se ali, em violação dos seus direitos fundamentais e dos da criança a título dos artigos 3.º e 5.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»). Segundo as alegações de UD, XB deixou-a na aldeia da família paterna desta última, tendo-lhe dito que viria buscá-la uma semana mais tarde. No entanto, nunca regressou e confiscou-lhe o seu passaporte, bem como outros documentos, para que esta não possa sair do Bangladeche. UD afirma que nunca teria viajado para o Bangladeche se soubesse as verdadeiras intenções de XB. Alega que, na aldeia em questão, não dispõe de gás, eletricidade ou água potável nem de qualquer rendimento. A comunidade desta aldeia estigmatiza-a pelo facto de estar separada de XB.

13. XB contesta todas as alegações. Segundo ele, foi a pedido de UD que se deslocaram para o Bangladeche, dado que aquela era infeliz no Reino Unido. Foi igualmente em conformidade com os desejos de UD que XB tinha regressado sozinho a este Estado-Membro.

14. Em 20 de março de 2018, UD instaurou uma ação na High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família, Reino Unido]. Pede a esse órgão jurisdicional que ordene, em primeiro lugar, que a criança seja colocada sob proteção do referido órgão jurisdicional e, em segundo lugar, que a mãe e o filho regressem a Inglaterra e País de Gales a fim de poder participar no processo de recurso.

15. No decurso de uma audiência que se realizou no mesmo dia, UD sustentou que o órgão jurisdicional de reenvio é competente para decidir da ação. Alega, a título principal, que a criança residia habitualmente em Inglaterra e no País de Gales à data da instauração do processo no órgão jurisdicional de reenvio. A título subsidiário, UD alega que esse tribunal dispõe, nos termos do direito nacional, da competência *parens patriae* (isto é, competência com base na nacionalidade ou na cidadania britânica) em relação à criança e deve exercer essa competência no caso em apreço.

16. No decurso de uma audiência que se realizou em 16 de abril de 2018, XB contestou a competência da High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família]. Segundo XB, a criança residia habitualmente no Bangladeche à data da instauração da ação no processo principal. Além disso, esse órgão jurisdicional não dispõe da competência *parens patriae* em relação à criança dado que esta última não é cidadã britânica. Em todo o caso, mesmo que o referido órgão jurisdicional estivesse investido de tal competência, deveria abster-se de a exercer no caso em apreço.

17. Na sua decisão de reenvio, o mesmo tribunal observa que não procedeu à verificação dos factos, dado que considera necessário pronunciar-se, a título preliminar, sobre a sua competência. O órgão jurisdicional de reenvio considera que se deve determinar se, no momento em que a ação foi instaurada perante ele, a criança residia habitualmente no Reino Unido na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A, antes de qualquer análise de outro critério de competência.

18. A este respeito, o reenvio prejudicial pareceu-lhe necessário para esclarecer se a residência habitual de uma criança pode ser estabelecida num Estado-Membro em que nunca esteve fisicamente. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em especial, se pode ser esse o caso quando a mãe alega que a criança nasceu e reside num Estado terceiro onde os progenitores, que são titulares da responsabilidade parental, não têm intenção comum de residir e onde o pai retém ilegalmente a mãe e a criança sob coação. Esse órgão jurisdicional salienta que, caso fosse provado, o comportamento de XB seria provavelmente constitutivo de uma violação dos direitos fundamentais da mãe e da criança a título dos artigos 3.º e 5.º da CEDH.

19. Nestas condições, a High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família, Reino Unido], decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) É a presença física de uma criança num Estado um requisito necessário da residência habitual, na aceção do artigo 8.º do [Regulamento Bruxelas II-A]?

2) Num caso em que ambos os progenitores são titulares da responsabilidade parental, o facto de a mãe ter sido enganada com o intuito de a fazer deslocar-se para outro Estado e de ter sido ali ilegalmente retida pelo pai, sob coação ou através de outro ato ilícito nesse Estado, obrigando-a a dar à luz uma criança nesse Estado, tem influência na resposta à [primeira] questão […] em circunstâncias nas quais pode ter havido uma violação dos direitos humanos da mãe e/ou da criança à luz dos artigos 3.º e 5.º da [CEDH], ou de outro modo?»

20. O órgão jurisdicional de reenvio pediu que o reenvio prejudicial seja submetido à tramitação urgente prevista no artigo 107.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. A Primeira Secção do Tribunal de Justiça decidiu, em 5 de julho de 2018, sob proposta do juiz-relator e ouvido o advogado-geral, deferir esse pedido.

21. UD, XB, o Governo do Reino Unido e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Estes, bem como o Governo checo, estiveram representados na audiência de alegações realizada em 7 de setembro de 2018.

IV. Análise

A. Quanto à admissibilidade

22. O Governo do Reino Unido invoca a inadmissibilidade das questões prejudiciais com o fundamento de que o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A apenas regula os conflitos de competência entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros. Nos termos do artigo 61.º, alínea c), CE, atual artigo 67.º TFUE, que constitui uma das bases jurídicas deste regulamento, o âmbito geográfico de aplicação deste último é circunscrito às situações que pressupõem elementos de conexão com dois ou mais Estados-Membros. O artigo 8.º, n.º 1, do mesmo regulamento não é aplicável no contexto de um litígio que apresenta elementos de conexão com um Estado-Membro e um Estado terceiro.

23. A este respeito, a redação desta disposição estabelece que os tribunais de um Estado-Membro são competentes relativamente «a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal», sem limitar esta competência aos litígios que apresentam elementos de conexão com outro Estado-Membro.

24. O artigo 61.º, alínea a), do Regulamento Bruxelas II-A corrobora esta leitura. Nos termos desta disposição, nas relações com a Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção da Criança, assinada em Haia, em 19 de outubro de 1996 (a seguir «Convenção de Haia de 1996»)[3], sendo esse regulamento aplicável quando a criança tenha a sua residência habitual num

3 A Convenção de Haia de 1996 substituiu a Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, celebrada em Haia em 5 de outubro de 1961 (a seguir «Convenção de Haia de 1961»). Embora a União Europeia não seja parte na Convenção de Haia de 1996, todos os Estados-Membros são signatários.

Estado-Membro. O Regulamento Bruxelas II-A prevalece sobre esta convenção sempre que este critério está preenchido, sem que seja necessário que o litígio implique um potencial conflito de jurisdição entre Estados-Membros ou entre um Estado-Membro e um Estado terceiro signatário da referida convenção.

25. Por outro lado, o artigo 12.º, n.º 4, deste regulamento, que prevê, em determinadas circunstâncias, a extensão da competência dos tribunais de um Estado-Membro que se tenha pronunciado sobre o pedido de divórcio dos progenitores, mesmo que a criança não tenha aí a sua residência habitual, visa a situação de uma criança que resida habitualmente num Estado terceiro que não seja signatário da Convenção de Haia de 1996. Esta disposição aplica-se, portanto, especificamente a litígios que apresentem elementos de conexão com um Estado-Membro e um Estado terceiro [4].

26. Uma interpretação teleológica do artigo 8.º, n.º 1, do referido regulamento leva-me também a considerar que a competência internacional dos tribunais de um Estado-Membro é estabelecida, desde que o filho tenha aí a sua residência habitual, mesmo na falta de elementos de conexão com outro Estado-Membro.

27. A este respeito, o Tribunal de Justiça precisou no Acórdão Owusu [5], que a Convenção de 27 de setembro de 1968 Relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial [6] (a seguir «Convenção de Bruxelas»), instrumento antecessor do Regulamento (CE) n.º 44/2001, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [7] (a seguir «Regulamento Bruxelas I»), tem por objetivo facilitar o funcionamento do mercado comum através da adoção de regras de competência para os litígios a que respeita e a supressão, na medida do possível, de dificuldades relativas ao reconhecimento e à execução de sentenças. O Tribunal de Justiça considerou que a unificação das regras de competência relativas aos litígios que têm um elemento de conexão com um Estado terceiro participa da realização deste objetivo, na medida em que permite eliminar os obstáculos que podem decorrer das disparidades entre as legislações nacionais nessa matéria. Daí deduziu que a aplicação da regra prevista no artigo 2.º da Convenção de Bruxelas, que atribui competência geral aos tribunais do Estado-Membro do domicílio do demandado, não está subordinada à existência de uma relação jurídica que envolva vários Estados contratantes dessa convenção [8].

28. Em meu entender, o raciocínio seguido nesse acórdão vale igualmente no contexto do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A. Com efeito, em conformidade com o artigo 67.º, n.º 4, TFUE, a União favorece o reconhecimento mútuo das sentenças proferidas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros em todas as matérias civis [9]. Ora, a harmonização das regras de competência internacional visa, mediante o reforço da segurança jurídica, facilitar a criação de uma confiança mútua que permita o ulterior estabelecimento de um sistema de reconhecimento oficioso das

4 Em contrapartida, certas disposições do Regulamento Bruxelas II-A relativos à competência implicam necessariamente, conforme indica o seu enunciado, um potencial conflito de competência entre os tribunais de dois ou mais Estados-Membros (v. artigos 9.º, 10.º, 15.º, 19.º e 20.º). Por outro lado, as disposições deste regulamento relativas ao reconhecimento e à execução apenas são aplicáveis às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros [v. Despacho de 12 de maio de 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, n.ºs 19 a 22), e Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, n.º 27)]. É também dado assente que a aplicação do artigo 11.º do referido regulamento, relativo ao regresso da criança, pressupõe que a deslocação ou retenção da criança tenha tido lugar num Estado-Membro que não o da sua residência habitual. Em suma, é pertinente questionar-se não sobre o âmbito geográfico de aplicação do Regulamento Bruxelas II-A na sua globalidade, mas sobre a aplicabilidade de cada uma das suas disposições.

5 Acórdão de 1 de março de 2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, n.º 33).

6 JO 1972, L 299, p. 32.

7 Regulamento do Conselho, de 22 de dezembro de 2000 (JO 2001, L 12, p. 1).

8 Acórdão de 1 de março de 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, n.ºs 34 e 35). V., igualmente, Parecer 1/03 (Nova Convenção de Lugano), de 7 de fevereiro de 2006 (EU:C:2006:81, n.ºs 146 a 148).

9 O artigo 81.º, n.º 2, TFUE prevê a adoção de medidas de harmonização em matéria de cooperação judiciária civil «*nomeadamente* quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno» (o sublinhado é meu).

sentenças [10]. Nesta perspetiva, a aproximação das regras de competência para decidir os litígios que têm um elemento de conexão com um Estado terceiro permite eliminar os obstáculos ao reconhecimento e à execução das decisões judiciais proferidas nos Estados-Membros em todas as matérias civis, incluindo as matérias familiares.

29. Esta conclusão reflete, de resto, a forma como tanto os órgãos jurisdicionais nacionais [11] como a doutrina [12] concebem o âmbito de aplicação do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A.

30. Por conseguinte, a exceção de inadmissibilidade das questões prejudiciais, suscitada pelo Governo do Reino Unido deve ser julgada improcedente.

31. Por uma questão de exaustividade, acrescento que a admissibilidade destas questões também não pode ser posta em causa com o fundamento de que dizem respeito a um cenário que reflete certos factos não apurados pelo órgão jurisdicional de reenvio, mas apenas alegados pela mãe [13].

B. Quanto ao mérito

1. Considerações preliminares

32. Elemento-chave do Regulamento Bruxelas II-A e das convenções internacionais em que se inspira, o conceito de «residência habitual da criança» tem uma dupla função no contexto destes instrumentos.

33. Em primeiro lugar, o critério da residência habitual da criança no momento do início da instância constitui, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, deste regulamento, o fundamento da competência geral dos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro para decidir sobre as questões relativas à responsabilidade parental [14]. Esta disposição tem o mesmo teor que o artigo 5.º, n.º 1, da Convenção de Haia de 1996.

34. Em segundo lugar, o conceito de «residência habitual» da criança está no cerne do mecanismo de regresso previsto na Convenção sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional de Crianças, celebrada em Haia, em 25 de outubro de 1980 (a seguir «Convenção de Haia de 1980» e, juntamente com a Convenção de Haia de 1996, «Convenções de Haia») [15]. Esse mecanismo, tal como completado pelas

10 V. n.º 13 do Relatório explicativo de A. Borrás (JO 1998, C 221, p. 27), elaborado no âmbito do processo de adoção da Convenção Estabelecida com Base no Artigo K.3 [TUE], Relativa à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial, assinada em Bruxelas em 28 de maio de 1998 (JO 1998, C 221, p. 1, a seguir «Convenção Bruxelas II»).

11 V., nomeadamente, Cour de Cassation (Tribunal de Cassação, França), 1.ª Secção cível, 13 de maio de 2015, n.º 15-10.872; Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, n.º 29, e High Court of Ireland (Tribunal Superior, Irlanda) O'K v A, 1 de julho de 2008, [2008] IEHC 243, n.º 5.8.

12 V., nomeadamente, Gallant, E. «Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale», *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, n.os 24 e segs., e Magnus, U., e Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law*: *Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, p. 21.

13 O Tribunal de Justiça já declarou que um órgão jurisdicional nacional pode apresentar um pedido de interpretação «mesmo com base em alegações de uma parte no processo principal cuja procedência o referido órgão jurisdicional ainda não declarou, se considerar, à luz das especificidades do processo, que uma decisão prejudicial é necessária para poder proferir a sua decisão e que as questões prejudiciais que submete ao Tribunal de Justiça são pertinentes […]» [Acórdão de 9 de dezembro de 2003, Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, n.º 27)]. No caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a resposta do Tribunal de Justiça às suas questões é necessária para se pronunciar sobre a sua competência, entendendo-se que o nível de prova dos factos pertinentes que deve ser satisfeito para o efeito é diferente do nível aplicável ao apuramento dos factos quanto ao mérito. A este respeito, o Tribunal de Justiça salientou no Acórdão de 28 de janeiro de 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, n.os 59 a 63), que o alcance das obrigações de fiscalização que incumbem aos órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito da verificação da sua competência nos termos do Regulamento Bruxelas I é da competência do direito processual interno, sob reserva da preservação do efeito útil deste regulamento. Segundo o Tribunal de Justiça, o juiz nacional deve poder pronunciar-se facilmente sobre a sua competência, sem ser obrigado a um exame do processo quanto ao mérito, procedendo a uma prova abrangente dos elementos de facto relativos quer à competência quer ao mérito. Essa lógica também se impõe, em minha opinião, às regras de competência previstas pelo Regulamento Bruxelas II-A.

14 É pacífico que o litígio no processo principal diz respeito a questões relativas à responsabilidade parental, tal como definida no artigo 2.º, n.º 7, do Regulamento Bruxelas II-A.

15 A Convenção de Haia de 1980 obteve a assinatura de todos os Estados-Membros. Contudo, a União não aderiu. Além disso, a República Popular do Bangladeche não é signatária nem desta convenção nem da Convenção de Haia de 1996.

disposições do Regulamento Bruxelas II-A, nomeadamente pelo seu artigo 11.º, continua a aplicar-se entre os Estados-Membros nas matérias regidas por esse regulamento [16]. Em substância, a deslocação ou a retenção de uma criança é ilícita quando tenha tido lugar uma violação de um direito de guarda atribuído pela lei do Estado da residência habitual da criança imediatamente antes desse evento [17]. Quando a deslocação ou a retenção são ilícitas, o regresso da criança a esse Estado-Membro deve, em princípio, ser ordenado de imediato [18].

35. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de «residência habitual» assume o mesmo significado nestes dois contextos [19]. Esta abordagem explica-se, em particular, tendo em conta o facto de que tanto o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A como o mecanismo de regresso visam assegurar que os litígios relativos à responsabilidade parental sejam resolvidos pelos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança, considerados os mais aptos a proteger os interesses desta última [20].

36. Mais precisamente, resulta do considerando 12 daquele regulamento que a regra de competência geral estabelecida no artigo 8.º, n.º 1, do mesmo regulamento reflete o critério da proximidade, através do qual o legislador pretendeu traduzir o objetivo de proteção do superior interesse da criança. O legislador considerou que os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança são, devido à sua proximidade com o seu ambiente social e familiar, os mais bem colocados para apreciar a sua situação no âmbito da ação principal [21], se for caso disso, após o regresso da criança a esse Estado-Membro ter sido efetuado em conformidade com as disposições da Convenção de Haia de 1980 complementadas pelo Regulamento Bruxelas II-A. Esta regra de competência, bem como o mecanismo de regresso, procedem de uma certa conceção do superior interesse da criança encarado de forma geral [22]. A concretização mais específica desse interesse tem lugar, posteriormente, na fase da instância sobre o mérito das questões relativas à responsabilidade parental [23].

37. Nem as Convenções de Haia nem o Regulamento Bruxelas II-A definem o conceito de «residência habitual da criança». Nestas condições, o Tribunal de Justiça, assim como os órgãos jurisdicionais dos Estados signatários destas convenções, foi levado a traçar os contornos de um teste destinado a determinar a residência habitual da criança em cada caso concreto. Um exercício deste tipo implica a prossecução de um equilíbrio entre vários imperativos.

16 V. artigo 62.º, n.º 2, e considerando 17 do Regulamento Bruxelas II-A. Nos termos do artigo 60.º, alínea e), deste regulamento, as disposições do referido regulamento prevalecem sobre as disposições da Convenção de Haia de 1980. V. Acórdão de 5 de outubro de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, n.º 36).

17 V. artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980 e artigo 2.º, n.º 11, do Regulamento Bruxelas II-A.

18 V. artigo 12.º da Convenção de Haia de 1980 e artigo 11.º do Regulamento Bruxelas II-A.

19 Acórdãos de 9 de outubro de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, n.º 54), e de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 41).

20 V. Relatório explicativo de E. Pérez-Vera, Atos e documentos da 14.ª sessão (1980), tomo III (a seguir «Relatório Pérez-Vera»), n.ºs 16, 19 e 66. Em especial, o n.º 16 deste documento revela que a incapacidade de determinar convencionalmente critérios de competência em matéria de guarda levou à escolha da via do mecanismo de regresso, que, «embora indireta, vai permitir, na maioria dos casos, que a decisão final sobre a guarda seja tomada pelas autoridades da residência habitual da criança antes da sua deslocação».

21 V., neste sentido, Acórdão de 9 de novembro de 2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, n.º 84).

22 V. n.ºs 24 e 25 do Relatório Pérez-Vera, bem como Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 59 e jurisprudência aí referida).

23 V., neste sentido, Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 66).

38. Por um lado, este teste deve ser suficientemente flexível para que os juízes possam adaptar as suas decisões em função das circunstâncias próprias de cada caso, a fim de melhor refletir o critério da proximidade. A este respeito, os trabalhos preparatórios das Convenções de Haia revelam que os seus autores se abstiveram deliberadamente de definir o conceito de «residência habitual da criança». Consideraram que este conceito decorre de apreciações de facto e não deve ser enquadrado por normas jurídicas rigorosas como as que presidem à identificação do domicílio [24].

39. O teste adotado deve, por outro lado, garantir um certo grau de previsibilidade e de segurança jurídica, enquadrando o poder de apreciação dos juízes em balizas suficientes. Este imperativo corresponde também ao objetivo de uniformidade na aplicação do Regulamento Bruxelas II-A e das Convenções de Haia: quanto mais precisos e claros forem os indicadores, mais os resultados serão previsíveis e, consequentemente, uniformes nos diferentes órgãos jurisdicionais envolvidos.

40. Creio útil sublinhar aqui a importância de uma aplicação coerente e uniforme do critério da residência habitual da criança, tanto na União como no conjunto dos Estados signatários das Convenções de Haia. O desafio consiste em evitar conflitos de competência entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros e de outros Estados signatários da Convenção de Haia de 1996, bem como permitir uma aplicação harmoniosa do mecanismo de regresso instituído pela Convenção de Haia de 1980 [25]. Nesta ótica, afigura-se oportuno tomar em consideração, na minha análise, determinadas decisões proferidas por órgãos jurisdicionais de Estados terceiros signatários dessas convenções [26].

2. Quanto à necessidade da presença física do menor num Estado-Membro para aí estabelecer a sua residência habitual (primeira questão)

a) Observações preliminares

41. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se, para se considerar que uma criança reside habitualmente num Estado-Membro, na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A, é indispensável que tenha estado ali fisicamente presente, ainda que no passado e por um período limitado.

42. Como resulta da decisão de reenvio, esta questão tem por pano de fundo um debate judicial que animou a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), no âmbito de um litígio cuja configuração factual apresentava algumas semelhanças com o caso em apreço. No processo A v A (Children: Habitual Residence) [27], esse órgão jurisdicional foi chamado a pronunciar-se sobre a residência habitual de uma criança nascida no Paquistão e que nunca tinha pisado o solo do

24 Desde a adoção da Convenção de Haia de 1961, o critério da residência habitual da criança foi preferido em detrimento quer do critério da nacionalidade, que tradicionalmente baseava a competência em matéria de estatuto pessoal, mas que foi julgado obsoleto, quer do critério do domicílio, que constituía um conceito jurídico definido de forma diferenciada em função dos ordenamentos jurídicos nacionais. A residência habitual era considerada como um «conceito de facto», correspondente ao «centro efetivo da vida do menor» [relatório explicativo de W. de Steiger, Atos e documentos da 9.ª sessão (1960), tomo IV, p. 9, 13 e 14]. Os trabalhos preparatórios à adoção da Convenção de Haia de 1980 reiteram que a residência habitual constitui, contrariamente ao conceito de «domicílio», uma «noção de puro facto» (Relatório Pérez-Vera, n.º 66). Aquando dos trabalhos preparatórios da Convenção de Haia de 1996, uma proposta destinada a introduzir uma definição deste conceito foi rejeitada porquanto comportaria o risco de perturbar a interpretação de numerosas outras convenções que utilizam o mesmo conceito [Relatório explicativo de P. Lagarde, Atas e documentos da 18.ª sessão (1996), tomo II, n.º 40]. Estes relatórios estão igualmente disponíveis no sítio Internet https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 V., a este respeito, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo A (C-523/07, EU:C:2009:39, n.os 26 e 30).

26 Sigo assim, nomeadamente, os órgãos jurisdicionais britânicos e canadianos, cuja jurisprudência contém numerosas referências às decisões dos órgãos jurisdicionais de outros Estados signatários da Convenção de Haia de 1980, bem como do nosso Tribunal de Justiça. V., nomeadamente, Cour suprême du Canada (Tribunal Supremo do Canadá) Balev, 2018 SCC 16, n.os 40 a 57, bem como Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, n.os 46 e segs.)

27 [2013] UKSC 60.

Reino Unido. A mãe, após ter residido vários anos no Reino Unido, onde já tinha dado à luz três filhos, deslocara-se ao Paquistão, antes da conceção de um quarto filho, com a intenção de aí efetuar uma visita temporária. Posteriormente, foi ali retida com os seus três primeiros filhos pelo pai, que lhes confiscou os passaportes, e obrigada a dar à luz o quarto filho.

43. A maioria liderada por Lady Hale inclinou-se, invocando a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual a residência habitual da criança é um conceito de facto [28], a considerar a presença física da criança no Reino Unido como um pré-requisito para ter aí a sua residência habitual. Reconhecendo, contudo, que esta questão não poderia ser resolvida sem que o Tribunal de Justiça lhe trouxesse um esclarecimento a título prejudicial, a maioria dos juízes deixou-a em aberto, baseando a competência dos órgãos jurisdicionais britânicos numa outra regra de competência: a competência *parens patriae* [29]. Expressando uma opinião divergente, Lord Hughes entendeu, em nome também da abordagem factual adotada pelo Tribunal de Justiça, que a criança residia habitualmente no Reino Unido, uma vez que os membros da célula familiar estavam ali suficientemente estabelecidos para se poder considerar que tinham ali a sua residência habitual, e só estava ausente devido à coação exercida pelo pai [30].

44. A problemática suscitada na primeira questão prejudicial foi também levada aos órgãos jurisdicionais franceses. A Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França) teve de apreciar uma situação em que uma mãe, que residia nos Estados Unidos da América com o marido e o primeiro filho de ambos, se tinha deslocado, grávida, a França juntamente com essa criança para uma visita familiar temporária. Posteriormente, tinha permanecido no território francês, onde deu à luz o segundo filho, e decidido unilateralmente que as crianças não regressariam aos Estados Unidos da América. Nestas circunstâncias, a Cour de cassation (Tribunal de Cassação) declarou que os dois filhos residiam habitualmente nos Estados Unidos da América, embora o recém-nascido nunca aí tivesse estado [31].

45. O próprio Tribunal de Justiça, apesar de ter sublinhado em várias ocasiões que a presença física da criança num determinado Estado *não é suficiente* para fundamentar a sua residência habitual, não logrou ainda, em minha opinião, resolver a questão de saber se essa presença constitui uma condição *necessária* para este efeito [32]. Voltarei, num primeiro momento, a essa jurisprudência e ao teste jurídico que dela emana [secção b)]. Serão desenvolvidas, num segundo momento, as razões pelas quais considero, à luz dos princípios resultantes da jurisprudência existente, bem como dos objetivos e do contexto do Regulamento Bruxelas II-A, que a presença física da criança num dado Estado-Membro não constitui um requisito prévio para a fixação da sua residência habitual nesse Estado [secção c)].

b) Sobre o teste consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça

46. Ao longo dos seus acórdãos, o Tribunal de Justiça desenvolveu e aperfeiçoou um teste para determinar a residência habitual da criança com base numa abordagem essencialmente factual e casuística. Deste modo, procurou concretizar o critério de proximidade escolhido pelo legislador em nome do superior interesse da criança.

28 V. n.os 47 e segs. das presentes conclusões.

29 [2013] UKSC 60, n.os 55 a 58.

30 V., em especial, [2013] UKSC 60, n.os 82 a 93. Acresce que o órgão jurisdicional de reenvio considerou em circunstâncias específicas, comparáveis à do processo A v A (Children: Habitual Residence), que uma criança residia habitualmente no Reino Unido embora nunca aí tivesse «colocado os pés». V. High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família, Reino Unido], B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation (Tribunal de Cassação), 1.ª Secção cível, de 26 de outubro de 2011, n.º 10-19905 (Bulletin 2011, I, n.º 178).

32 V. n.os 47 e 54 a 63 das presentes conclusões.

47. Segundo jurisprudência constante, a residência habitual da criança corresponde ao lugar que traduz «uma determinada integração [da criança] num ambiente social e familiar» [33] ou, segundo a formulação utilizada no recente Acórdão HR, ao «lugar onde, na prática, se situa o centro da sua vida» [34]. A aplicação deste teste jurídico pelos tribunais nacionais implica uma apreciação factual destinada a identificar esse lugar à luz das circunstâncias próprias de cada caso concreto. A este respeito, «[a]lém da presença física do menor num Estado-Membro, devem também ser tidos em consideração outros fatores suscetíveis de demonstrar que essa presença de forma alguma tem um caráter temporário ou ocasional e que a residência do menor revela uma determinada integração num ambiente social e familiar» [35] - ou, para retomar os termos do Acórdão Mercredi, «deve ter uma certa estabilidade ou regularidade» [36].

48. Entre estes fatores figuram, nomeadamente, a duração, a regularidade, as condições e as razões da residência no ou nos Estados-Membros em causa, a nacionalidade da criança [37], o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais da criança no ou nos Estados-Membros [38]. A intenção parental quanto ao local de residência da criança, desde que seja expressa por medidas tangíveis (tais como a aquisição ou o arrendamento de um imóvel), constitui um indício adicional [39]. O peso relativo destes elementos depende das circunstâncias que caracterizam cada caso concreto [40].

49. Chamado a aplicar este teste para efeitos da determinação da residência habitual de uma criança em idade lactente [41], o Tribunal de Justiça reconheceu, pela primeira vez no acórdão Mercredi [42], que a avaliação da integração da criança num ambiente social e familiar não se pode abstrair das circunstâncias relativas à residência das pessoas de que depende. O Tribunal de Justiça salientou que o ambiente de uma criança de tenra idade é essencialmente familiar e definido pela ou pelas pessoas de referência com as quais vive, que a guardam efetivamente e que dela cuidam [43] — regra geral, os seus progenitores [44]. Consequentemente, quando essa criança vive diariamente com os progenitores, a determinação da sua residência habitual implica a do local onde eles estão presentes de forma estável e integrados num ambiente social e familiar [45].

33 V., designadamente, Acórdãos de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.º 38); de 22 de dezembro de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.º 47); e de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 42).

34 Acórdão de 28 de junho de 2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 42). V., igualmente, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo A (C-523/07, EU:C:2009:39, n.º 38). Este teste corresponde ao do «centro efetivo da vida do menor» estabelecidos desde os trabalhos preparatórios da Convenção da Haia de 1961 (v. nota 24 das presentes conclusões).

35 Acórdãos de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.º 38); e de 9 de outubro de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, n.º 51). V., igualmente, Acórdãos de 22 de dezembro de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.º 49); de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 43); e de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 41).

36 Acórdão de 22 de dezembro de 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.º 44).

37 O enunciado deste critério confronta-se com a objeção segundo a qual a nacionalidade da criança constitui um elemento de conexão autónomo, de natureza jurídica, que os autores das Convenções de Haia (que inspiram o Regulamento Bruxelas II-A) pretenderam, precisamente, afastar em benefício do critério factual da residência habitual da criança. V. Lamont, R. - comentário ao Acórdão de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), Common Market Law Review 47, 2010, p. 241. Nesta ótica, a nacionalidade da criança só entra em linha de conta na medida em que constitua um indício que reflita a realidade social do ambiente da criança. V., neste sentido, Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.ºs 57 a 60).

38 V., neste sentido, Acórdãos de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.º 39), e de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 43).

39 V. Acórdãos de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.º 40); de 22 de dezembro de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.º 50); de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 46); e de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 46).

40 V., neste sentido, Acórdãos de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 48), e de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 49).

41 Segundo o dicionário Larousse, a noção de «lactente» designa a criança desde o final do período neonatal até aos dois anos de idade, ao passo que o de «recém-nascido» refere-se exclusivamente às crianças até 28 dias. Por uma questão de conveniência, utilizarei o termo «lactente» para abranger estas duas categorias de crianças muito pequenas. A menina em causa no processo principal era uma lactente à data em que o órgão jurisdicional de reenvio foi chamado a decidir.

42 Acórdão de 22 de dezembro de 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.ºs 52 a 54). V., igualmente, Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 45).

44 Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 44).

45 V. Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 45).

50. Esse lugar deve ser identificado à luz de uma lista, não exaustiva, de indícios da mesma natureza daqueles que comprovam a integração da criança num ambiente como este. Estes indícios incluem a duração, a regularidade, as condições e as razões da residência dos progenitores no ou nos Estados-Membros em causa, os seus conhecimentos linguísticos, as suas origens geográficas e familiares, bem como as relações familiares e sociais que aí mantêm [46]. A intenção parental de se estabelecer com a criança num determinado lugar é tomada em conta na medida em que reflete a realidade da integração dos progenitores (e, portanto, da criança) num ambiente social e familiar [47]. Nesta perspetiva, essa intenção parental constitui um fator que, embora seja importante, não é necessariamente decisivo [48]. O peso atribuído aos aspetos relativos à integração dos progenitores é função do grau de dependência do filho, o qual varia consoante a idade, em relação aos primeiros.

51. A lógica desta abordagem transparece mais claramente quando está em causa a residência habitual de um recém-nascido. Se apenas se tivessem em conta os elementos objetivos relativos à integração gerada durante a permanência da criança num determinado local, os recém-nascidos, que por definição não tiveram tempo de se integrar em nenhum local, não teriam residência habitual. Daqui resulta que qualquer recém-nascido não estaria protegido pelo mecanismo de regresso previsto pela Convenção de Haia de 1980 e pelo Regulamento Bruxelas II-A.

52. Resulta do exposto que o Tribunal de Justiça consagrou uma abordagem dita «híbrida», segundo a qual a residência habitual do menor é determinada com base, por um lado, em fatores objetivos que caracterizam a residência da criança num determinado lugar, e, por outro, em circunstâncias relativas à residência dos seus progenitores, bem como as suas intenções quanto ao local de residência da criança. Embora o conceito de «residência habitual» seja centrado na criança, na medida em que designa o lugar onde esta tem, na prática, o centro da sua vida, esse lugar depende, numa medida que varia em função da idade da criança, daquele onde se situa o centro efetivo da vida dos seus progenitores e onde estes têm a intenção de a educar.

53. Como sublinhou o órgão jurisdicional supremo do Canadá [49], com base em várias decisões proferidas em Estados signatários da Convenção de Haia de 1980, a abordagem híbrida, preferível à abordagem centrada apenas na «aclimatação» da criança [50] e àquela que atribui um peso preponderante à intenção parental [51], corresponde agora a uma tendência que se extrai da jurisprudência relativa a esta convenção a nível internacional.

46 Acórdãos de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 45), e de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 45). V., igualmente, Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.os 55 e 56).

47 V., neste sentido, Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, n.º 23: «it is clear that parental intent does play a part in establishing or changing the habitual residence of a child: not parental intent in relation to habitual residence as a legal concept, but parental intent in relation to the reasons for a child's leaving one country and going to stay in another».

48 V. Acórdãos de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.os 47 e 50); e de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 64).

49 V. Cour suprême du Canada (Supremo Tribunal do Canadá), 20 de abril de 2018, Balev, 2018 SCC 16, n.os 50 a 57.

50 V. United States Court of Appeals, 6th Circuit (Tribunal de Recurso do 6.º circuito, Estados Unidos da América), Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) e Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (2007), bem como Cour d'appel de Montréal (Tribunal de Recurso de Montreal, Canadá), 8 de setembro de 2000, n.º 500-09-010031-003.

51 V., nomeadamente, United States Court of Appeals, 9th Circuit (Tribunal de Recurso do 9.º circuito, Estados Unidos da América), Mozes v Mozes, 239 F 3d 1067 (2001), bem como United States Court of Appeals, 11th Circuit (Tribunal de Recurso do 11.º circuito, Estados Unidos da América), Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

c) Quanto aos ensinamentos que podem ser retirados da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente ao caráter indispensável ou não da presença física

1) Quanto à afirmação de que o Tribunal de Justiça já decidiu a questão

54. Nenhuma das partes interessadas contesta que, na prática, a apreciação global das circunstâncias de cada caso concreto conduz geralmente à conclusão de que o centro efetivo de vida da criança — e, portanto, a sua residência habitual — se situa num lugar onde já tenha estado fisicamente presente. No entanto, UD, o Governo do Reino Unido e o Governo checo consideram, contrariamente a XB e à Comissão, que, em certas circunstâncias excecionais, esta apreciação global pode justificar que a criança resida habitualmente num Estado onde nunca esteve.

55. A este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça acima exposta acolhe, como alegaram XB e a Comissão, algumas passagens que militam, à primeira vista, a favor da conclusão de que a determinação da residência habitual de uma criança num Estado-Membro pressupõe que tenha estado aí fisicamente presente. A leitura de certas passagens dentro do respetivo contexto exige, porém, alguma prudência antes de retirar delas esta conclusão.

56. Em primeiro lugar, o emprego iterativo dos termos «além da presença física […]» [52], que precede a expressão de outros fatores pertinentes, poderia levar a pensar que este parâmetro é um ingrediente necessário para consolidar a residência habitual da criança. No entanto, dada a configuração factual dos processos que lhe foram submetidos, o Tribunal de Justiça nunca analisou especificamente a questão do caráter indispensável ou não da presença física. Como sustentaram UD e o Governo do Reino Unido, o único ensinamento que pode ser retirado da utilização daqueles termos consiste no facto de que a presença física *não é suficiente* para fundamentar a residência habitual da criança. Daí não se pode extrapolar que este elemento é *necessário* para este efeito.

57. Seguidamente, também não é concludente a passagem do Acórdão W e V [53] segundo a qual «a determinação da residência habitual de um menor num dado Estado-Membro exige, pelo menos, que ele tenha estado fisicamente presente nesse Estado-Membro». Esta expressão deve, com efeito, ser entendida à luz do contexto factual do processo que deu origem a esse acórdão. Um dos progenitores alegava que a criança residia habitualmente na Lituânia, quando a nacionalidade da criança constituía o único elemento de conexão com esse Estado-Membro. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça salientou que a nacionalidade de um Estado-Membro não pode, por si só, compensar a inexistência de outros elementos de conexão com esse Estado-Membro, visto que a criança nem sequer tinha ali «posto os pés» [54]. O Tribunal de Justiça não foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, quando existem, essas relações podem, em certos casos, compensar a ausência física do Estado-Membro em causa.

58. Por último, o Acórdão OL [55] também não sustenta a tese avançada por XB e pela Comissão. O processo que deu lugar a esse acórdão envolvia uma criança de mãe grega e pai italiano que residiam em Itália antes do seu nascimento. Segundo o pai, tinham combinado que a criança nasceria na Grécia e que, posteriormente, regressaria juntamente com a mãe a Itália para aí se estabelecerem — desígnio que a mãe se recusou a executar. O pai alegou perante um tribunal grego que a mãe estava a reter ilicitamente a criança num Estado-Membro (Grécia) diferente daquele onde tinha a sua residência habitual imediatamente antes da retenção desta última (Itália), na aceção do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A. Esse órgão jurisdicional tinha, por conseguinte, de examinar se a criança residia habitualmente em Itália no momento relevante, embora nunca aí tivesse estado.

52 V. n.º 47 das presentes conclusões.

53 Acórdão de 15 de fevereiro de 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, n.º 61).

54 V., a este respeito, nota 37 das presentes conclusões.

55 Acórdão de 8 de junho de 2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

59. Neste contexto, o referido órgão jurisdicional tinha perguntado ao Tribunal de Justiça se a presença física do menor num Estado-Membro constituía, em qualquer caso, um pré-requisito para aí estabelecer a sua residência habitual. Se o Tribunal de Justiça tivesse considerado que a jurisprudência anterior tinha já dado uma resposta afirmativa a essa questão, poderia ter-se limitado a indicá-lo ao órgão jurisdicional nacional - o que lhe teria permitido resolver facilmente o litígio nele pendente. De resto, o advogado-geral N. Wahl tinha proposto ao Tribunal de Justiça, com base, nomeadamente, no Acórdão W e V [56], seguir esta via [57].

60. No entanto, o Tribunal de Justiça reformulou a questão prejudicial de forma a evitar decidi-la de forma geral e abstrata, auxiliando simultaneamente, de forma útil, o órgão jurisdicional em causa na resolução do litígio nele pendente [58]. O Tribunal de Justiça visou especificamente a situação, como a que estava em causa nesse litígio, em que uma criança nasceu e residiu ininterruptamente com a sua mãe durante vários meses, segundo a vontade comum dos seus progenitores, fora do Estado-Membro onde estes residiam habitualmente antes do seu nascimento. O Tribunal de Justiça apreciou se, nessa situação, a intenção inicial dos progenitores quanto ao regresso da mãe acompanhada da criança a esse Estado-Membro é um fator preponderante para considerar que aí tem a sua residência habitual, independentemente do facto de nunca aí ter estado fisicamente presente.

61. Em resposta à questão assim reformulada, o Tribunal de Justiça limitou-se, por um lado, a recusar consagrar uma regra geral segundo a qual a intenção comum dos titulares da responsabilidade parental quanto ao regresso da criança a um Estado-Membro é preponderante e se sobrepõe automaticamente à presença física da criança noutro Estado-Membro. Também não existe uma regra absoluta segundo a qual a residência habitual da criança segue necessariamente a dos progenitores e não pode ser alterada unilateralmente por um dos progenitores, titulares da responsabilidade parental, contra a vontade do outro [59].

62. Por outro lado, o Tribunal de Justiça apreciou se as circunstâncias que lhe tinham sido comunicadas pelo órgão jurisdicional nacional permitiam considerar que a criança residia habitualmente no Estado-Membro onde os progenitores tinham inicialmente a intenção de viver com ela (Itália) — exercício que o Tribunal de Justiça poderia ter considerado supérfluo se lhe tivesse parecido evidente que a ausência física da criança de Itália era suficiente para excluir que residisse ali habitualmente. No termo dessa apreciação, o Tribunal de Justiça concluiu que a criança não podia residir nesse Estado-Membro uma vez que residia há vários meses e tinha nascido na Grécia, em conformidade com a vontade comum dos seus progenitores [60]. O Tribunal de Justiça não excluiu de modo algum que, noutras circunstâncias, nomeadamente quando o local de nascimento não reflete a vontade comum dos progenitores, um órgão jurisdicional nacional seja levado a concluir, à luz de todos os fatores pertinentes, que o centro efetivo de vida da criança está situado num Estado-Membro onde nunca residiu.

56 Acórdão de 15 de fevereiro de 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Conclusões no processo OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, n.os 57 e 61). Nos n.os 81 a 83, o advogado-geral N. Wahl, matiza, no entanto, a sua posição, por considerar que, em circunstâncias excecionais, não se pode excluir o afastamento do critério da presença física, desde que exista um elo de ligação tangível com um Estado-Membro onde a criança nunca esteve. Tal elo de ligação deve basear-se, no superior interesse da criança, em «indícios fortes e reais» que possam prevalecer sobre a presença física.

58 Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 35).

59 Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.os 50 e segs.)

60 Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.os 49 e 50).

2) Quanto à escolha da abordagem que melhor se concilia com a jurisprudência e com os objetivos do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A

63. Assim, dado que o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre a questão do caráter indispensável ou não da presença física num Estado-Membro para efeitos de aí estabelecer a residência habitual da criança, é necessário examinar se a abordagem factual, adotada na jurisprudência à luz do critério da proximidade enunciado pelo legislador, se concilia melhor com uma ou outra das soluções propostas pelas partes interessadas.

64. Segundo UD, o Governo do Reino Unido e o Governo checo, o caráter factual do conceito de «residência habitual da criança» não se adequa à imposição de uma regra segundo a qual a presença física num Estado-Membro constitui uma condição *sine qua non* para aí estabelecer a residência habitual da criança, independentemente da análise das outras circunstâncias pertinentes. Estes últimos sublinham, em particular, a importância dos fatores relacionados com a integração do progenitor que tem a guarda efetiva de um filho de tenra idade. XB e a Comissão consideram, pelo contrário, que, uma vez que a criança não pode, por definição, ser integrada num local onde nunca esteve, a fixação da sua residência habitual nesse lugar resultaria de uma ficção incompatível com a natureza factual do conceito em causa.

65. A primeira dessas posições é, a meu ver, mais compatível com a abordagem factual feita pelo Tribunal de Justiça. Erigir a falta de presença física como critério dirimente conduziria à criação de um sub-teste jurídico na medida em que se uma condição prévia relativa à presença física da criança não fosse preenchida nenhum dos outros fatores pertinentes poderia ser examinado. Tal regra geral e abstrata implicaria a perda da flexibilidade que permite concretizar o critério da proximidade no superior interesse da criança. Com efeito, como resulta da jurisprudência acima exposta, este critério refere-se, mais do que à mera proximidade geográfica entre a criança e um determinado local, à proximidade entre a criança e um ambiente social e familiar estabelecido num determinado local.

66. Uma abordagem flexível é necessária, em particular, para tratar as situações específicas dos lactentes que nasçam e residam num país diferente daquele onde os progenitores tenham, devido aos seus laços familiares e sociais, o centro efetivo de vida. Recordo, a este respeito, que o Tribunal de Justiça reconheceu que, uma vez que, por definição, os lactentes não puderam desenvolver ligações efetivas num local qualquer, de forma independente dos seus progenitores, o centro efetivo de vida dos lactentes depende, na prática, do dos seus progenitores [61]. Na minha opinião, ignorar a realidade social e familiar conduziria a resultados mais artificiais que o reconhecimento do facto de que, nestas situações excecionais, um lactente pode ter a sua residência habitual num local onde nunca esteve fisicamente presente.

67. A determinação da residência habitual da criança implica, portanto, a tomada em consideração não apenas dos parâmetros objetivos que rodeiam a residência do lactente no país onde se encontra, mas também de indícios relativos à integração do ou dos progenitores de que depende num ambiente social e familiar num outro país. Neste contexto, as circunstâncias na origem da presença do lactente e do ou dos progenitores de que depende no primeiro país — e, correlativamente, da sua ausência do segundo país — aquando do seu nascimento e durante a sua breve existência, revestem-se de especial importância.

61 V. n.os 49 a 50 das presentes conclusões.

68. Na minha opinião, quando circunstâncias alheias à vontade do ou dos progenitores de que depende, como um caso fortuito ou de força maior, conduzam ao nascimento e à residência do lactente fora do Estado onde a célula familiar de que faz parte, fundada por esse ou esses progenitores, e que inclui, eventualmente, outros membros, está estabelecida de forma estável e regular, o lactente tem a sua residência habitual nesse Estado. O centro de vida do lactente situa-se, de facto, onde é suposto ser integrado nessa célula familiar e onde já se deveria encontrar se tais circunstâncias externas não se verificassem.

69. Um exemplo inspirado nos casos expostos pelo Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) no processo A v A (Children: Habitual Residence)[62], assim como nas observações do Governo do Reino Unido e do Governo checo, ilustra o meu propósito. Imaginemos que um casal estabelecido de forma estável na Alemanha viaja de férias para França, onde a mãe é obrigada a dar à luz prematuramente. Deveria considerar-se que, imediatamente após o seu nascimento, a criança tem residência habitual onde residem os seus progenitores (e, eventualmente, os seus irmãos e irmãs mais velhos), onde é suposto permanecer e onde talvez um berço já o aguarda (isto é, na Alemanha), ou, antes de chegar à Alemanha, a criança não tem uma residência habitual[63]?

70. Não há qualquer dúvida, na minha opinião, de que a conclusão de que a criança tem a sua residência habitual na Alemanha imediatamente após o nascimento reflete mais fielmente a realidade da integração da criança num ambiente social e familiar[64].

71. Estas considerações são válidas, naturalmente, sem prejuízo da possibilidade de a residência habitual da criança se deslocar em função do decurso do tempo e da alteração das circunstâncias objetivas. Assim, embora o filho nascido prematuramente fora do Estado onde se encontra estabelecida a célula familiar a que pertence tenha a sua residência habitual nesse Estado, esta conclusão só é válida enquanto a duração da permanência do menor no Estado de nascimento e os laços culturais e sociais dele decorrentes não deslocarem o cursor a favor da conclusão de que a criança adquiriu ali, de facto, o centro da sua vida. À medida que o tempo passa, a realidade dos laços da criança com o Estado onde era suposto estar integrada num ambiente social e familiar desaparece, a ponto de se tornar fictícia.

72. Além disso, a interpretação que preconizo não põe em causa o facto de que, *na maioria dos casos*, a residência habitual da criança corresponde ao local onde esteve fisicamente presente. Implica unicamente que a determinação da residência habitual da criança deve refletir a realidade da sua integração num ambiente social e familiar, sem ser restringida por regras jurídicas rígidas. Nas situações específicas dos lactentes, a apreciação de todas as circunstâncias próprias de cada caso concreto pode levar a considerar que a criança tem, de facto, o centro da sua vida num país onde nunca esteve.

62 [2013] UKSC 60, n.º 42.

63 Uma terceira abordagem, segundo a qual a criança reside habitualmente em França pelo simples facto de aí se encontrar desde o seu nascimento, parece excluída uma vez que essa presença acidental não pode apresentar o caráter de estabilidade e de regularidade exigidos para determinar a residência habitual da criança.

64 Contrariamente ao que sugeriu o advogado-geral N. Wahl nas suas Conclusões no processo OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, n.º 85), a abordagem que proponho de modo nenhum equivale a admitir que a criança possa já beneficiar de uma residência habitual antes do seu nascimento nem, portanto, que um nascituro seja abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II-A. Esta abordagem limita-se a refletir a realidade social segundo a qual um lactente não poderia ser integrado num ambiente familiar e social autónomo e desligado das pessoas que dele tomam conta no quotidiano.

73. Alguns juízes da Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) apresentaram reflexões muito esclarecedoras a este respeito. Salientaram diversas vezes que, embora a ponderação dos fatores que permitem determinar a residência habitual da criança não possa ser fixada por regras de direito, pode, todavia, ser enquadrada de forma útil por certas «generalizações de facto». Por outras palavras, certas afirmações revelam-se normalmente, embora não sempre, conformes à situação factual em que se encontra a criança [65].

74. O mesmo se pode dizer sobre a afirmação segundo a qual a residência habitual do lactente deriva da residência habitual do ou dos progenitores de que depende [66], tal como, precisamente, sobre a afirmação de que a residência habitual da criança pressupõe uma certa presença física no país em causa [67]. O facto de estas duas afirmações poderem entrar em conflito (como ilustra o exemplo acima referido) salienta a impossibilidade de as qualificar como normas jurídicas absolutas.

75. Esta conclusão não é, na minha opinião, posta em causa por considerações relativas às exigências de previsibilidade, de segurança jurídica e de uniformidade das soluções no seio da União.

76. Desde logo, o método indiciário adotado na jurisprudência constante desde o Acórdão A [68], comporta necessariamente, como corolário do poder de apreciação de que investe os juízes nacionais, um certo risco de heterogeneidade das soluções adotadas pelos diferentes tribunais em casos comparáveis [69]. Este «preço a pagar» é geralmente aceite em nome da flexibilidade necessária para a concretização, no superior interesse da criança, do critério da proximidade com o seu ambiente social e familiar. Não compreendo o motivo pelo qual os casos específicos dos lactentes que nascem e vivem num país diferente daquele onde se encontra, de facto, o centro da vida dos progenitores — único cenário em que é concebível na prática que uma criança resida habitualmente num Estado-Membro onde nunca esteve — deveriam, contrariamente a todos os outros casos, ser tratados de forma inflexível.

77. Em seguida, a argumentação da Comissão segundo a qual uma abordagem flexível não é necessária neste tipo de situações, desde que o filho se encontre num Estado-Membro, não me convence. A Comissão salienta que, na inexistência de residência habitual, o artigo 13.º do Regulamento Bruxelas II-A prevê um critério de competência subsidiária baseada na presença da criança. Observo, contudo, que esta regra de competência, que apenas integra uma dimensão geográfica do critério da proximidade, não apresenta nenhum atributo de estabilidade — daí o seu caráter subsidiário [70]. Assim, a aplicação do artigo 13.º do referido regulamento está confinada aos casos excecionais nos quais se revele impossível determinar a residência habitual da criança [71]. Além disso, como salientou o Governo

65 V. A v A (Chidren: Habitual Residence) [2013] UKSC 60, n.os 44 (decisão maioritária) e 73 a 75, bem como n.os 83 e 84 (vencido). V., também, Re L (A) (Child Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, n.º 21.

66 V. Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 50) e Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, n.º 21: «the proposition […] that a young child in the sole lawful custody of his mother will necessarily have the same habitual residence as she does, is to be regarded as a helpful generalisation of fact, but not usually invariably which will be true, rather than a proposition of law». V., também, Supreme Court of the United States (Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América), Delvoye v. Lee, 2003 U.S. LEXIS 7737: «There is general agreement on a theoretical level that because of the factual basis of the concept there is no place for habitual residence of dependence. However, in practice it is often not possible to make a distinction between the habitual residence of a child and that of its custodian».

67 V., a este respeito, a opinião discordante de Lord Hugues no processo A v A (Children: Habitual Residente), [2013] UKSC 60, n.º 92.

68 Acórdão de 2 de abril de 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 O artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas II-A permite evitar conflitos de jurisdição. Esta disposição prevê que «[q]uando são instauradas em tribunais de Estados-Membros diferentes ações 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».

70 V., neste sentido, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo A (C-523/07, EU:C:2009:39, n.os 20 e 21).

71 Acórdão de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.º 43). O artigo 13.º do Regulamento Bruxelas II-A visa, em especial, os casos excecionais de algumas mudanças em que, durante um período transitório, a criança perdeu a sua residência habitual no Estado de partida, sem ter ainda adquirido uma residência habitual no Estado de acolhimento. V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo A (C-523/07, EU:C:2009:39, n.º 45) e «*Guia prático para a aplicação do Regulamento Bruxelas II-A*» da Comissão (disponível no endereço Internet https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-fr, p. 29).

do Reino Unido, a problemática assume uma importância prática ainda mais fundamental no âmbito do mecanismo de regresso. Com efeito, na eventualidade de, no exemplo acima citado, um dos progenitores se recusar a regressar à Alemanha com o recém-nascido, esse mecanismo só pode ser desencadeado se se considerar que este reside ali habitualmente.

78. Por último, duvido que uma regra segundo a qual a residência da criança implica necessariamente um elemento de presença física conduza, em todo o caso, a benefícios reais em termos de segurança jurídica. Com efeito, os progenitores, residentes na Alemanha, da criança nascida em França por motivo de força maior poderiam legitimamente esperar que os tribunais alemães decidissem sobre qualquer litígio relativo à responsabilidade parental. Do seu ponto de vista, uma regra que obrigue esses tribunais a declararem-se incompetentes pelo simples facto de o menor ainda não se encontrar na Alemanha devido a um acontecimento imprevisível e involuntário é fonte de insegurança jurídica [72].

79. Tendo em conta as considerações anteriores, não se pode atribuir automaticamente um peso decisivo ao critério da presença física, sem ter em conta as particularidades de cada caso. A presença física de uma criança num Estado-Membro não constitui assim um pré-requisito para considerar que reside aí habitualmente na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A.

3. Quanto ao impacto da coação na determinação da residência habitual da criança (segunda questão)

a) Observações preliminares

80. Nos termos da sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre a influência que exerce na determinação da residência habitual de uma criança num Estado-Membro onde nunca esteve fisicamente presente o facto de, segundo alega a mãe, esta última ter sido drogada pelo pai a fim de a levar para um país terceiro onde, posteriormente, foi retida ilegalmente por este último e obrigada a dar à luz. O órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que esta situação é suscetível de implicar a violação dos direitos fundamentais da mãe e da criança a título dos artigos 3.º e 5.º da CEDH, cujo conteúdo é reproduzido pelos artigos 4.º e 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

81. Esta questão convida o Tribunal de Justiça a precisar a importância que reveste a circunstância de a presença da mãe e da criança no Bangladeche, no momento do início da instância — e, simetricamente, a sua ausência do território do Reino Unido — resultar exclusivamente da coação exercida pelo pai. Resulta da decisão de reenvio que UD alega, em substância, que a sua intenção inicial, que pensava ser partilhada por XB (cotitular da responsabilidade parental com UD) aquando da sua partida para o Bangladeche, era dar à luz e residir com a filha no Reino Unido [73]. O comportamento coercivo de XB tinha, no entanto, impedido que essa intenção se concretizasse.

82. Tal configuração factual não parece, infelizmente, circunscrever-se a um caso excecional e isolado. Como salientou o Governo do Reino Unido, ela corresponde a um fenómeno já observado e, de resto, debatido perante os órgãos jurisdicionais do Reino Unido noutros processos [74].

72 Além disso, em situações deste tipo, uma regra dessa natureza privaria o juiz da possibilidade de retirar uma conclusão simples sobre a residência habitual da criança à luz de todas as outras circunstâncias pertinentes.

73 É verdade que se pode duvidar do facto de a mãe não esperar dar à luz no Bangladeche, na medida em que viajou para esse país com mais de 7 meses de gravidez. No entanto, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio afirma que deve determinar a sua competência quanto à alegação da mãe de que foi coagida pelo pai a dar à luz no Bangladeche, basearei a minha análise nesse pressuposto.

74 V. Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), A v A (Children), [2013] UKSC 60, bem como a High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção de Família, Reino Unido], B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

83. Tentarei, num primeiro momento, avaliar em que medida a dimensão da coação acima referida deve ser tida em conta em aplicação dos princípios decorrentes da jurisprudência existente [secção b)]. Num segundo momento, será analisada a questão de saber se o superior interesse da criança e os direitos fundamentais enunciados na Carta impõem a aplicação de outros princípios numa situação como a que está em causa no processo principal [secção c)].

b) Quanto à aplicação dos princípios decorrentes da jurisprudência existente

84. Em conformidade com a abordagem factual consagrada pelo Tribunal de Justiça, a circunstância de a mãe ter dado à luz o filho num país terceiro e aí ter permanecido com ele devido a coação exercida pelo pai constitui, na minha opinião, um elemento pertinente para avaliar os laços da criança com o país terceiro onde reside efetivamente e com o Estado-Membro no qual deveria ter nascido e vivido se não fosse essa coação [75].

85. Por um lado, esta circunstância faz parte das «condições e razões da residência» da mãe e da criança nesse país terceiro na aceção da jurisprudência [76]. No caso em apreço, poderia representar um indício de que a criança não reside habitualmente no Bangladeche ainda que disponha, por força das circunstâncias, de todas as suas referências nesse país, onde vive desde o seu nascimento e ao qual o ligam as suas origens geográficas e culturais.

86. O ambiente dessa criança é, atendendo à sua tenra idade, essencialmente determinado pela ou pelas pessoas de que depende - a saber, provavelmente, e com base nos factos expostos na decisão de reenvio, a mãe (uma vez que o pai voltou ao Reino Unido). Segundo as alegações de UD, o comportamento coercivo de XB impede-a de decidir onde viver com o seu bebé e obriga-a a permanecer numa aldeia onde é estigmatizada pela comunidade local e privada de serviços essenciais e de rendimentos. Ora, duvido que uma estada involuntária e precária da mãe e da criança num Estado terceiro tenha um caráter de estabilidade e de regularidade suficiente para se poder considerar que a criança tem ali a sua residência habitual. Poder-se-á, com efeito, verdadeiramente falar-se de integração num ambiente social e familiar se as ligações do lactente com esse Estado terceiro só puderam estabelecer-se devido a uma situação resultante da coação exercida pelo pai [77]?

87. Estas considerações continuam a ser pertinentes, embora UD seja originária do Bangladeche e permaneça na aldeia da sua família. Com efeito, as origens geográficas e familiares do progenitor que exerce o poder paternal — bem como as ligações de ordem cultural e familiar da criança daí decorrentes — são apenas um dos fatores que podem entrar em linha de conta no quadro da análise global das circunstâncias de cada caso concreto [78]. Este fator não pode ocultar outras circunstâncias objetivas, tais como o facto de a mãe estar alegadamente retida sob coação no Bangladeche com a filha.

75 Como resulta da decisão de reenvio, o órgão jurisdicional nacional é chamado a pronunciar-se sobre a sua competência com base em determinados factos alegados pela mãe, e ainda não dados como provados (v. n.os 17 e 31 das presentes conclusões). Nestas condições, as considerações que se seguem visam assistir este órgão jurisdicional para efeitos de determinação da residência habitual da criança numa configuração factual correspondente a esta versão dos factos, sem prejuízo da apreciação dos factos quanto ao mérito pelo órgão jurisdicional.

76 V. n.º 48 das presentes conclusões.

77 Nesta mesma linha, alguns órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos da América tiveram em conta a coação exercida sobre a mãe de uma criança para determinar a residência desta. Assim, o District Court of Utah (Tribunal Regional do Estado de Utah, Estados Unidos da América) declarou que a criança, embora residisse na Alemanha, não tinha aí residência habitual porquanto a mãe e a criança estavam proibidas de sair do país devido a abuso verbais, psicológicos e físicos cometidos pelo pai [Re Ponath, 829 F. SUP. 363 (1993)]. O District Court of Washington (Tribunal Regional do Estado de Washington, Estados Unidos da América) considerou que a mãe das crianças em causa não residia habitualmente na Grécia, onde vivia com elas de forma socialmente isolada e privada de autonomia, sem conhecer as normas culturais nem a língua e com um acesso limitado aos recursos financeiros, e era vítima de atos de violência cometidos pelo marido [Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045 (2001)]. O District Court of Minnesota (Tribunal Regional do Estado de Minesota, Estados Unidos da América) teve em conta a circunstância de o pai ter impedido a mãe de abandonar o território de Israel, do qual possuíam ambos a nacionalidade e onde a mãe tinha passado 11 meses com o pai e os filhos, para excluir que residissem habitualmente nesse Estado [Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313].

78 V. Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.os 52 a 58).

88. No entanto, por outro lado, a consideração de que, na inexistência do comportamento coercivo do pai, a criança teria nascido no Estado-Membro em causa e teria aí permanecido após o nascimento não é suficiente para fundamentar a residência habitual da criança nesse Estado-Membro. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, mesmo uma presença física dessa natureza não é suficiente para esse efeito. É ainda necessário que as ligações efetivas entre a criança e o território desse Estado-Membro permitam considerar que a criança tem aí, na realidade, o centro da sua vida.

89. Como já atrás referi [79], uma criança que faz parte de um agregado familiar cujos membros dispõem do centro efetivo da sua vida num Estado-Membro reside aí habitualmente, mesmo que não tenha ali nascido nem nunca ali tenha estado devido a circunstâncias independentes da vontade do ou dos progenitores de que depende. É ao órgão jurisdicional de reenvio que compete apreciar, à luz de todas as circunstâncias pertinentes, se a situação em causa no processo principal corresponde a esta hipótese. As considerações a seguir expostas permitem orientá-lo no âmbito deste exercício.

90. Em primeiro lugar, os *elementos que caracterizam a residência da mãe no Reino Unido* e os laços sociais e familiares que aí manteve devem merecer uma atenção particular. Com efeito, o centro da vida da criança só pode encontrar-se ali na medida em que a sua mãe, da qual depende, estiver, ela própria, integrada num ambiente social e familiar nesse território. A este respeito, importa tomar em consideração, nomeadamente, a duração da residência de UD no Reino Unido, o período abrangido pelo seu visto de cônjuge, os seus conhecimentos linguísticos e as suas eventuais ligações sociais e culturais nesse Estado-Membro.

91. Coloca-se, neste contexto, a questão de saber em que medida se deve ter em conta a *intenção* de UD, que pensava, segundo alega, ser partilhada com XB aquando da sua partida para o Bangladeche, quanto à residência da criança após o seu nascimento. A este respeito, recordo que a intenção parental quanto ao local de residência da criança prevalece necessariamente sobre os laços efetivos entre a criança e outro local [80]. O peso a atribuir a este fator depende das circunstâncias de cada caso concreto.

92. Na minha opinião, se, apesar da intenção inicial dos progenitores — ou do progenitor que pretenda exercer a guarda da criança [81] -— de se estabelecerem com a criança num determinado local, esse filho nasce e reside contra a vontade do pai ou da mãe de que depende num outro local, o elemento intencional pode revestir uma importância especial. Isto é assim porque, nessa situação, os elementos objetivos que rodeiam a residência da criança e do progenitor no país onde se encontram são fracos indicadores do lugar onde estão efetivamente integrados num ambiente familiar e social. A intenção quanto ao local de residência da criança num determinado Estado, desde que seja manifestada por medidas tangíveis, constitui então um fator suscetível de prevalecer sobre estes elementos objetivos e que sustenta a integração do progenitor de que depende o filho nesse Estado, ainda que esteja ausente desde o nascimento da criança.

79 V. n.os 65 a 71 das presentes conclusões.

80 Acórdão de 8 de junho de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, n.º 48). V. n.º 60 das presentes conclusões.

81 A Comissão sustenta que a intenção unilateral de um só dos progenitores cotitulares da responsabilidade parental em caso algum pode compensar a falta de presença física da criança no Estado-Membro em causa. Esta argumentação deve ser rejeitada à luz do Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 63), do qual resulta que a intenção do progenitor que, embora seja titular de um direito de guarda, não tem, de facto, a guarda da criança, só deve efetivamente ser tida em conta na medida em que pretenda exercer o seu direito de guarda. Por conseguinte, a intenção unilateral do único progenitor que pretende exercer efetivamente o direito de guarda pode ser tomada em consideração. Esta solução é, aliás, conforme com o espírito do mecanismo de regresso previsto pela Convenção de Haia de 1980 e complementada pelo Regulamento Bruxelas II-A. Com efeito, o artigo 3.º, alínea b), dessa convenção, que o artigo 2.º, n.º 11, alínea b), desse regulamento reproduz em substância, estipula que a deslocação ou a retenção de uma criança é ilícita quando levada a cabo em violação de um direito de guarda nos termos da lei do Estado da residência habitual da criança e o direito de guarda *estivesse a ser efetivamente exercido* no momento da transferência ou da retenção, ou estaria a ser exercido se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

93. Eventuais indícios de que, antes da partida para o Bangladeche, ambos os progenitores, ou apenas a mãe, tinham feito preparativos para que a criança nascesse Reino Unido, para a instalar num alojamento estável nesse Estado-Membro e para cuidar dela no quotidiano, deveriam ser tidos em conta com especial cuidado para determinar a residência habitual da criança.

94. Em segundo lugar, no que respeita às circunstâncias que rodearam a *integração do pai* no Estado-Membro em causa, resulta da jurisprudência que o progenitor que não tem a guarda efetiva da criança (mesmo sendo titular da responsabilidade parental) só faz parte do seu ambiente familiar se a criança mantiver contactos regulares com ele [82]. Ora, na hipótese de o pai voltar para esse Estado-Membro e impedir a mãe de regressar ali com a criança, tais contactos deixam de ser mantidos. A residência e a integração do pai no referido Estado-Membro, no momento do início da instância não oferecem, nestas condições, indicações adequadas do local onde se situa, na realidade, o centro da vida da criança.

95. Em terceiro lugar, o *período de tempo* que separa o nascimento da criança até à instauração do processo no tribunal de reenvio entrará igualmente em linha de conta. A duração da residência num determinado Estado é, em geral, um fator suscetível de refletir a integração da criança nesse Estado e, correlativamente, a falta de laços tangíveis com outro Estado. A sua importância na apreciação global das circunstâncias pertinentes também parece variar em função de cada caso específico [83].

96. Assim, este fator não traduz automaticamente a realidade da integração da criança quando a duração contínua da sua residência num Estado e, simetricamente, da sua ausência de outro Estado seja fruto da coação. É certo que, sob pena de acrescentar uma certa artificialidade ao conceito de «residência habitual», uma criança que cresça e estabeleça ligações no Estado em que é obrigada a residir, sem desenvolver qualquer ligação com o Estado em que deveria encontrar-se se não fosse a coação, perde, de certo modo, a sua residência habitual neste último Estado [84]. No entanto, tal não é necessariamente o caso de uma criança que, como no caso vertente, ainda era um lactente à data do início da instância. Por conseguinte, a duração da residência da criança no Bangladeche não deve, na minha opinião, impedir, enquanto tal, que a sua residência habitual seja estabelecida no Reino Unido.

97. Todas estas considerações apelam à seguinte conclusão numa situação, como a que está em causa no processo principal, em que uma criança nasceu num Estado terceiro e foi impedida de viajar com a mãe para um Estado-Membro devido à coação exercida pelo pai e enquanto ainda era lactente no momento da instauração do processo no órgão jurisdicional de reenvio. Nessa situação, a criança só reside habitualmente nesse Estado-Membro, na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A, na medida em que, se não existisse coação, tivesse estado presente de forma estável e regular e integrada como membro de um agregado familiar cujo membro ou cujos membros têm, na prática, o centro da sua vida nesse Estado-Membro. A reunião desta condição implica que a mãe esteja integrada num ambiente social e familiar no Estado-Membro em causa. Cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar se é esse o caso à luz de todas as circunstâncias pertinentes, entre as quais figuram os fatores objetivos que rodeiam a residência anterior e a integração da mãe nesse Estado-Membro, bem como as manifestações tangíveis da intenção desta última quanto ao local de residência da criança.

82 V. Acórdão de 28 de junho de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, n.º 48).

83 Nos termos do Acórdão de 22 de dezembro de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, n.º 51), embora a residência da criança no Estado-Membro em causa «dev[a], em princípio, ter uma certa duração para traduzir uma estabilidade suficiente», o Regulamento Bruxelas II-A não prevê uma duração mínima, constituindo esta apenas um indício entre outros.

84 V. n.º 71 das presentes conclusões.

c) Quanto à tomada em consideração dos direitos fundamentais da criança e da mãe

98. Para ser exaustivo, parece-me útil precisar que, caso a aplicação do teste do «centro efetivo da vida da criança» não permita fundamentar a competência geral dos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro numa situação como a que está em causa no processo principal, a proteção do superior interesse da criança garantido no artigo 24.º da Carta e dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 4.º e 6.º da Carta [85] não justifica uma conclusão diferente.

99. Este teste reflete, recordo, o critério da proximidade que está na base do artigo 8.º, n.º 1, desse regulamento e através do qual o legislador quis proteger o superior interesse da criança considerado de modo geral [86]. As seguintes considerações opõem-se, na minha opinião, à criação jurisprudencial de um teste derrogatório que se afaste desse critério quando o superior interesse da criança apreendido num caso específico e os seus outros direitos fundamentais estejam ameaçados no Estado terceiro onde se encontra.

100. Em primeiro lugar, nos termos do artigo 51.º, n.º 2, da Carta, este «não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União». Assim, o Tribunal de Justiça tem competência para interpretar, à luz da Carta, o direito da União nos limites das competências atribuídas a esta [87]. Ora, a União e os seus Estados-Membros não estão obrigados, por força do direito da União ou nos termos da CEDH, a exercer sua jurisdição em situações que se verificam em Estados terceiros, na falta de um elemento de conexão previsto pelo direito da União ou pela CEDH, tal como interpretada pela jurisprudência de Estrasburgo [88].

101. Em segundo lugar, o Regulamento Bruxelas II-A já estabelece um mecanismo que autoriza os Estados-Membros a proteger os interesses da criança, mesmo na falta de um elemento de conexão baseado no direito da União. Se nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente nos termos dos artigos 8.º a 13.º do Regulamento Bruxelas II-A, o artigo 14.º deste regulamento estabelece que os Estados-Membros podem, de forma residual, atribuir competência aos seus tribunais nos termos das suas legislações nacionais. Assim, continua a ser possível a cada Estado-Membro, quando as disposições do referido regulamento baseadas no critério da proximidade não permitam designar os tribunais de nenhum Estado-Membro, determinar a competência dos seus próprios órgãos jurisdicionais nos termos de regras de direito interno que se afastam desse critério.

102. No caso em apreço, essa competência residual existe, na ordem jurídica do Reino Unido sob a forma da competência *parens patriae* dos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro. Como resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça, a aplicação desta regra de competência é, no entanto, limitada aos cidadãos britânicos e faz parte do poder discricionário dos órgãos jurisdicionais nacionais.

103. Por outro lado, XB alegou que, se for caso disso, UD pode dirigir-se aos órgãos jurisdicionais do Bangladeche, em especial na hipótese de o direito desse Estado terceiro prever regras de competência baseadas na presença da criança. A este respeito, embora o órgão jurisdicional de reenvio precise que a retenção de UD e da criança por XB seja suscetível de violar os seus direitos fundamentais, não

85 V. considerando 12 do Regulamento Bruxelas II-A e considerando 33 deste regulamento, nos termos do qual o referido regulamento reconhece e respeita os direitos fundamentais garantidos pela Carta.

86 V. n.º 36 das presentes conclusões.

87 V., designadamente, Acórdão de 5 de outubro de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, n.º 51).

88 Segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), a jurisdição dos Estados contratantes, na aceção do artigo 1.º da CEDH, é, em princípio, limitada ao seu próprio território. Este princípio apenas admite exceções em circunstâncias bem definidas e estranhas ao contexto factual do presente processo. V., nomeadamente, TEDH, 7 de julho de 2011, Al-Skeini e o. c. Reino Unido (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, §§ 130 a 142 e jurisprudência aí referida).

refere expressamente alegações segundo as quais a República Popular do Bangladeche não tinha cumprido a sua obrigação positiva de proteger esses direitos, nomeadamente pela via judicial [89]. Nestas condições, não me parece apropriado basear a presente análise em meras hipóteses nesse sentido.

104. Em todo o caso, o artigo 14.º do Regulamento Bruxelas II-A veicula, parece-me, a ideia segundo a qual cabe a cada Estado-Membro decidir, nomeadamente com base, se for esse o caso, em considerações de «comity» («cortesia entre as nações»), se o receio de que os tribunais de um Estado terceiro não apliquem à mãe e à criança regras protetoras conformes aos valores e aos direitos existentes no Estado-Membro em causa justifica ou não a introdução de um critério de jurisdição específico nos seus ordenamentos jurídicos nacionais [90].

105. Por conseguinte, mesmo que o superior interesse e os direitos fundamentais da criança possam ser violados num Estado terceiro, o artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A não pode ser interpretado de forma a determinar a residência habitual da criança com base em critérios que se afastem do critério da proximidade materializado pelo teste do «centro efetivo da vida da criança».

V. Conclusão

106. À luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pela High Court of Justice (England & Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Secção da Família, Reino Unido]:

1) A residência habitual de uma criança, na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Parlamento Europeu e 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, é o local onde essa criança tem, na realidade, o centro da sua vida. Esse local deve ser determinado à luz de todas as circunstâncias próprias de cada caso concreto. Em alguns casos excecionais, a apreciação global dessas circunstâncias pode levar a considerar que a criança tem, de facto, o centro da sua vida num local onde nunca esteve fisicamente presente. A presença física da criança no território de um Estado-Membro não constitui, portanto, um pré-requisito para aí estabelecer a sua residência habitual.

2) A circunstância de a mãe de uma criança em idade lactente, que detém, de facto, a sua guarda, ter sido coagida pelo pai a dar à luz num Estado terceiro e aí permanecer com o recém-nascido após o seu nascimento, colocando-os eventualmente numa situação contrária aos direitos fundamentais consagrados nos artigos 4.º e 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, constitui um elemento relevante para determinar a residência habitual da criança na aceção do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2201/2003.

   Nessa situação, o lactente só pode, porém, residir habitualmente num Estado-Membro, apesar do facto de nunca aí ter estado fisicamente presente, na medida em que a sua mãe disponha aí, de facto, do centro da sua vida, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. A este respeito, revestem-se de especial importância as eventuais ligações de ordem familiar, social e cultural da mãe nesse Estado-Membro, do mesmo modo que as eventuais manifestações tangíveis da intenção da mãe de aí residir com a criança desde o seu nascimento.

89 Embora a República Popular do Bangladeche não esteja vinculada pela CEDH ou pela Carta, os artigos 7.º e 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas e que entrou em vigor em 23 de março de 1976 — instrumento a que a República Popular do Bangladeche aderiu — garantem direitos análogos aos previstos, respetivamente, nos artigos 3.º e 5.º da CEDH e nos artigos 4.º e 6.º da Carta.

90 V., a este propósito, opinião de Lord Sumption no processo Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, n.ºs 66 e 76. Aí se alega que a mera desaprovação das regras aplicáveis nos termos do direito do país onde a criança está presente não pode ser suficiente para fundamentar a competência dos órgãos jurisdicionais do Reino Unido.