

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares

Texto adotado pela Vigésima Primeira Sessão

Relatório Explicativo de

Andrea Bonomi

Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência
Scheveningseweg 6, Haia, Países Baixos



Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

Protocolo de 23 de novembro de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares

Texto adotado pela Vigésima Primeira Sessão

Relatório Explicativo de

Andrea Bonomi

Editado pelo Secretariado Permanente da Conferência
Scheveningsweg 6, Haia, Países Baixos



© Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2013

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida, incluída num sistema de tratamento de dados ou transmitida sob qualquer forma ou meio, incluindo fotocópia ou gravação, sem a autorização por escrito do titular dos direitos de autor.

A tradução do *Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos* e o Relatório Explicativo da autoria de Andrea Bonomi em todas as línguas oficiais da União Europeia (com exceção do inglês, francês e alemão) foi possível graças à disponibilidade da Comissão Europeia/Direção-Geral da Justiça. A versão alemã desta publicação é resultado do esforço conjunto dos governos da Áustria, da Alemanha e da Suíça.

As versões oficiais desta publicação estão disponíveis no sítio internet da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (<www.hcch.net>) em inglês e francês. As traduções da presente publicação para outras línguas diferentes do inglês e do francês não foram revistas pelo Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

ISBN 978-92-79-39267-2

Impresso na Bélgica

Prefácio

1 *A presente publicação inclui os textos autênticos, em francês e inglês, do Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares e o Relatório Explicativo de Andrea Bonomi.*

2 *Os textos da presente edição serão incluídos nas Actes et documents de la Vingtième session, publicação essa que conterá, os documentos preliminares, os relatórios e as atas relativos aos trabalhos da Segunda Comissão da Vigésima Primeira Sessão. Esse documento, a publicar posteriormente, poderá ser encomendado no Secretariado Permanente da Conferência da Haia (ver infra n.º 5).*

3 *O Relatório Explicativo de Andrea Bonomi comenta o Protocolo adotado pela Vigésima Primeira Sessão, que figura na Ata final de 23 de novembro de 2007. Este relatório foi traduzido para inglês por Peter Wells.*

4 *O Protocolo foi adotado pela Vigésima Primeira Sessão em 23 de novembro de 2007 e tem essa data. Foi aprovado em 8 de abril de 2010 pela União Europeia e assinado pela Sérvia em 18 de abril de 2012.*

5 *O Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Scheveningsweg 6, 2517 KT Haia, Países Baixos, terá o prazer de transmitir aos interessados todas as informações sobre os trabalhos da Conferência.*

Haia, março de 2013.

Protocollo

Extrato da Ata final
da Vigésima Primeira Sessão
assinado em 23 de novembro de 2007*

PROTOCOLO SOBRE A LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES

Os Estados signatários do presente Protocolo, Desejando estabelecer disposições comuns relativas à lei aplicável às obrigações alimentares, Desejando modernizar a *Convenção da Haia, de 24 de outubro de 1956, sobre a Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores*, bem como a *Convenção da Haia, de 2 de outubro de 1973, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares*, Desejando elaborar regras gerais sobre a lei aplicável que possam integrar a *Convenção da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família*, Resolveram celebrar um Protocolo para o efeito, tendo acordado as seguintes disposições:

Artigo 1.º Âmbito de aplicação

1 O presente Protocolo determina a lei aplicável às obrigações alimentares decorrentes de relações de família, parentesco, casamento ou afinidade, incluindo as obrigações alimentares relativamente a filhos, independentemente do estado civil dos pais.
2 As decisões proferidas em aplicação do presente Protocolo não prejudicam a existência de qualquer das relações referidas no n.º 1.

Artigo 2.º Aplicação universal

O presente Protocolo é aplicável mesmo se a lei por ele designada não é a de um Estado Contratante.

Artigo 3.º Regra geral sobre a lei aplicável

1 Salvo disposição em contrário do presente Protocolo, as obrigações alimentares são reguladas pela lei do Estado da residência habitual do credor.
2 Em caso de mudança da residência habitual do credor, aplica-se a lei do Estado da nova residência habitual a partir do momento da mudança.

Artigo 4.º Regras especiais a favor de certos credores

1 As seguintes disposições são aplicáveis às obrigações alimentares:
a) Dos pais relativamente aos filhos;

b) De pessoas diferentes dos pais relativamente a pessoas com menos de 21 anos, exceto as obrigações decorrentes das relações referidas no artigo 5.º; e
c) Dos filhos relativamente aos pais.

2 Se, por força da lei referida no artigo 3.º, o credor não puder obter alimentos do devedor, aplica-se a lei do foro.

3 Não obstante o disposto no artigo 3.º, se o credor tiver recorrido à autoridade requerida do Estado em que o devedor tem residência habitual, aplica-se a lei do foro. No entanto, se por força de tal lei o credor não puder obter alimentos do devedor, aplica-se a lei do Estado da residência habitual do credor.

4 Se, por força das leis referidas no artigo 3.º e nos n.ºs 2 e 3 do presente artigo, o credor não puder obter alimentos do devedor, aplica-se a lei do eventual Estado de nacionalidade comum do credor e do devedor.

Artigo 5.º Regra especial relativa aos cônjuges e ex-cônjuges

No que diz respeito às obrigações alimentares entre cônjuges, ex-cônjuges ou pessoas cujo casamento tenha sido anulado, o artigo 3.º não se aplica se uma das partes se opuser e a lei de outro Estado, nomeadamente o Estado da última residência habitual comum, apresentar uma conexão mais estreita com o casamento. Nesse caso, aplica-se a lei desse outro Estado.

Artigo 6.º Regra especial em matéria de defesa

No que diz respeito às obrigações alimentares diferentes das obrigações para com os filhos decorrentes da filiação e das obrigações referidas no artigo 5.º, o devedor pode opor à pretensão do credor a inexistência de obrigações para com ele ao abrigo da lei do Estado da residência habitual do devedor e da lei do eventual Estado de nacionalidade comum das partes.

Artigo 7.º Designação da lei aplicável para efeitos de um procedimento específico

1 Não obstante o disposto nos artigos 3.º a 6.º, o credor e o devedor de alimentos podem, unicamente para efeitos de um procedimento específico num dado Estado, designar expressamente a lei desse Estado como lei aplicável a uma obrigação alimentar.
2 Uma designação anterior à abertura da instância deve ser objeto de um acordo, assinado por ambas as partes, por escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posterior consulta.

Artigo 8.º Designação da lei aplicável

1 Não obstante o disposto nos artigos 3.º a 6.º, o credor e o devedor de alimentos podem, a qualquer momento, designar como lei aplicável a uma obrigação alimentar uma das seguintes leis:

a) A lei do Estado do qual uma das partes tenha a nacionalidade no momento da designação;
b) A lei do Estado da residência habitual de uma das partes no momento da designação;
c) A lei designada pelas partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo;

* No que diz respeito ao texto integral da Ata final, ver *Actes et documents de la Vingtième session (2007)*.

d) A lei designada pelas partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efetivamente aplicada aos mesmos.

2 Tal acordo deve ser escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posteriores consultas e assinado por ambas as partes.

3 O n.º 1 não se aplica às obrigações alimentares respeitantes a uma pessoa com menos de 18 anos ou um adulto que, em razão de uma alteração ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não esteja em condições de proteger os seus interesses.

4 Não obstante a lei designada pelas partes por força do n.º 1, é a lei do Estado da residência habitual do credor, no momento da designação, que determina se o credor pode renunciar ao seu direito a alimentos.

5 A menos que, no momento da designação, as partes estejam plenamente informadas e conscientes das consequências da sua escolha, a lei por elas designada não se aplica quando tal acarrete consequências manifestamente injustas ou pouco razoáveis para qualquer das partes.

Artigo 9.º «Domicílio» em vez de «nacionalidade»

Um Estado em que o conceito de «domicílio» constitui um fator de conexão em matéria familiar, pode informar o Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que, para efeitos dos processos apresentados às suas autoridades, o termo «nacionalidade», constante dos artigos 4.º e 6.º, é substituído por «domicílio», tal como é definido nesse Estado.

Artigo 10.º Entidades públicas

O direito de uma entidade pública reclamar o reembolso de prestações fornecidas ao credor a título de alimentos rege-se pela lei aplicável a essa entidade.

Artigo 11.º Âmbito da lei aplicável

A lei aplicável à obrigação alimentar determina, nomeadamente:

- a) A existência e o âmbito do direito do credor a alimentos, bem como as pessoas relativamente às quais pode exercer tal direito;
- b) Em que medida o credor pode reclamar alimentos retroativamente;
- c) A base de cálculo do montante dos alimentos e a indexação;
- d) O sujeito autorizado a instaurar uma ação para obter alimentos, exceto no que diz respeito às matérias relativas à capacidade processual e à representação na ação;
- e) Os prazos de prescrição ou para instaurar uma ação;
- f) O âmbito da obrigação do devedor de alimentos, sempre que uma entidade pública reclame o reembolso de prestações fornecidas ao credor a título de alimentos.

Artigo 12.º Exclusão do reenvio

Para efeitos do presente Protocolo, o termo «lei» designa o direito em vigor num Estado, com exclusão das normas de conflitos de leis.

Artigo 13.º Ordem pública

A aplicação da lei designada por força do presente Protocolo só pode ser excluída se os efeitos da sua aplicação forem manifestamente contrários à ordem pública do foro.

Artigo 14.º Fixação do montante dos alimentos

Ainda que a lei aplicável disponha diferentemente, na fixação do montante dos alimentos são tidos em conta as necessidades do credor e os recursos do devedor, bem como qualquer compensação atribuída ao credor a título do pagamento periódico de alimentos.

Artigo 15.º Não aplicação do Protocolo aos conflitos internos

1 Um Estado Contratante no qual se apliquem sistemas jurídicos ou conjuntos de normas diferentes em matéria de obrigações de alimentos não fica obrigado a aplicar as normas do presente Protocolo aos conflitos relacionados unicamente com estes diferentes sistemas ou conjuntos de normas.

2 O presente artigo não se aplica às organizações regionais de integração económica.

Artigo 16.º Sistemas jurídicos não unificados de carácter territorial

1 Se num Estado vigorarem, em unidades territoriais diferentes, dois ou mais sistemas jurídicos ou conjuntos de normas relativos a qualquer matéria regida pelo presente Protocolo:

- a) Qualquer referência ao direito de um Estado deve ser interpretada, se for caso disso, como uma referência ao direito vigente na unidade territorial em causa;
- b) Qualquer referência às autoridades competentes ou entidades públicas desse Estado deve ser interpretada, se for caso disso, como uma referência às autoridades competentes ou entidades públicas habilitadas a agir na unidade territorial em causa;
- c) Qualquer referência à residência habitual nesse Estado deve ser interpretada, se for caso disso, como sendo a residência habitual na unidade territorial em causa;
- d) Qualquer referência ao Estado de nacionalidade comum de duas pessoas deve ser interpretada como sendo a unidade territorial designada pela lei desse Estado ou, na ausência de normas pertinentes, a unidade territorial com a qual a obrigação alimentar apresenta uma conexão mais estreita;
- e) Qualquer referência ao Estado de nacionalidade de uma pessoa deve ser interpretada como sendo a unidade territorial designada pela lei desse Estado ou, na ausência de normas pertinentes, a unidade territorial com a qual a pessoa apresenta uma conexão mais estreita.

2 Para determinar a lei aplicável nos termos do presente Protocolo, se um Estado for constituído por duas ou mais unidades territoriais, cada uma com seu próprio sistema jurídico ou conjunto de normas relativos a matérias abrangidas pelo presente Protocolo, aplicam-se as seguintes regras:

- a) Se no referido Estado vigorarem normas que determinem a unidade territorial cuja lei deve ser aplicada, aplica-se a lei dessa unidade territorial;

b) Na ausência de tais normas, aplica-se a lei da unidade territorial definida nos termos do n.º 1.

3 O presente artigo não se aplica às organizações regionais de integração económica.

Artigo 17.º Sistemas jurídicos não unificados de carácter pessoal

Para determinar a lei aplicável nos termos do presente Protocolo, se num Estado vigorarem dois ou mais sistemas jurídicos ou conjuntos de normas aplicáveis a categorias diferentes de pessoas para as matérias regidas pelo Protocolo, qualquer referência à lei desse Estado deve ser interpretada como sendo o sistema jurídico determinado pelas normas em vigor nesse Estado.

Artigo 18.º Coordenação com as anteriores convenções da Haia em matéria de obrigações alimentares

O presente Protocolo substitui, nas relações entre os Estados Contratantes, a *Convenção da Haia, de 2 de outubro de 1973, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares* e a *Convenção da Haia, de 24 de outubro de 1956, sobre a Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores*.

Artigo 19.º Coordenação com outros instrumentos

1 O presente Protocolo não prejudica quaisquer instrumentos internacionais nos quais os Estados Contratantes são ou venham a ser Partes e que contenham disposições sobre matérias regidas pelo Protocolo, salvo declaração em contrário dos Estados vinculados por tais instrumentos.

2 O n.º 1 aplica-se igualmente às leis uniformes baseadas na existência de vínculos especiais entre os Estados em causa, em particular de natureza regional.

Artigo 20.º Interpretação uniforme

Para efeitos da interpretação do presente Protocolo, é tido em conta o seu carácter internacional e a necessidade de promover a sua aplicação uniforme.

Artigo 21.º Exame do funcionamento prático do Protocolo

1 O Secretário-Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado convoca, quando necessário, uma Comissão Especial para examinar o funcionamento prático do presente Protocolo.

2 Para esse efeito, os Estados Contratantes cooperam com o Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na recolha de jurisprudência relativa à aplicação do presente Protocolo.

Artigo 22.º Disposições transitórias

O presente Protocolo não se aplica aos alimentos pedidos num Estado Contratante relativos a um período anterior à sua entrada em vigor nesse Estado.

Artigo 23.º Assinatura, ratificação e adesão

1 O presente Protocolo está aberto para assinatura a todos os Estados.

2 O presente Protocolo está sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários.

3 O presente Protocolo está aberto para adesão a todos os Estados.

4 Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão são depositados junto do Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, na qualidade de depositário do presente Protocolo.

Artigo 24.º Organizações regionais de integração económica

1 Uma organização regional de integração económica constituída exclusivamente por Estados soberanos e que seja competente em relação a algumas ou todas as matérias regidas pelo presente Protocolo também pode assinar, aceitar, aprovar ou aderir ao Protocolo. A organização regional de integração económica tem, nesse caso, os mesmos direitos e obrigações que um Estado Contratante, na medida em que essa organização for competente nas matérias regidas pelo Protocolo.

2 A organização regional de integração económica deve, no momento da assinatura, aceitação, aprovação ou adesão, notificar o depositário por escrito das matérias regidas pelo presente Protocolo relativamente às quais tenha sido transferida competência para essa organização pelos respetivos Estados membros. A organização deve notificar de imediato o depositário por escrito de quaisquer alterações à sua competência, tal como descrita na notificação mais recente comunicada em conformidade com o presente número.

3 Uma organização regional de integração económica pode, no momento da assinatura, aceitação, aprovação ou adesão, declarar, em conformidade com o artigo 28.º, que é competente em relação a todas as matérias regidas pelo presente Protocolo e que os Estados membros que lhe delegaram a competência em relação às matérias em causa ficam vinculados pelo mesmo Protocolo por força da assinatura, aceitação, aprovação ou adesão da organização.

4 Para efeitos da entrada em vigor do presente Protocolo, os instrumentos depositados por uma organização regional de integração económica só são tidos em consideração se esta fizer uma declaração em conformidade com o n.º 3.

5 Qualquer referência no presente Protocolo a «Estado Contratante» ou «Estado» aplica-se igualmente, se for caso disso, a uma organização regional de integração económica que seja Parte no mesmo. Sempre que uma organização regional de integração económica faça uma declaração em conformidade com o n.º 3, qualquer referência a «Estado Contratante» ou «Estado» no presente Protocolo aplica-se igualmente, se for caso disso, aos Estados membros em causa da organização.

Artigo 25.º Entrada em vigor

1 O presente Protocolo entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses subsequente ao depósito do segundo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão referido no artigo 23.º.

2 Em seguida, o Protocolo entra em vigor:

a) No que se refere a cada Estado ou organização regional de integração económica que, na aceção do

artigo 24.º, o ratifique, aceite, aprove ou adira ulteriormente, no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses após o depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão;

b) No que se refere a uma unidade territorial à qual o presente Protocolo se aplique em conformidade com o artigo 26.º, no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses após a notificação da declaração referida nesse artigo.

Artigo 26.º Declarações relativas a sistemas jurídicos não unificados

1 No momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, os Estados que forem constituídos por duas ou mais unidades territoriais nas quais, em relação a matérias objeto do presente Protocolo, vigorem sistemas jurídicos diferentes, podem declarar, em conformidade com o artigo 28.º, que o Protocolo se aplica a todas as suas unidades territoriais ou apenas a uma ou algumas dessas unidades e podem a qualquer momento alterar essa declaração mediante a apresentação de uma nova declaração.

2 Qualquer declaração desta natureza é notificada ao depositário e deve identificar expressamente as unidades territoriais às quais se aplica o Protocolo.

3 Se um Estado não apresentar qualquer declaração ao abrigo deste artigo, o Protocolo é aplicável a todas as unidades territoriais desse Estado.

4 O presente artigo não se aplica às organizações regionais de integração económica.

Artigo 27.º Reservas

Não podem ser emitidas reservas ao presente Protocolo.

Artigo 28.º Declarações

1 As declarações previstas no artigo 24.º, n.º 3, e no artigo 26.º, n.º 1, podem ser feitas no ato da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ou em qualquer data posterior e podem a qualquer momento ser alteradas ou retiradas.

2 As declarações, alterações e declarações retiradas são notificadas ao depositário.

3 Uma declaração feita no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão produz efeitos no momento da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado em causa.

4 Uma declaração feita posteriormente e qualquer alteração ou retirada de uma declaração produzem efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses após a data de receção da notificação pelo depositário.

Artigo 29.º Denúncia

1 Qualquer Estado Contratante pode denunciar o presente Protocolo mediante notificação por escrito dirigida ao depositário. A denúncia pode ser limitada a determinadas unidades territoriais de um Estado com um sistema jurídico não unificado às quais se aplica o Protocolo.

2 A denúncia produz efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 12 meses após a data

em que o depositário receber a notificação. Nos casos em que é especificado na notificação um período mais longo para que a denúncia produza os seus efeitos, esta produz efeitos no termo do período em questão após a data de receção da notificação pelo depositário.

Artigo 30.º Notificação

O depositário notifica aos membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, bem como aos outros Estados e organizações regionais de integração económica que tenham assinado, ratificado, aceite, aprovado ou aderido em conformidade com os artigos 23.º e 24.º, do seguinte:

a) As assinaturas, ratificações, aceitações, aprovações ou adesões a que se referem os artigos 23.º e 24.º;

b) A data de entrada em vigor do presente Protocolo em conformidade com o artigo 25.º;

c) As declarações referidas no artigo 24.º, n.º 3, e no artigo 26.º, n.º 1;

d) As denúncias referidas no artigo 29.º.

Em fé do que os abaixo assinados, para o efeito devidamente autorizados, assinaram o presente Protocolo. Feito na Haia, em 23 de novembro de 2007, em inglês e francês, fazendo os dois textos igualmente fé, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos, e do qual será remetida uma cópia autenticada, pela via diplomática, a cada um dos Estados membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado no momento da sua Vigésima Primeira Sessão, bem como aos outros Estados que participaram nessa sessão.

Relatório

Índice do Relatório	página
PARTE I: CONTEXTO	12
PARTE II: TÍTULO, PREÂMBULO E ESTRUTURA GERAL DO PROTOCOLO	13
PARTE III: PRINCIPAIS ASPETOS DO REGIME PREVISTO PELO PROTOCOLO	14
PARTE IV: COMENTÁRIO ARTIGO A ARTIGO	14
Artigo 1.º Âmbito de aplicação	14
<i>a Lei aplicável às obrigações alimentares</i>	15
<i>b Obrigações alimentares decorrentes de relações de família</i>	15
<i>i Âmbito de aplicação material mais amplo do que o da Convenção</i>	15
<i>ii Obrigações alimentares decorrentes de uma relação de família</i>	16
<i>c Alcance das decisões proferidas em aplicação do Protocolo</i>	17
Artigo 2.º Aplicação universal	17
Artigo 3.º Regra geral sobre a lei aplicável	17
<i>a Motivo para esta conexão</i>	17
<i>b Conceito de residência habitual</i>	18
<i>c Mudança da residência habitual</i>	18
Artigo 4.º Regras especiais a favor de certos credores	18
<i>a Âmbito de aplicação do artigo 4.º</i>	19
<i>b Conexão subsidiária à lei do foro</i>	20
<i>c Inversão dos fatores de conexão no caso de uma ação instaurada pelo credor no Estado da residência habitual do devedor</i>	21
<i>i Conexão principal à lei do foro</i>	21
<i>ii Conexão subsidiária à lei da residência habitual do credor</i>	22
<i>d A conexão subsidiária à nacionalidade comum das partes</i>	22
Artigo 5.º Regra especial relativa aos cônjuges e ex-cônjuges	22
<i>a Motivo para a regra especial</i>	23
<i>b Funcionamento da cláusula de salvaguarda</i>	24
<i>i Pedido de uma das partes</i>	24
<i>ii Conexão mais estreita</i>	24
<i>c Âmbito de aplicação do artigo 5.º</i>	25
Artigo 6.º Regra especial em matéria de defesa	25
<i>a Âmbito de aplicação do artigo 6.º</i>	25
<i>b Mecanismo previsto pelo artigo 6.º</i>	26

Artigos 7.º e 8.º Escolha da lei aplicável	27
Artigo 7.º Designação da lei aplicável para efeitos de um procedimento específico	27
<i>a Âmbito de aplicação do artigo 7.º</i>	27
<i>b Escolha para efeitos de um procedimento específico</i>	28
<i>c Modalidades da escolha</i>	28
Artigo 8.º Designação da lei aplicável	29
<i>a Âmbito de aplicação do artigo 8.º</i>	29
<i>b Leis admissíveis</i>	29
<i>c Opções adicionais das alíneas c) e d)</i>	30
<i>i Lei designada para reger o regime matrimonial</i>	30
<i>ii Lei efetivamente aplicada ao regime matrimonial</i>	30
<i>iii Lei designada para reger a separação de pessoas ou o divórcio</i>	31
<i>iv Lei efetivamente aplicada à separação de pessoas ou ao divórcio</i>	31
<i>d Modalidades da escolha</i>	31
<i>e Restrições aos efeitos da escolha</i>	31
<i>i Aplicação da lei da residência habitual do credor ao direito de renunciar a alimentos</i>	31
<i>ii Poder moderador do tribunal</i>	32
<i>f Existência e validade do acordo entre as partes</i>	32
Artigo 9.º «Domicílio» em vez de «nacionalidade»	32
Artigo 10.º Entidades públicas	33
Artigo 11.º Âmbito da lei aplicável	34
Artigo 12.º Exclusão do reenvio	35
Artigo 13.º Ordem pública	35
Artigo 14.º Fixação do montante dos alimentos	35
Artigos 15.º a 17.º Sistemas jurídicos não unificados	36
Artigo 15.º Não aplicação do Protocolo aos conflitos internos	36
Artigo 16.º Sistemas jurídicos não unificados de caráter territorial	36
Artigo 17.º Sistemas jurídicos não unificados de caráter pessoal	37
Artigo 18.º Coordenação com as anteriores Convenções da Haia em matéria de obrigações alimentares	38
Artigo 19.º Coordenação com outros instrumentos	38
Artigo 20.º Interpretação uniforme	38
Artigo 21.º Exame do funcionamento prático do Protocolo	39
Artigo 22.º Disposições transitórias	39
Artigo 23.º Assinatura, ratificação e adesão	39
Artigo 24.º Organizações regionais de integração	

<i>económica</i>	39
<i>Artigo 25.º Entrada em vigor</i>	40
<i>Artigo 26.º Declarações relativas aos sistemas jurídicos não unificados</i>	40
<i>Artigo 27.º Reservas</i>	40
<i>Artigos 28.º a 30.º Declarações, denúncia, notificação</i>	41
<i>Artigo 28.º Declarações</i>	41
<i>Artigo 29.º Denúncia</i>	41
<i>Artigo 30.º Notificação</i>	41

PARTE I: CONTEXTO

1 Em 23 de novembro de 2007, a Vigésima Primeira Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, reunida em Haia, adotou o texto de dois instrumentos internacionais destinados a facilitar a cobrança internacional de alimentos, a *Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família* (a seguir designada «Convenção») e o *Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares* (a seguir designado «Protocolo»). O presente Relatório Explicativo diz respeito ao Protocolo, ao passo que a Convenção é objeto de um relatório separado, preparado por Alegría Borrás (Espanha) e Jennifer Degeling (Austrália), com a ajuda de William Duncan e Philippe Lortie, do Secretariado Permanente (a seguir designado «Relatório Borrás-Degeling»).

2 A questão da lei aplicável às obrigações alimentares foi desde o início incluída no mandato oficial da Comissão Especial sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família, que elaborou os anteprojetos da Convenção e do Protocolo. Com efeito, a Comissão Especial de abril de 1999¹ tinha decidido que a futura ordem de trabalhos da Conferência deveria dar prioridade ao estabelecimento de uma nova convenção abrangente em matéria de obrigações alimentares, que deveria melhorar as Convenções da Haia existentes neste domínio e incluir disposições relativas à cooperação judiciária e administrativa². Entre as Convenções da Haia vigentes em matéria de obrigações alimentares, duas são dedicadas à determinação da lei aplicável: a *Convenção da Haia, de 24 de outubro de 1956, sobre a Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores* (a seguir designada «Convenção sobre as obrigações alimentares de 1956») e a *Convenção da Haia, de 2 de outubro de 1973, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares* [a seguir designada «Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável)»].

3 Em conformidade com a decisão da Décima Nona Sessão, o Secretário-Geral convocou uma Comissão Especial que se reuniu em Haia de 5 a 16 de maio de 2003, de 7 a 18 de junho de 2004, de 4 a 15 de abril de 2005, de 19 a 28 de junho de 2006 e de 8 a 16 de maio de 2007. Fausto Pocar (Itália) foi eleito presidente da Comissão Especial, Mária Kurucz (Hungria), Mary Helen Carlson (Estados Unidos da América) e Jin Sun (China) foram eleitos vice-presidentes. Alegría Borrás e Jennifer Degeling foram eleitas correlatoras. Constituiu-se um Comité de redação sob a presidência de Jan Doogue (Nova Zelândia). O trabalho da Comissão Especial e do Comité de redação foi muito facilitado por documentos preliminares importantes³ e pelas observações de William

Duncan, Secretário-Geral adjunto, que era responsável pelo trabalho científico do Secretariado, e de Philippe Lortie, Primeiro Secretário.

4 Na sua primeira reunião, em maio de 2003, e de acordo com o seu mandato, a Comissão Especial debateu se o novo instrumento deveria conter disposições sobre a lei aplicável pelas autoridades que emitem decisões sobre alimentos e, se assim fosse, quais deveriam ser as regras incluídas nessas disposições. O debate revelou a existência de duas posições opostas. Enquanto a maioria dos delegados dos sistemas da *civil law* era favorável à inclusão de uma certa forma de regime de lei aplicável, as delegações dos sistemas da *common law* eram geralmente contrárias⁴. Esta oposição é facilmente explicada se tivermos em conta que, na maioria dos países da *common law*, as decisões em matéria de alimentos são tradicionalmente adotadas com base na lei do foro. A lei do foro é também muitas vezes aplicada nos Estados com sistemas administrativos de cobrança de alimentos, que não são todos países da *common law*.

5 A maioria das delegações favoráveis à inclusão de um regime geral sobre a lei aplicável considerou que as presentes negociações representavam uma oportunidade única de rever as Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973 que não deveria ser desperdiçada. Embora a Convenção de 1973 fosse, no geral, bastante satisfatória e devesse funcionar como ponto de partida para a elaboração de um novo texto, algumas das suas soluções tinham de ser revistas e modernizadas, para corrigir as falhas e atrair um maior número de ratificações⁵. Para esse efeito, o processo de revisão devia envolver todos os Estados e não apenas aqueles que já são Partes nas Convenções de 1956 ou de 1973.

6 No seguimento da proposta do Presidente, a Comissão Especial decidiu estabelecer um Grupo de trabalho sobre a lei aplicável (a seguir designado «GTLA»), composto por peritos dos Estados Partes nas Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973 e de outros Estados, e cuja presidência foi confiada ao abaixo-assinado. Com base no mandato recebido, que foi renovado e mais bem definido nas reuniões da Comissão Especial de 2004, 2005 e 2006, o GTLA elaborou um esboço de texto sobre a lei aplicável às obrigações alimentares (a seguir designado «projeto»).

d'autres membres de la famille », Doc. prel. n.º 3 de abril de 2003 à atenção da Comissão Especial, de maio de 2003, sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família (disponível em <www.hcch.net>).

⁴ O Canadá, cujas províncias e territórios adotam uma abordagem em cascata, embora mais limitada do que a prevista na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), estava disposto a incluir no futuro instrumento alguma forma da lei aplicável. Nas suas províncias e jurisdições de *common law*, a lei aplicável é a do lugar de residência habitual do filho; se este não for elegível para alimentos ao abrigo desta lei, é a lei do foro que se aplica [(cf. por ex. a *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires* (Manitoba), artigo 12.º, n.º 1)]. No Quebec, um sistema de *civil law*, a lei aplicável é a lei do domicílio do credor de alimentos e, em seguida, a do domicílio do devedor (artigo 3094.º do Código Civil).

⁵ À data da redação, a Convenção de 1973 estava em vigor em 14 Estados (Alemanha, Espanha, Estónia, França, Grécia, Itália, Japão, Lituânia, Luxemburgo, Países Baixos, Polónia, Portugal, Suíça e Turquia). A Convenção de 1956 está em vigor em 12 Estados (Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Itália, Japão, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Suíça e Turquia).

¹ Relativamente ao contexto e às decisões desta sessão, cf. Relatório Borrás-Degeling (disponível no sítio Internet da Conferência em <www.hcch.net>), n.ºs 1 a 5.

² Ver Ata final da Décima Nona Sessão, na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2001/2002), tome I, Matières diverses*, pp. 34 a 47, na p. 44.

³ Ver, em particular, W. Duncan, « Vers un nouvel instrument mondial sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et

Uma primeira versão do projeto foi apresentada como anexo do Relatório do GTLA de junho de 2006⁶ e foi discutida na Comissão Especial de julho de 2006. Essa Comissão decidiu convocar uma Comissão Especial para maio de 2007, cujo tema principal seria a questão da lei aplicável. A segunda versão do projeto⁷, comentada no relatório do GTLA de abril de 2007⁸, constituiu a base dos trabalhos da Comissão Especial de maio de 2007.

7 Na reunião da Comissão Especial de maio de 2007, a questão da lei aplicável esteve no centro dos trabalhos. A Comissão concluiu, em primeiro lugar, que a regulamentação da lei aplicável devia ser objeto de um protocolo, formalmente separado da Convenção. Em seguida, deu o seu acordo para a elaboração de um anteprojecto de protocolo⁹ que, acompanhado de um Relatório Explicativo¹⁰, constituíram a base das discussões da Vigésima Primeira Sessão da Conferência que foi realizada em Haia de 5 a 23 de novembro de 2007. Nessa ocasião, o abaixo-assinado foi eleito relator do Relatório Explicativo sobre o Protocolo.

8 A sessão plenária da Vigésima Primeira Sessão da Conferência da Haia foi presidida por Teun Struycken (Países Baixos). Os vice-presidentes foram Hlengiwe B. Mkhize (embaixadora da África do Sul), Gilberto Vergne Saboia (embaixador do Brasil), Xue Hanqin (embaixadora da China), Mary Helen Carlson (Estados Unidos da América), Ioannis Voulgaris (Grécia), Jan Doogue (Nova Zelândia), Dorothee van Itersson (Países Baixos) e Alexander Y. Bavykin (Federação da Rússia).

9 A Sessão Diplomática da Conferência confiou a redação da Convenção à sua Comissão I, presidida por Mária Kurucz (Hungria) e a do Protocolo à sua Comissão II, presidida pelo abaixo-assinado. Os vice-presidentes da Comissão foram Lixiao Tian (China) e Mary Helen Carlson (Estados Unidos da América); os da Comissão II foram Nádia de Araújo (Brasil) e Shinichiro Hayakawa (Japão). Além dos delegados dos 68 membros da Conferência representados na Vigésima Primeira Sessão, também participaram observadores de 14 Estados não membros e de nove organizações intergovernamentais e não governamentais.

⁶ «Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable», elaborado pelo Presidente do grupo de trabalho, Andrea Bonomi, Doc. prel. n.º 22 de junho de 2006 à atenção da Comissão Especial de junho de 2006 sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família (disponível em <www.hcch.net>).

⁷ «Esquisse relative à la loi applicable», preparado pelo grupo de trabalho sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, que reuniu em 17 e 18 de novembro de 2006 em Haia, Doc. prel. n.º 24 de janeiro de 2007 à atenção da Comissão Especial de maio de 2007 sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família (disponível em <www.hcch.net>).

⁸ «Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable», elaborado pelo Presidente do grupo de trabalho, Andrea Bonomi, Doc. prel. n.º 27 de abril de 2007 à atenção da Comissão Especial de maio de 2007 sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família (disponível em <www.hcch.net>).

⁹ «Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires», elaborado sob a autoridade da Comissão Especial sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família e aprovado pelo comité de redação, Doc. prel. n.º 30 de junho de 2007 para a Vigésima Primeira Sessão de novembro de 2007 (disponível em <www.hcch.net>).

¹⁰ «Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires – Rapport explicatif», elaborado por Andrea Bonomi, Doc. prel. n.º 33 de agosto de 2007 para a Vigésima Primeira Sessão de novembro de 2007 (disponível em <www.hcch.net>).

10 Um comité de redação presidido por Jan Doogue (Nova Zelândia) foi instituído para tratar dos trabalhos das Comissões I e II. Além da sua presidente, o comité de redação reunia os relatores das duas comissões, membros *ex officio*, os membros do Secretariado Permanente, bem como os seguintes especialistas: Denise Gervais (Canadá), Katja Lenzing (Comunidade Europeia), Mary Helen Carlson (Estados Unidos da América) e Maria Elena Mansilla y Mejía (México), bem como James Ding (China), Lixiao Tian (China), Milo Hatapka (Comunidade Europeia), Robert Keith (Estados Unidos da América), Edouard de Leiris (França) e Paul Beaumont (Reino Unido).

11 A terceira leitura do projeto de Protocolo foi concluída na sessão plenária de 22 de novembro de 2007. O projeto de Protocolo foi formalmente adotado durante a sessão de encerramento de 23 de novembro de 2007, através da assinatura da Ata final da Vigésima Primeira Sessão.

PARTE II: TÍTULO, PREÂMBULO E ESTRUTURA GERAL DO PROTOCOLO

12 O título do Protocolo – «Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares» – sublinha o primeiro objetivo deste instrumento: introduzir regras uniformes para a determinação da lei aplicável às obrigações alimentares. Este título retoma o da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), que tem o mesmo objeto.

13 O Protocolo não contém regras sobre conflitos de jurisdição (competência das autoridades, reconhecimento e execução das decisões), nem regras sobre a cooperação administrativa entre os Estados. Algumas dessas questões (a cooperação administrativa tendo em vista e durante o procedimento de cobrança internacional de alimentos, bem como o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras) são reguladas na Convenção.

14 Ao contrário da Convenção, cujo título refere expressamente os alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família, o título do Protocolo não contém qualquer indicação a este respeito. Isto reflete o âmbito de aplicação muito amplo conferido ao Protocolo pelo seu artigo 1.º. O Protocolo determina, de facto, a lei aplicável às obrigações alimentares decorrentes de qualquer relação de família, sem restrição nem possibilidade de reserva (cf. artigo 27.º). Os alimentos em benefício dos filhos estão incluídos no seu âmbito de aplicação, ao mesmo título que os alimentos devidos, de acordo com a lei designada pelo Protocolo, às pessoas adultas.

15 O título «Protocolo» foi debatido na Comissão II da Sessão Diplomática até à sua última reunião de 22 de novembro de 2007, que foi dedicada à segunda leitura do projeto de Protocolo. Na sequência da decisão de tornar o Protocolo formalmente independente da Convenção¹¹, algumas delegações tinham efetivamente proposto alterar o título do instrumento de «Protocolo» para «Convenção», dado que a conexão entre este texto e a

¹¹ Cf. artigo 23.º, que permite a assinatura, a ratificação e a adesão de todos os Estados, mesmo que não sejam Partes na Convenção.

Convenção não era suficientemente forte¹². Após discutir as vantagens e os inconvenientes das duas soluções, chegou-se finalmente a um consenso relativamente ao termo «Protocolo».

16 O termo «Protocolo», embora pouco habitual num instrumento adotado no âmbito da Conferência da Haia, tem a vantagem de salientar as articulações genéticas e funcionais entre o Protocolo e a Convenção. Para além do contexto (cf. *supra*, n.º 2 e seguintes), é de salientar que o Protocolo, tal como a Convenção, tem como objetivo facilitar a cobrança internacional de alimentos. Com efeito, a determinação da lei aplicável (e, se for caso disso, a aplicação de uma lei estrangeira) é uma das dificuldades com que um credor de alimentos pode ser confrontado quando pretende apresentar o seu pedido contra um devedor estabelecido no estrangeiro. Algumas soluções consagradas no Protocolo, em particular o papel de maior destaque que o último reconhece à lei de foro relativamente aos instrumentos existentes (cf. artigos 4.º e 7.º), visam facilitar as decisões em matéria de alimentos e são, portanto, inspiradas pela mesma preocupação subjacente à Convenção. Por último, convém salientar que, tendo em conta o carácter *erga omnes* do Protocolo (cf. o seu artigo 2.º), a ratificação deste último por um grande número de Estados poderá revelar-se benéfica para os credores, mesmo para aqueles que estão domiciliados em Estados que não aderiram a este instrumento (e que não tencionam dele vir a ser Partes). De facto, mesmo os credores domiciliados nesses Estados beneficiarão, no caso de um processo instaurado num Estado Contratante (por exemplo, no Estado de domicílio do devedor), da aplicação de regras uniformes e favoráveis ao credor que estão consagradas no Protocolo.

17 Essa articulação funcional é também salientada no preâmbulo, onde se destaca que a elaboração de regras gerais sobre a lei aplicável é um aditamento útil à Convenção. Além disso, o preâmbulo resume as outras reflexões que presidiram à elaboração do Protocolo, referindo-se, em particular, à preocupação em assegurar a uniformidade das regras relativas aos conflitos de leis e a modernização das Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973.

18 O Protocolo contém 30 artigos. Não está dividido em capítulos, mas é possível reagrupar as suas disposições em três blocos. Os artigos 1.º e 2.º definem o âmbito de aplicação *ratione materiae* e *ratione loci*; os artigos 3.º ao 14.º determinam a lei aplicável às obrigações alimentares, indicando também o seu âmbito de aplicação; os artigos 15.º ao 30.º são disposições gerais e finais, que se tornaram habituais na maioria dos textos elaborados pela Conferência da Haia.

PARTE III: PRINCIPAIS ASPETOS DO REGIME PREVISTO PELO PROTOCOLO

19 Fiel ao objetivo de rever as Convenções anteriores sobre a lei aplicável às obrigações alimentares sem rejeitar inteiramente a sua abordagem, o Protocolo segue, em muitos pontos, as soluções nelas consagradas, em particular pela Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável). Este é o caso, em especial, no que se refere ao âmbito de aplicação, definido de modo muito amplo nos artigos 1.º e 2.º, ao tratamento da obrigação alimentar, que justifica a sua própria regra de conflito («categoria de conexão») independentemente da relação de família subjacente (artigo 1.º, n.º 2), à regra geral baseada na conexão da obrigação alimentar com a lei da residência habitual do credor (artigo 3.º), à admissão de determinadas conexões subsidiárias em «cascata» visando favorecer o credor de alimentos (artigo 4.º) e à definição muito ampla de matérias regidas pela lei designada como aplicável à obrigação alimentar (artigo 11.º). As soluções do Protocolo também podem, em muitos aspetos, ser equiparadas às da *Convenção interamericana de Montevideu, de 15 de julho de 1989, sobre as obrigações alimentares* (a seguir designada «Convenção de Montevideu de 1989»)¹³.

20 As principais inovações relativamente à Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) são três. Em primeiro lugar, o reforço do papel da *lex fori*, que é promovida para os pedidos de determinadas categorias «privilegiadas» de credores, a título de critério principal, assumindo a lei da residência habitual do credor neste caso apenas um papel subsidiário (artigo 4, n.º 3). Em segundo lugar, relativamente às obrigações entre cônjuge e ex-cônjuge, a introdução de uma cláusula de salvaguarda baseada na ideia de proximidade (artigo 5.º), em rutura com a conexão imutável à lei aplicada ao divórcio que resulta do artigo 8.º da Convenção de 1973. Por último, a introdução de um certo grau de autonomia das partes, que assume duas formas: um acordo processual que permita às partes, relativamente a qualquer obrigação alimentar, escolher a lei do foro para efeitos de um procedimento específico (artigo 7.º) e a possibilidade de escolha da lei aplicável, em qualquer momento, por pessoas adultas e capazes de defender os seus interesses, sob reserva de certas condições e restrições (artigo 8.º).

PARTE IV: COMENTÁRIO ARTIGO A ARTIGO

Artigo 1.º Âmbito de aplicação

21 O artigo 1.º define o âmbito de aplicação material do Protocolo. De acordo com o n.º 1 deste artigo, o Protocolo determina a lei aplicável a qualquer obrigação alimentar decorrente das relações de família, parentesco, casamento ou afinidade.

N.º 1 – O presente Protocolo determina a lei aplicável às obrigações alimentares decorrentes de relações de família, parentesco, casamento ou afinidade, incluindo as obrigações alimentares relativamente a filhos, independentemente do estado civil dos pais.

¹² Cf. Ata n.º 6, n.º 11 e seguintes, n.º 178 e seguintes.

¹³ Ver *infra* n.ºs 33, 36, 39, 57, 66, 67 e 166.

a *Lei aplicável às obrigações alimentares*

22 O objetivo do Protocolo é determinar a lei aplicável às obrigações alimentares. Por conseguinte, não contém regras sobre conflitos de jurisdição, nem sobre a cooperação administrativa, matérias que são reguladas, pelo menos em parte, pela Convenção.

23 Além disso, é importante salientar que o Protocolo determina apenas a lei aplicável às obrigações alimentares, concebidas como uma categoria autónoma de conexão. Assim, não visa determinar a lei aplicável às relações de família da qual deriva a obrigação alimentar. Este princípio é importante, sendo claramente expresso na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), cujo artigo 2.º, n.º 1 indica que «[A] Convenção regula apenas os conflitos de leis em matéria de obrigações alimentares». Esta fórmula não foi retomada no Protocolo, provavelmente porque foi considerada supérflua, dado o título deste instrumento («Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares», itálico nosso), bem como o texto do artigo 1.º, n.º 1 («O presente Protocolo determina a lei aplicável às obrigações alimentares [...]», *idem*). Apesar deste silêncio, a abordagem do Protocolo relativamente a este ponto é a mesma que a da Convenção de 1973, no sentido em que a lei aplicável às relações de família referidas no artigo 1.º, n.º 1 (por exemplo, o parentesco ou o casamento) não é diretamente regulada pelo Protocolo. Isto é confirmado pelo artigo 1.º, n.º 2, do Protocolo, que reproduz o artigo 2.º, n.º 2, da Convenção de 1973, que especifica que «[A]s decisões proferidas em aplicação do presente Protocolo não prejudicam a existência de qualquer das relações referidas no n.º 1». Esta regra é um mero corolário da conexão autónoma da obrigação de alimentos.

24 A conexão autónoma da obrigação alimentar tem como consequência que a lei aplicável às relações de família, referidas no artigo 1.º, n.º 1, deve ser determinada, em cada Estado Contratante, com base nas normas de conflito da *common law* em vigor nesse Estado. Tal não coloca problemas quando a existência ou inexistência da relação de família constitui a questão principal do procedimento em curso (por exemplo, quando o pedido é sobre o estabelecimento da filiação, a validade do casamento, a separação de pessoas ou o divórcio), mesmo que um pedido de alimentos seja apresentado a título acessório no âmbito do mesmo procedimento. O problema é mais delicado quando a questão da existência da relação de família é suscitada a título prévio no âmbito de um processo cujo objeto principal é a prestação de alimentos (por exemplo, se o alegado devedor contesta a existência da relação de parentesco ou a validade do casamento). Dado o silêncio do Protocolo, nada impede que se retome a interpretação que havia sido proposta para as Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973, segundo a qual a lei designada para regular a obrigação alimentar também se pode aplicar à questão preliminar relativa à existência de uma relação de família na aceção do artigo 1.º, n.º 1¹⁴.

¹⁴ *Rapport explicatif sur les Conventions Obligations alimentaires de 1973 (Exécution – Loi applicable)*, redigido por Verwilghen (a seguir designado «Relatório Verwilghen»), *Actes et documents de la Douzième session (1972), tome IV, Obligations alimentaires*, p. 383 a 465, n.º 125 e seguintes (também disponível em <www.hcch.net>).

Todavia, esta solução não é vinculativa para os Estados Contratantes, que legitimamente poderão escolher uma conexão distinta e independente da questão preliminar; nesse caso, esta última será decidida de acordo com a lei designada pelas normas de conflito do foro. De qualquer forma, de acordo com o artigo 1.º, n.º 2, a decisão sobre o pedido de alimentos em aplicação da lei designada pelo Protocolo não prejudica a existência da relação de família em causa.

b *Obrigações alimentares decorrentes de relações de família*

25 De acordo com o artigo 1.º, n.º 1, o Protocolo determina as obrigações alimentares decorrentes da relação de família, parentesco, casamento ou afinidade. Essa fórmula corresponde à do artigo 1.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável). Ao contrário desta última¹⁵, o Protocolo não prevê, contudo, quaisquer reservas que permitam aos Estados Contratantes limitarem o seu âmbito de aplicação a determinadas obrigações ou excluírem outras¹⁶. O âmbito de aplicação do Protocolo é, por conseguinte, muito amplo.

i *Âmbito de aplicação material mais amplo do que o da Convenção*

26 O âmbito de aplicação do Protocolo é mais amplo, nomeadamente, do que o âmbito de aplicação obrigatório da Convenção, sendo este último limitado, de acordo com o artigo 2.º, n.º 1.

a) Às obrigações alimentares decorrentes de uma relação de filiação relativamente a pessoas com menos de 21 anos;

b) Ao reconhecimento e execução, ou à execução, de uma decisão em matéria de alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges, quando o pedido é apresentado juntamente com um pedido de alimentos abrangido pela alínea a); e

c) Com exceção do disposto nos capítulos II e III, às obrigações alimentares entre cônjuges e ex-cônjuges».

Esta diferença explica-se, por um lado, pela vontade de fazer coincidir o âmbito de aplicação do Protocolo com o da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), de forma que o primeiro possa substituir (pelo menos entre os Estados Contratantes) a segunda (cf. artigo 18.º). Reflete, por outro lado, a intenção de não restringir excessivamente o âmbito de aplicação de um texto que, sendo objeto de um Protocolo separado da Convenção, é de qualquer modo facultativo para os Estados que ratificarão a Convenção e pode, por outro lado, ser ratificado pelos Estados que não são Partes na Convenção (cf. artigo 23.º).

27 Além disso, os casos de aplicação dos dois instrumentos não poderiam nunca coincidir, porque as suas condições de aplicação *ratione loci* são diferentes. A Convenção é um instrumento *inter partes*, que se aplica nas relações entre os Estados Contratantes; tal é verdade

¹⁵ Cf. em particular os seus artigos 13.º e 14.º.

¹⁶ Cf. artigo 27.º, segundo o qual «[N]ão podem ser formuladas reservas ao presente Protocolo».

tanto para a cooperação administrativa¹⁷ como para o reconhecimento e a execução das decisões¹⁸. O Protocolo, em contrapartida, é aplicável *erga omnes*, mesmo que a lei que designa seja a de um Estado *não Contratante* (cf. artigo 2.º).

28 Convém salientar, além disso, que o âmbito de aplicação material da Convenção também pode ser alargado, de forma facultativa (mediante uma declaração nos termos do artigo 63.º), «a qualquer obrigação alimentar decorrente de relações de família, parentesco, casamento ou afinidade [...]» (artigo 2.º, n.º 3). Mediante tal declaração, cada Estado Contratante poderá portanto fazer coincidir, se assim o desejar, o âmbito de aplicação *material* dos dois instrumentos. Todavia, mesmo na presença de tal declaração, a coincidência será apenas parcial. Com efeito, a declaração prevista no artigo 2.º, n.º 3, da Convenção só cria uma obrigação entre dois Estados Contratantes com base na reciprocidade, ou seja, «na medida em que as respetivas declarações digam respeito às mesmas obrigações alimentares e às mesmas Partes da Convenção»; em contrapartida, o Protocolo, como recordámos acima, é aplicável *erga omnes*, independentemente de qualquer reciprocidade (cf. artigo 2.º). É portanto possível que, mesmo num Estado Parte de ambos os instrumentos que tenha feito tal declaração, a Convenção não se aplique num caso específico, contrariamente ao Protocolo.

ii *Obrigações alimentares decorrentes de uma relação de família*

29 O Protocolo não define o conceito de relação de família, limita-se apenas a dar alguns exemplos, que correspondem aos constantes da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável). Assim, as relações de parentesco, filiação, casamento ou afinidade são expressamente mencionadas. Esta enumeração mostra que o conceito de família adotada pelo Protocolo é bastante amplo; na verdade, inclui as relações de afinidade, mesmo que não sejam reconhecidas em todos os Estados.

30 A última parte do artigo 1.º, n.º 1 especifica que, no caso de alimentos em benefício dos filhos, a aplicação do Protocolo é independente do estado civil dos pais. Este esclarecimento, que também consta do artigo 1.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) e do artigo 2.º, n.º 4, da Convenção, estabelece que o Protocolo se aplica sem discriminação aos filhos nascidos dentro ou fora do casamento.

31 Atualmente, o problema que se coloca é o das diferentes formas de casamento ou de parceria entre pessoas do mesmo sexo. Estes relacionamentos são reconhecidos num número crescente de sistemas jurídicos, que muitas vezes os consideram como relações de família que podem dar origem a pedidos de alimentos. Outros Estados recusam todavia reconhecê-los, considerando-os por vezes contrários à ordem pública. O Protocolo não mudará esta situação. Com efeito, as

normas de conflito do Protocolo determinam apenas a lei aplicável às obrigações alimentares; não determinam a lei aplicável ao que constitui uma relação de família, nem ao estabelecimento de tais relações que constituem a base das obrigações alimentares (cf. *supra* n.º 23). A existência e a validade de casamentos ou de parcerias entre pessoas do mesmo sexo continuam, portanto, sujeitas à legislação nacional dos Estados Contratantes, incluindo as respetivas regras de direito internacional privado. Além disso, o Protocolo não especifica se as obrigações alimentares decorrentes desses tipos de relações estão incluídas no seu âmbito de aplicação; essa omissão é intencional, para evitar que o Protocolo enfrente a oposição fundamental entre os Estados sobre esta matéria. No entanto, a questão foi discutida em relação a certas regras de conexão, incluindo a do artigo 5.º relativamente às obrigações alimentares entre cônjuges e ex-cônjuges. Algumas delegações tinham efetivamente proposto esclarecer expressamente no texto do Protocolo que esta disposição poderia, segundo o critério dos Estados, aplicar-se a estes institutos semelhantes ao casamento. Embora esta proposta não tenha obtido o consenso necessário, a Comissão II da Sessão Diplomática admitiu que os Estados que reconhecem esses institutos nos seus sistemas jurídicos, ou estão dispostos a reconhecê-las, podem submetê-las à regra do artigo 5.º (cf. *infra* n.º 92 e seguintes), o que equivale a admitir implicitamente que o Protocolo lhes pode ser aplicado. Em contrapartida, nada foi decidido para os Estados Contratantes que não estão dispostos a tratar estes tipos de institutos como casamentos. Para estes últimos, uma solução possível consiste em considerar que essas relações não são equiparáveis ao casamento (neste caso, a lei aplicável será determinada com base noutras regras do Protocolo, particularmente os artigos 3.º e 6.º). Dado o silêncio do Protocolo e dos trabalhos preparatórios, temos de admitir que esta solução é legítima, mesmo que implique que a aplicação do Protocolo não será uniforme nos Estados Contratantes. Esta falta de uniformidade não é, contudo, demasiado grave, tendo em conta que, em qualquer caso, o tribunal ou a autoridade do Estado em causa pode recusar, por razões de ordem pública, a aplicação de uma lei estrangeira que reconhece a obrigação alimentar decorrente dessas relações controversas (cf. artigo 13.º, *infra* n.º 178).

32 O Protocolo não especifica se é aplicável às obrigações alimentares decorrentes de um acordo relativo à existência ou ao alcance de um pedido de alimentos. Tais acordos são muitas vezes celebrados entre os cônjuges no momento do casamento ou em caso de divórcio, ou entre parceiros não casados. Lembramos que esta questão não pôde ser resolvida durante a elaboração da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), e que esta última permitia, portanto, ao tribunal «um grande grau de latitude», permitindo-lhe submeter essas obrigações às disposições do tratado ou às normas de conflitos geralmente aplicadas¹⁹. Apesar do silêncio do Protocolo sobre este ponto, este último contém elementos que permitem afirmar que também é aplicável aos acordos relativos a alimentos, na medida em que estes acordos visem alterar ou clarificar uma obrigação

¹⁷ Cf. artigo 9.º da Convenção, que se refere ao pedido transmitido à autoridade central do Estado requerido através da autoridade central do Estado Contratante no qual reside o requerente.

¹⁸ Cf. o artigo 20.º, n.º 1, da Convenção, que estabelece as condições em que «[u]ma decisão proferida num Estado Contratante [...] é reconhecida e executada nos outros Estados *Contratantes*» (itálico nosso).

¹⁹ Relatório Verwilghen (*citado supra* nota 14) n.º 120.

decorrente de relações de família. Com efeito, ao contrário da Convenção de 1973, o Protocolo permite, sob determinadas condições, escolher a lei aplicável à obrigação alimentar²⁰. Ora, uma das razões – se não a principal – para admitir essa escolha foi precisamente garantir uma certa estabilidade dos acordos concluídos em matéria de alimentos entre cônjuges ou outras pessoas adultas (cf. *infra* n.º 126). Caso se aceite que a lei designada pelas partes em virtude do Protocolo é aplicável aos acordos sobre alimentos, impõem-se necessariamente a mesma conclusão para a lei designada pelo próprio Protocolo mediante uma conexão objetiva.

c *Âmbito das decisões proferidas em aplicação do Protocolo*

N.º 2 – As decisões proferidas em aplicação do presente Protocolo não prejudicam a existência de qualquer das relações referidas no n.º 1.

33 O artigo 1.º, n.º 2 especifica que as decisões proferidas em aplicação do Protocolo não prejudicam a existência de qualquer das relações referidas no n.º 1. Esta disposição retoma a fórmula utilizada no artigo 2.º, n.º 2 da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável); a mesma solução foi utilizada no artigo 5.º da Convenção de Montevidéu de 1989. Esta estabelece que ninguém pode invocar uma decisão que condena o devedor a pagar os alimentos ao credor com base na lei designada pelo Protocolo para afirmar a existência de uma relação de família como aquelas referidas no artigo 1.º, n.º 1. Esta regra é um corolário da conexão autónoma da obrigação alimentar (cf. *supra* n.º 23). É a equivalente do artigo 19.º, n.º 2, da Convenção, segundo o qual, se uma decisão estrangeira não se referir exclusivamente à obrigação alimentar, o efeito das normas da Convenção sobre o reconhecimento e a execução só se aplica à parte da decisão que diga respeito à obrigação alimentar²¹. Para uma análise mais aprofundada desta abordagem, já bem conhecida nos Estados Contratantes da Convenção de 1973, remete-se para o relatório Verwilghen²².

Artigo 2.º Aplicação universal

O presente Protocolo é aplicável mesmo se a lei por ele designada não é a de um Estado Contratante.

34 Esta disposição apenas esclarece o carácter universal do Protocolo. Este será aplicável nos Estados Contratantes, mesmo se a lei designada pelas suas disposições é a de um Estado não contratante. Esta abordagem corresponde à adotada pela Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) (artigo 2.º), bem como por várias outras Convenções da Haia em matéria de lei aplicável.

35 Em virtude desta regra, se a autoridade de um Estado Contratante receber um pedido relativo a uma obrigação alimentar abrangido pelo âmbito de aplicação material do Protocolo, deverá aplicar este instrumento para determinar a lei aplicável à matéria de fundo, mesmo se o caso apresentar (atendendo à residência das partes, ou por outros motivos) conexões muito estreitas com um ou mais Estados não contratantes. O mesmo é aplicável se a lei

²⁰ Cf. em particular o artigo 8.º, que permite às partes designar a lei aplicável «a qualquer momento».

²¹ Cf. o Relatório Borrás-Degeling, n.º 438.

²² Citado *supra* (nota 14) n.º 122 e seguintes.

designada pelo Protocolo for a de um Estado não contratante (pode ser o caso, por exemplo, se o credor for residente nesse Estado, ou se as partes tiverem designado essa lei como aplicável à obrigação alimentar, cf. artigos 3.º e 8.º).

Artigo 3.º Regra geral sobre a lei aplicável

36 Esta disposição estabelece o princípio da conexão das obrigações alimentares à lei do Estado da residência habitual do credor. Esta conexão corresponde à utilizada, a título principal, na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) e, em matéria de alimentos em benefício dos filhos, na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1956. Está também prevista no artigo 6.º da Convenção de Montevidéu de 1989 (embora esteja prevista como uma alternativa à residência habitual do devedor). Esta solução foi aceite por unanimidade durante as negociações.

N.º 1 – Salvo disposição em contrário do presente Protocolo, as obrigações alimentares são reguladas pela lei do Estado da residência habitual do credor.

a *Motivo para esta conexão*

37 Esta conexão apresenta várias vantagens. A principal é que permite determinar a existência e o montante da obrigação alimentar, tendo em conta as condições jurídicas e factuais do contexto social do país onde o credor vive e exerce a maioria das suas atividades. Como tinha sido justamente observado no Relatório Verwilghen, «é para viver que [o credor] utilizará a pensão de alimentos». Portanto, «é aconselhável apreciar o problema concreto que se coloca relativamente a uma sociedade concreta: aquela onde o requerente da pensão de alimentos vive e viverá»²³.

38 A conexão com a lei da residência habitual também garante a igualdade de tratamento entre os credores que vivem no mesmo país, independentemente da sua nacionalidade. Com efeito, não se entende por que um credor de nacionalidade estrangeira, nas mesmas circunstâncias, deva ser tratado de forma diferente daquele que tem a nacionalidade do Estado onde reside.

39 Por último, deve salientar-se que o critério da residência habitual do credor é amplamente utilizado para a determinação do tribunal competente em matéria de alimentos, tanto nos instrumentos de direito uniforme²⁴ como nas várias legislações nacionais. Por conseguinte, a utilização deste mesmo critério para a determinação da lei aplicável, muitas vezes leva à aplicação da lei da autoridade requerida, com vantagens óbvias em termos de simplicidade e eficiência. Estas vantagens são particularmente valiosas em matéria de alimentos cujos montantes em causa e, por conseguinte, os recursos disponíveis para a procura do direito estrangeiro, são geralmente muito modestos.

²³ Citado *supra* (nota 14) n.º 138.

²⁴ Por exemplo, o artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial («Bruxelas I»), bem como a disposição «paralela» do artigo 5.º, n.º 2, da *Convenção de Lugano, de 16 de setembro de 1988, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial* (a seguir designada «Convenção de Lugano de 1988»); artigo 8.º, alínea a), da Convenção de Montevidéu de 1989.

40 Tal como sublinhado no artigo 3.º, n.º 1, a conexão à lei da residência habitual do credor não se aplica se o Protocolo dispuser em contrário. Este esclarecimento é importante, porque esta conexão está sujeita, no sistema do Protocolo, a várias exceções, previstas nos artigos 4.º a 8.º. Regra geral, deve constatar-se que o alcance desta regra é aqui mais restrito do que nas Convenções de obrigações alimentares de 1956 e de 1973.

b *Conceito de residência habitual*

41 O conceito de residência habitual não é definido pelo Protocolo. Também não o fazem muitas das Convenções da Haia que adotam este conceito como critério para a determinação da lei aplicável ou da competência das autoridades, incluindo a Convenção²⁵. A tarefa de estabelecer num caso específico se o credor é residente num ou noutro Estado pertence à autoridade requerida; todavia, esta última deve procurar um conceito uniforme, baseado na finalidade do Protocolo, em vez de aplicar critérios de direito interno²⁶.

42 Deve notar-se que o critério selecionado é o da residência *habitual*, o que implica um certo grau de estabilidade. Uma simples residência de natureza temporária não é suficiente para determinar a lei aplicável à obrigação alimentar. Se, por exemplo, o credor de alimentos vive por alguns meses num país diferente daquele onde está estabelecido por razões de estudo ou para exercer numa atividade de caráter temporário, em princípio tal não deve modificar a sua residência habitual, nem a lei aplicável à obrigação alimentar nos termos do artigo 3.º.

43 O critério da «residência habitual» também é utilizado na Convenção, bem como o conceito de «residência». No artigo 20.º, n.º 1, alíneas *c*) e *d*), da Convenção, o critério de «residência habitual» é utilizado para determinar as bases para o reconhecimento de decisões estrangeiras²⁷, enquanto o critério de «residência» é utilizado no artigo 9.º da Convenção para determinar a competência da autoridade central do Estado requerente e tornar aplicáveis as disposições da Convenção relativas à cooperação administrativa. Com efeito, de acordo com o artigo 9.º «[O]s pedidos previstos no presente capítulo são apresentados através da autoridade central do Estado Contratante de residência do requerente à autoridade central do Estado requerido». Ao abrigo desta disposição, é suficiente uma simples residência, mesmo que não tenha caráter habitual; por outro lado, uma simples presença ocasional não é suficiente. Esta solução foi escolhida para facilitar o mais possível os pedidos de cobrança internacional de alimentos²⁸.

c *Mudança da residência habitual*

N.º 2 – Em caso de mudança da residência habitual do credor, aplica-se a lei do Estado da nova residência habitual a partir do momento da mudança.

44 Em caso de mudança da residência por parte do credor, a lei do Estado da nova residência habitual passa a ser aplicável a partir do momento dessa mudança. Esta

solução, que corresponde à adotada pelas Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 (artigo 1.º, n.º 2) e de 1973 (artigo 4.º, n.º 2), é necessária, tendo em conta as razões nas quais se baseia a conexão à residência habitual. No caso de mudança da residência habitual, é de facto lógico que a determinação da existência e do montante da obrigação alimentar seja efetuada de acordo com a lei do país onde o credor vive. A aplicação desta lei justifica-se igualmente por considerações relacionadas com a igualdade de tratamento de todos os credores que residem no mesmo país.

45 Convém notar que a solução preconizada para o conflito móvel não é necessariamente coerente com a preocupação de assegurar a coincidência entre a competência das autoridades e a lei aplicável. Com efeito, quando a competência da autoridade depende da residência habitual do credor, esta última é geralmente apreciada no momento do pedido, independentemente de uma alteração posterior (princípio da *perpetuatio fori*). Em contrapartida, quanto à lei aplicável, a mudança da residência habitual do credor deve ser tida em conta na decisão sobre alimentos, mesmo se aquela ocorreu durante o procedimento em causa. Na medida em que a decisão fixe uma pensão para o futuro, seria ilógico, de facto, não ter conta uma alteração das circunstâncias desta relevância.

46 No entanto, o prazo-limite para invocar esta mudança quando ocorre durante o procedimento não é determinado pelo Protocolo. Dependerá das regras processuais aplicáveis em cada Estado Contratante.

47 Note-se que a mudança da residência deve ser tida em conta apenas se, e a partir do momento em que, o credor adquire uma nova residência habitual, ou seja, quando a nova residência adquire o grau de estabilidade próprio ao caráter habitual. Se o credor se mudar para outro país para aí ficar numa base puramente temporária²⁹, não existe, em princípio, qualquer mudança da residência habitual, a menos que a nova residência adquira em algum momento um caráter estável (se, por exemplo, um credor que fazia uma formação num Estado estrangeiro encontrar um trabalho que lhe permita aí residir permanentemente).

48 A alteração da lei aplicável ocorre a partir do momento da mudança da residência habitual, mas apenas para o futuro (*ex nunc*). Os pedidos do credor relativos ao período antes da mudança continuam assim a ser sujeitos à lei da residência habitual. Esta solução é justificada se considerarmos que o direito de obter benefícios para o período anterior já foi adquirido pelo credor e, portanto, não deve ser objeto de debate devido a uma alteração posterior da lei aplicável.

Artigo 4.º Regras especiais a favor de certos credores

49 Esta disposição prevê derrogações importantes à conexão de princípio à residência habitual do credor de alimentos. A razão para a existência destas derrogações é a introdução de um regime mais favorável para certas categorias de credores de alimentos nos casos em que a aplicação da lei da sua residência habitual seja contrária aos seus interesses.

²⁵ Cf. o Relatório Borrás-Degeling, n.ºs 61 e 62.

²⁶ Artigo 20.º, cf. n.º 202.

²⁷ Cf. o Relatório Borrás-Degeling, n.º 444.

²⁸ *Ibidem*, n.º 228.

²⁹ Cf. os exemplos fornecidos no n.º 42.

a *Âmbito de aplicação do artigo 4.º*

N.º 1 – As seguintes disposições são aplicáveis no caso de obrigações alimentares:

50 Em conformidade com a sua finalidade, a regra do artigo 4.º beneficia apenas determinadas categorias de credores, que são definidos no n.º 1. Para evitar qualquer equívoco, convém salientar que o objetivo deste número não é estabelecer as condições para a obtenção de alimentos (uma questão para a lei interna designada), mas apenas determinar as categorias de credores que, para a determinação da lei aplicável ao seu pedido, beneficiarão – por derrogação do artigo 3.º – dos critérios de conexão previstos no artigo 4.º. A existência do direito a uma prestação de alimentos dependerá da lei ou leis designadas por este artigo. Para as categorias de credores não abrangidos pelo artigo 4.º, a lei aplicável aos seus pedidos de alimentos será determinada pelo artigo 3.º ou por outras disposições do Protocolo.

51 Convém igualmente notar que o artigo 4.º não exclui a aplicação, para determinadas categorias de credores que visa, de outras disposições do Protocolo: o artigo 3.º continua aplicável, sob reserva das derrogações previstas no artigo 4.º, o artigo 6.º permite que, em alguns casos, o devedor conteste a pretensão do credor, e os artigos 7.º e 8.º regem os acordos sobre a lei aplicável.

52 Ao contrário da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), em que o sistema «em cascata» baseado nas conexões subsidiárias tem um alcance geral (cf. artigo 5.º e 6.º), o Protocolo prevê um sistema do mesmo tipo apenas para certas categorias de credores referidos no artigo 4.º, n.º 1 (cf. *infra* n.º 53 e seguintes). Esta diferença poderá ser considerada, nos Estados Contratantes da Convenção de 1973, como um passo atrás relativamente ao nível atual de proteção dos credores de alimentos. Na realidade, não é exatamente assim. Com efeito, a Convenção de 1973 já excluía as conexões em cascata para os alimentos entre cônjuges divorciados, sendo estes últimos regidos em qualquer caso pela lei aplicada ao divórcio (artigo 8.º da Convenção de 1973). O mesmo sucede no caso de separação de pessoas, de nulidade e de anulação do casamento. Por conseguinte, comparando os dois textos, constata-se que divergem quanto ao tratamento dos cônjuges que continuam casados³⁰ e de alguns credores adultos cujos pedidos de alimentos não são objeto de unanimidade em termos de direito comparado (por exemplo, as pessoas relacionadas colateralmente ou por afinidade) e relativamente aos quais o Protocolo prevê a introdução de certos meios de defesa específicos a favor do devedor (cf. *infra* artigo 6.º). Dado que estas categorias de credores estão sujeitas a regras especiais que são menos favoráveis, pareceu pouco lógico, ou mesmo claramente contraditório, fazer com que beneficiassem das conexões em cascata do artigo 4.º.

53 No projeto do GTLA de janeiro de 2007³¹, as regras especiais daquele que se tornou o artigo 4.º estavam previstas apenas a favor de pessoas com menos de 21 anos. Na reunião da Comissão Especial de maio de 2007, tal categoria foi dividida em duas categorias distintas.

³⁰ Estes últimos estão incluídos no âmbito de aplicação do artigo 5.º do Protocolo, ao passo que foram excluídos do artigo 8.º da Convenção de 1973.

³¹ Doc. prel. n.º 24, de janeiro de 2007 (*citado supra* nota 7) artigo D.

Assim, o artigo 4.º é aplicável, por um lado, às obrigações alimentares dos pais relativamente aos filhos (artigo 4.º, n.º 1, alínea a)) e, por outro lado, às obrigações alimentares de pessoas diferentes dos pais relativamente a qualquer pessoa com menos de 21 anos (artigo 4.º, n.º 1, alínea b)). No primeiro caso, a relação de filiação é o elemento determinante; no segundo caso, o tratamento favorável depende da idade do credor. Além disso, na reunião da Comissão Especial de maio de 2007, a aplicação desse artigo estendeu-se às obrigações alimentares dos filhos relativamente aos pais. Estas soluções encontram-se no texto final do Protocolo.

Alínea a) – Dos pais relativamente aos filhos;

54 De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), esta disposição aplica-se às obrigações alimentares dos pais relativamente aos filhos sem limite de idade. A existência de uma relação de filiação foi considerada suficiente para justificar um tratamento preferencial em termos da determinação da lei aplicável. Tal não significa que o filho tenha o direito de obter alimentos, independentemente da sua idade, porque essa questão depende das regras substantivas da lei ou leis designadas, mas apenas que poderá beneficiar das conexões subsidiárias em cascata, bem como da inversão das conexões, previstas no artigo 4.º, n.ºs 2 a 4.

Alínea b) – De pessoas diferentes dos pais relativamente a pessoas com menos de 21 anos, exceto as obrigações decorrentes das relações referidas no artigo 5.º; e

55 De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alínea b), as regras desta disposição beneficiam também as pessoas com menos de 21 anos. Trata-se, nestes casos, de obrigações alimentares com base em relações de família abrangidas pelo Protocolo (cf. artigo 1.º, n.º 1), excluindo as relações de filiação (já referidas no artigo 4.º, n.º 1, alínea a)), bem como o casamento. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 1, alínea b), especifica expressamente que não visa aplicar-se às obrigações alimentares decorrentes das relações referidas no artigo 5.º, nomeadamente as obrigações de alimentos entre cônjuges, ex-cônjuges ou pessoas cujo casamento foi anulado. Na ausência de escolha da lei aplicável, as obrigações entre cônjuges e ex-cônjuges são, de facto, regidas pelas regras dos artigos 3.º e 5.º; o *favor creditoris* que está na base do artigo 4.º não é aplicável em tais casos.

56 As situações referidas na alínea b) são, portanto, essencialmente as de pedidos de alimentos com base numa relação de família direta ou colateral (por exemplo, um pedido apresentado por um neto, por um irmão ou uma irmã, um sobrinho ou sobrinha) ou numa relação de afinidade (por exemplo, um filho relativamente ao cônjuge do progenitor). Note-se que estas obrigações ficam também sujeitas ao artigo 6.º, de forma que o devedor poderá, se for caso disso, invocar os meios de defesa previstos nesse artigo. A solução apresentada pelo Protocolo relativamente a esta questão não é muito coerente, porque as mesmas relações são, por um lado, privilegiadas pelo artigo 4.º e, por outro, desfavorecidas pelo artigo 6.º (cf. *infra* n.º 100). Trata-se, evidentemente, de uma solução de compromisso.

57 Após uma longa hesitação sobre a fixação de um limite de idade de 18 ou 21 anos, a Sessão Diplomática

finalmente decidiu-se pelo último. O argumento principal a favor desta solução é que é coerente com a tendência observada em direito comparado de favorecer a atribuição de alimentos aos jovens que seguem o ensino superior, nomeadamente a nível universitário. Esta tendência foi tida em conta em alguns textos de fonte internacional; assim, a Convenção de Montevidéu de 1989 prevê que as prestações resultantes deste texto se apliquem a favor de pessoas que, após atingirem a idade de 18 anos, continuem a ser elegíveis para alimentos ao abrigo da lei aplicável. Saliente-se que, em qualquer caso, a possibilidade de obtenção de alimentos depende da ou das leis designadas; o Protocolo limita-se, com efeito, a reger os conflitos de leis e não impõe qualquer obrigação aos Estados para alterarem o direito interno.

Alínea c) – Dos filhos relativamente aos pais.

58 O artigo 4.º, n.º 1, alínea c) torna aplicável o artigo 4.º às obrigações alimentares dos filhos relativamente aos pais. Esta extensão do âmbito de aplicação dessa regra especial foi proposta pela maioria das delegações na reunião da Comissão Especial de maio de 2007, argumentando que os pais merecem também, tal como os filhos, um tratamento favorável em termos de conflito de leis. Esta solução foi finalmente adotada na Sessão Diplomática. Como no caso da alínea b), as relações referidas na alínea c) ficam igualmente sujeitas à regra do artigo 6.º, que permite ao devedor invocar o meio de defesa previsto por esta disposição (*ibidem*).

b Conexão subsidiária à lei do foro

N.º 2 – Se, por força da lei referida no artigo 3.º, o credor não puder obter alimentos do devedor, aplica-se a lei do foro.

59 A primeira vantagem reconhecida às categorias de credores definidos no artigo 4.º, n.º 1, é constituída pela previsão de uma conexão subsidiária à lei do foro nos casos em que o credor não consegue obter alimentos por força da lei do Estado da sua residência habitual. Esta solução é inspirada no princípio do *favor creditoris* e visa garantir ao credor a possibilidade de obter alimentos se tal resultar da lei da autoridade requerida.

60 Esta solução é clássica. Atualmente está prevista nas Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 (artigo 3.º) e de 1973 (artigo 6.º). Todavia, esta última apenas a prevê como último recurso, após a aplicação, sempre a título subsidiário, da lei da nacionalidade comum das partes (artigo 5.º). A inversão, no Protocolo, destes dois critérios de conexão subsidiária (a lei do foro prevalece sobre a lei da nacionalidade comum, cf. artigo 4.º, n.º 4), justifica-se por várias razões. Por um lado, reduz a importância prática da conexão à nacionalidade comum, cuja pertinência em matéria de alimentos é contestada (cf. *infra* n.º 74). Por outro lado, facilita a tarefa da autoridade requerida, que poderá aplicar a título subsidiário a sua própria legislação, sem ter de contestar anteriormente o teor da lei da nacionalidade comum das partes. Por conseguinte, esta solução também é benéfica para o credor, porque permite chegar a uma decisão mais rápida e menos dispendiosa.

61 Tal como nas Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973, a conexão subsidiária apenas está prevista se o credor «não puder obter

alimentos» de acordo com a lei da residência habitual do credor, aplicável a título principal. O significado exato que convém atribuir a esta expressão foi controverso na reunião da Comissão Especial de maio de 2007. É evidente que o credor pode beneficiar da aplicação subsidiária da lei do foro, não apenas se a lei da residência habitual não previr qualquer obrigação de alimentos decorrente da relação de família em questão (por exemplo, não prevê a obrigação de alimentos dos filhos relativamente aos pais), mas também se, tendo conhecimento de tal obrigação, em princípio ela a faz depender de uma condição que não está prevista no caso concreto (por exemplo, prevê que a obrigação dos pais relativamente aos filhos termina quando estes fazem 18 anos, quando o credor já atingiu essa idade)³². É todavia controversa a questão de saber se a aplicação subsidiária da lei do foro também deve ser contemplada quando os alimentos não são devidos ao abrigo da lei da residência habitual por razões económicas, nomeadamente devido aos critérios estabelecidos por esta lei para a avaliação das necessidades do credor ou dos recursos do devedor (ou seja, se, nos termos da lei da residência habitual, o credor não necessita de alimentos, ou o devedor não dispõe dos meios para os providenciar). No plano estritamente teórico, é difícil distinguir este caso das situações precedentes, porque também se trata de uma hipótese na qual a concessão de alimentos é recusada devido à ausência de uma condição estabelecida pela lei aplicável a título principal. Todavia, de acordo com a maioria das delegações, o *favor creditoris* (e a conexão subsidiária que constitui a expressão normativa) não se deve aplicar neste último caso.

62 De qualquer modo, o recurso à conexão subsidiária está excluído quando a lei da residência habitual do credor prevê uma obrigação alimentar num montante inferior ao previsto pela lei do foro. Neste caso, a lei designada pelo artigo 3.º aplica-se, mesmo que seja efetivamente menos favorável para o credor do que a lei da autoridade requerida.

63 Nos casos em que é aplicável, a conexão subsidiária à lei do foro é obviamente útil apenas se a ação de alimentos for instaurada num Estado diferente da residência habitual do credor porque, caso contrário, a lei da residência habitual e a lei do foro coincidem. Além disso, o alcance do artigo 4.º, n.º 2 é posteriormente reduzido pela disposição do artigo 4.º, n.º 3 do Protocolo. Com efeito, de acordo com o último, a lei do foro é aplicável de qualquer forma a título principal se a ação for instaurada pelo credor no Estado da residência habitual do devedor (cf. *infra* n.º 64 e seguintes). Portanto, a aplicação subsidiária da lei do foro de acordo com o artigo 4.º, n.º 2, pode ser considerada apenas se a ação for instaurada pelo devedor (por exemplo, no caso em que este instaurou uma ação perante a autoridade competente do Estado da sua própria residência habitual, desde que o tribunal requerido seja competente para apreciar o caso³³;

³² Cf. Relatório Verwilghen (*citado supra* nota 14) n.º 145.

³³ Tal não será normalmente o caso dos Estados Partes na Convenção quando o devedor instaura uma ação a fim de ser libertado de uma obrigação alimentar após uma decisão anterior proferida no Estado Contratante onde o credor é habitualmente residente. De acordo com o artigo 18.º, n.º 1, da Convenção e sujeito a certas exceções, «[q]uando uma decisão tiver sido proferida num Estado Contratante onde o credor

o credor pode então defender-se, invocando a lei do foro), ou se a autoridade requerida for a de um Estado no qual nenhuma das partes é residente (se, por exemplo, o pedido de alimentos for apresentado a título acessório no tribunal competente para o estabelecimento da filiação ou a dissolução do casamento).

c *Inversão dos fatores de conexão no caso de uma ação instaurada pelo credor no Estado da residência habitual do devedor*

N.º 3 – Não obstante o disposto no artigo 3.º, se o credor tiver recorrido à autoridade competente do Estado em que o devedor tem residência habitual, aplica-se a lei do foro. No entanto, se por força de tal lei o credor não puder obter alimentos do devedor, aplica-se a lei do Estado da residência habitual do credor.

64 O artigo 4.º, n.º 3 prevê que a lei do foro é aplicável a título principal se o credor tiver recorrido à autoridade competente do Estado da residência habitual do devedor. Neste caso, no entanto, se o credor não pode obter alimentos de acordo com a lei do foro, a lei da residência habitual do credor torna-se novamente aplicável a título subsidiário. É uma inversão importante dos critérios de conexão previstos no artigo 3.º e no artigo 4.º, n.º 2 (a lei do foro prevalece sobre a lei da residência habitual do credor). Esta disposição é o resultado de um compromisso entre os defensores de uma aplicação indiferenciada da lei da residência habitual do credor e os partidários da lei do foro.

i *Conexão principal à lei do foro*

65 A aplicação da lei do foro está sujeita a duas condições: por um lado, é necessário que a autoridade requerida seja a do Estado da residência habitual do devedor e, por outro, que a ação seja instaurada pelo credor.

66 A primeira dessas condições é a que justifica a aplicação da lei do foro em vez da lei da residência habitual do credor. Com efeito, é de salientar que, quando a ação de alimentos é instaurada no Estado da residência habitual do devedor, o fator de conexão da residência habitual do credor perde uma parte dos seus méritos. Em tal caso, este critério não implica a aplicação da *lex fori*, de modo a que a autoridade requerida deva determinar o teor de uma lei estrangeira, uma operação que pode ser demorada e dispendiosa. Além disso, essa lei estrangeira terá de ser aplicável mesmo que, no caso concreto, seja *menos favorável* ao credor do que a lei do foro (sendo a única exceção prevista no artigo 4.º, n.º 2, situação em que o credor *não tem direito a quaisquer alimentos* de acordo com a lei da sua residência habitual, cf. *supra* n.º 62). Nessa situação, a aplicação da lei da residência habitual do credor conduz a um resultado contrário à preocupação com a proteção do credor que lhe dá origem. Verificou-se, portanto, que esta conexão poderia ser substituída de forma adequada pela aplicação da lei do foro, que é também neste caso a lei da residência habitual do devedor (note-se que outros instrumentos

tem a sua residência habitual, o devedor não pode propor uma ação para alterar ou obter uma nova decisão em qualquer outro Estado Contratante, enquanto o credor continuar a ter a sua residência habitual no Estado onde foi proferida a decisão».

internacionais tornam a lei da residência habitual do devedor aplicável a determinadas condições; este é particularmente o caso da Convenção de Montevidéu de 1989, cujo artigo 6.º prevê a aplicação desta lei como alternativa à lei da residência habitual do credor, se for mais favorável para o credor de alimentos).

67 A segunda condição para a aplicação da lei do foro é que a ação seja instaurada pelo credor; destina-se a limitar, no interesse do credor, a derrogação ao princípio da conexão de princípio à lei da sua residência habitual. Com efeito, verificou-se que esta derrogação pode ser justificada se o próprio credor decidir instaurar uma ação no Estado da residência do devedor, ao passo que parece excessiva se a ação for instaurada nesse país por iniciativa do devedor (por exemplo, aquando de um pedido de revisão de uma decisão de alimentos). Com efeito, muitas vezes o credor pode escolher agir no país onde reside ou no país da residência do devedor (este é o caso, em particular, no espaço judiciário europeu por força do artigo 2.º e do artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 de 22 de dezembro de 2000 e da Convenção de Lugano de 1988; uma opção semelhante está prevista no artigo 8.º da Convenção de Montevidéu de 1989, cf. *supra*, n.º 39). Se ele optar pela segunda solução, não poderá reclamar da aplicação da lei interna do país do devedor. Assim, a solução encontrada constitui uma espécie de compromisso entre os partidários de uma aplicação automática da lei do foro e aqueles que teriam preferido submetê-la a um requerimento (opção) por parte do credor³⁴. Além disso, convém notar que se a ação for instaurada pelo credor, a competência das autoridades do Estado da residência habitual do devedor terá uma base muito sólida (efetivamente, basear-se-á no princípio de *actor sequitur forum rei*), o que pode justificar da melhor forma a aplicação da lei do foro. Se, por outro lado, a ação for instaurada pelo devedor no seu Estado de residência, a competência das autoridades desse Estado (se existir, segundo a lei do foro) pode basear-se num critério de competência muito menos significativo (por exemplo, a nacionalidade de uma das partes), ou mesmo claramente exorbitante (*forum actoris*). Mais uma razão para impedir a aplicação da lei do foro neste caso.

68 A aplicação a título principal da lei do foro destina-se apenas às categorias de credores referidos no artigo 4.º, n.º 1 (filhos, pessoas com menos de 21 anos e pais). Esta solução restritiva, que difere da solução proposta pelo GTLA no projeto de 2006³⁵, explica-se principalmente pela seguinte razão: verificou-se que a aplicação da lei do foro às condições estabelecidas pela disposição em causa constitui uma vantagem importante para o credor. Com efeito, através do requerimento das autoridades do Estado da sua residência ou do Estado da residência do devedor, o credor tem o direito de escolher indiretamente a lei aplicável ao seu pedido de alimentos (*forum shopping*). De acordo com a Sessão Diplomática, tal privilégio apenas pode ser justificado para as categorias que beneficiam do artigo 4.º.

69 Em matéria de obrigações alimentares em benefício dos filhos, a aplicação da lei do foro baseia-se também

³⁴ Cf. o Relatório do grupo de trabalho sobre a lei aplicável, Doc. prel. n.º 22 de junho de 2006 (*citado supra* nota 6) n.ºs 24 e 25.

³⁵ *Ibidem*, n.º 20 e seguintes.

noutra consideração. Num número crescente de países, a tarefa de decidir sobre estas obrigações é atribuída às autoridades administrativas. Essas autoridades podem não ter a competência nem os recursos para determinar e aplicar o direito estrangeiro. Portanto, a aplicação da lei do foro pode ser mais apropriada para determinados sistemas de cobrança de obrigações alimentares do tipo administrativo. Esta preocupação é obviamente muito menos relevante quando se trata de pedidos de alimentos de pessoas adultas, sendo estes geralmente decididos pelas autoridades judiciárias (pelo menos quando não estão relacionados com pedidos de alimentos dos filhos).

ii *Conexão subsidiária à lei da residência habitual do credor*

70 Dado que a aplicação a título principal da lei do foro é inspirada pelo princípio do *favor creditoris*, não pode ser mantida quando leva a privar o credor de alimentos. Esta é a razão pela qual o artigo 4.º, n.º 3 *in fine* prevê, de forma análoga ao artigo 4.º, n.º 2, mas no sentido inverso, uma conexão subsidiária à lei da residência habitual do credor quando este não consegue obter alimentos de acordo com a lei da autoridade requerida. O artigo 4.º, n.º 3 limita-se, portanto, a inverter as conexões previstas pelas regras gerais. O significado da expressão «não puder obter alimentos» é obviamente o mesmo do artigo 4.º, n.º 2 (cf. *supra* n.ºs 61 e 62).

d *Conexão subsidiária à nacionalidade comum das partes*

N.º 4 – Se, por força das leis referidas no artigo 3.º e nos n.ºs 2 e 3 do presente artigo, o credor não puder obter alimentos do devedor, aplica-se a lei do Estado da eventual nacionalidade comum do credor e do devedor.

71 Se o credor não puder obter alimentos com base na lei do seu Estado de residência habitual ou na lei do foro (aplicáveis por esta ordem ou, no caso do artigo 4.º, n.º 3, pela ordem inversa), a lei da nacionalidade comum das partes é aplicável em última instância. Esta segunda conexão subsidiária completa a proteção dos credores de alimentos caso as leis designadas pelos dois primeiros critérios não prevejam qualquer obrigação alimentar. O significado da expressão «não puder obter alimentos» é obviamente o mesmo do artigo 4.º, n.º 2 (*ibidem*).

72 A conexão à lei da nacionalidade comum também está prevista pela Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) (artigo 5.º) mas, neste texto, prevalece sobre a lei do foro. As razões que levaram a inverter estes dois critérios já foram indicadas (cf. *supra* n.º 60).

73 Ao contrário da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), a conexão subsidiária à nacionalidade das partes (tal como à lei do foro) está prevista apenas para as categorias de credores visados no artigo 4.º, n.º 1. As razões para limitar de tal maneira o âmbito de aplicação das conexões em cascata já foram explicadas (cf. *supra* n.º 52).

74 A utilização da conexão à nacionalidade comum em matéria de obrigações alimentares foi objeto de inúmeras críticas. A principal é que se trata de um critério discriminatório porque beneficia apenas os credores que

tenham uma nacionalidade comum com o devedor³⁶. Outra crítica diz respeito ao caráter equívoco da conexão em questão, quando a nacionalidade comum é a de um Estado plurilegislativo³⁷. Apesar destas críticas, várias delegações defenderam a manutenção da conexão subsidiária no Protocolo, o que conduziu à formação de um consenso neste sentido. Convém salientar que a sua limitação apenas às categorias de credores referidos no artigo 4.º, n.º 1 [enquanto na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) esta conexão tem um alcance geral], bem como a sua «desclassificação» para o nível de *segunda* conexão subsidiária (enquanto no sistema da Convenção de 1973 era a *primeira* conexão subsidiária, após a residência habitual e antes da *lex fori*) reduzirão consideravelmente tanto o impacto prático como os seus inconvenientes.

75 No caso de filhos menores, em particular, o recurso a este terceiro critério de conexão deveria ser relativamente raro, porque a maioria das leis nacionais reconhece o direito a alimentos neste caso. Por outro lado, a nacionalidade comum pode desempenhar um papel mais importante nos outros casos referidos no artigo 4.º, n.º 1, nomeadamente em matéria de alimentos dos filhos maiores de idade relativamente aos pais, de pessoas com menos de 21 anos relativamente a outros membros da família, bem como dos pais relativamente aos filhos.

76 O Protocolo não contempla o caso da pluralidade nacionalidades. Com efeito, o credor ou o devedor, ou ambos, podem ter duas ou mais nacionalidades. Os métodos geralmente utilizados para resolver esses casos no direito internacional privado dos Estados não são adequados para utilizar no âmbito do Protocolo. Com efeito, a prioridade dada por alguns Estados à nacionalidade do foro conduziu a resultados pouco uniformes. Quanto à determinação da nacionalidade mais próxima ou mais efetiva, subsiste uma ampla margem de incerteza e pode conduzir a resultados divergentes entre os Estados Contratantes. O *favor creditoris*, que é a base do artigo 4.º, n.º 4, deve antes conduzir à aplicação da lei da nacionalidade comum em todos os casos em que exista, mesmo que essa nacionalidade não seja, para qualquer das partes, a mais próxima ou a mais efetiva. As mesmas considerações deveriam aplicar-se quando as partes têm várias nacionalidades em comum, com o resultado de a pretensão do credor poder ser aceite com base numa ou noutra dessas leis nacionais comuns.

Artigo 5.º Regra especial relativa aos cônjuges e ex-cônjuges

No que diz respeito às obrigações alimentares entre cônjuges, ex-cônjuges ou pessoas cujo casamento tenha sido anulado, o artigo 3.º não se aplica se uma das partes se opuser e a lei de outro Estado, nomeadamente o Estado da última residência habitual comum, apresente uma conexão mais estreita com o casamento. Nesse caso, é aplicável a lei desse outro Estado.

³⁶ Neste sentido, ver o Relatório Verwilghen (*citado supra* nota 14) n.º 144.

³⁷ A solução encontrada para este caso no Protocolo é o recurso ao conceito de conexão mais próxima, cf. artigo 16.º, n.º 1, alíneas d) e e); *infra* n.º 193.

77 Este artigo contém uma regra especial para a conexão das obrigações alimentares entre cônjuges e ex-cônjuges. Para estas obrigações, a conexão de princípio à residência habitual do credor deve dar lugar, quando uma das partes o solicitar, à aplicação da lei de outro Estado, em especial o Estado da última residência habitual comum dos cônjuges, se essa lei apresentar conexões mais estreitas com o casamento.

a *Motivo da regra especial*

78 A previsão de uma regra especial para esta categoria de obrigações alimentares baseia-se na constatação de que a aplicação da lei da residência habitual do credor não é sempre adequada para as obrigações entre cônjuges ou ex-cônjuges. Convém considerar que, em alguns sistemas nacionais, os alimentos apenas são concedidos a um cônjuge com grande moderação e em situações excepcionais (na Europa, esta abordagem restritiva caracteriza o direito dos Estados nórdicos em particular). Neste contexto, uma aplicação indistinta das regras inspiradas no *favor creditoris* é considerada, em alguns Estados, como excessiva. Em particular, a possibilidade de um dos cônjuges influenciar a existência e o teor da obrigação alimentar mediante uma alteração unilateral da residência habitual pode conduzir a um resultado pouco justo e contrário às expectativas legítimas do devedor. Veja-se o caso de um casal formado por cidadãos de um Estado A cuja lei não prevê, em princípio, alimentos após o divórcio. Tendo vivido toda a sua vida de casados nesse Estado, os cônjuges divorciam-se e um deles muda-se para um Estado B cuja lei é mais generosa relativamente aos cônjuges divorciados, e depois reclama alimentos, de acordo com a lei do Estado da sua nova residência habitual. Segundo a regra de conexão geral do artigo 3.º, este pedido deve ser autorizado. Em tais circunstâncias, no entanto, a aplicação da lei do Estado B, um Estado onde os cônjuges nunca viveram durante o casamento, parece pouco justa para o outro cônjuge e contrária às expectativas legítimas que os cônjuges poderão ter tido durante o casamento.

79 As fragilidades da conexão à residência habitual do credor, no caso de obrigações alimentares entre cônjuges divorciados, já tinham sido sublinhadas no momento da elaboração da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável). Esta última contempla uma regra especial para este caso, segundo a qual as obrigações entre cônjuges divorciados são regidas pela lei aplicada ao divórcio (artigo 8.º). O mesmo é válido *mutatis mutandis* no caso da separação de pessoas, de nulidade e de anulação do casamento (artigo 8.º, n.º 2). Esta solução aplica-se não só quando o pedido de alimentos é decidido durante o processo de divórcio (ou no momento do divórcio), mas também a ações instauradas posteriormente para revisão ou em complemento da sentença de divórcio. A razão invocada para esta *perpetuatio juris* é a exigência de garantir a continuidade, evitando que a mudança de residência do cônjuge credor determine uma modificação da lei aplicável.

80 Esta solução, porém, apresenta várias desvantagens que lhe valeram fortes críticas por parte dos Estados Contratantes da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável). Convém salientar, por um lado, que como as normas de conflitos em matéria de

divórcio não foram objeto de harmonização a nível internacional, o artigo 8.º não teve, de facto, qualquer efeito em termos de uniformização da lei aplicável às obrigações alimentares. Efetivamente essa lei continua a depender do direito internacional privado do Estado do tribunal requerido no processo de divórcio, e esta solução favorece inevitavelmente o *forum shopping*. Além disso, a escolha de um fator de conexão invariável no tempo pode implicar, quando a obrigação alimentar entre cônjuges tem de ser regulada após o divórcio, a aplicação de uma lei que perdeu toda a pertinência relativamente à situação dos ex-cônjuges e dos seus interesses respetivos; com efeito, o tribunal não pode ter em conta a lei da residência atual do devedor ou do credor. Também é possível que a sentença de divórcio não inclua qualquer disposição relativa a alimentos; neste caso, a preocupação de continuidade sobre a qual assenta o artigo 8.º é menos pertinente. Isto é especialmente válido quando os cônjuges se divorciaram num país que não prevê alimentos para um cônjuge divorciado. Neste caso, a aplicação da lei do divórcio implica a recusa de qualquer prestação, o que não parece justificado em situações em que esta lei não apresenta conexão particularmente próxima com o caso em análise. Por último, a aplicação da lei do divórcio pode criar dificuldades práticas, porque pode ser difícil detetar na sentença a lei com base na qual o divórcio foi pronunciado. Todas estas considerações também são válidas *mutatis mutandis* para os casos de separação de pessoas, de nulidade e de anulação do casamento.

81 Nesta procura de equilíbrio entre a preocupação com a proteção do credor e a aplicação da lei de um Estado com o qual o casamento tem conexões significativas, a Comissão Especial orientou-se inicialmente para a utilização da conexão à última residência habitual comum dos cônjuges ou dos ex-cônjuges. Em certas circunstâncias, este critério representa sem dúvida uma conexão mais pertinente do que a residência habitual do único credor de alimentos e, portanto, goza de maior legitimidade³⁸. Tal, no entanto, não é sempre o caso. Se a última residência habitual comum fica situada no Estado A onde os cônjuges acabaram de se estabelecer após viverem vários anos no Estado B, e se o credor regressa, após a separação, a este último Estado, a conexão à residência habitual do credor (que também é neste caso o Estado de uma antiga residência habitual comum) corresponde melhor às expectativas das partes. Noutras circunstâncias, outra conexão pode ser ainda mais significativa como, por exemplo, uma anterior residência habitual comum ou a nacionalidade comum das partes.

82 Tendo em conta as particularidades de cada caso concreto e a dificuldade de estabelecer uma regra de conexão rígida de alcance geral, a Sessão Diplomática optou por uma solução flexível. A conexão à residência habitual do credor, prevista no artigo 3.º, continua em princípio aplicável às obrigações alimentares entre cônjuges e ex-cônjuges. No entanto, pode ser excluída, a pedido de uma das partes, se o casamento tiver conexões mais estreitas com outro Estado, nomeadamente com o da

³⁸ Cf. o caso proposto *supra*, n.º 78.

última residência habitual comum. Esta solução resulta de uma proposta da delegação da Comunidade Europeia³⁹.

b *Funcionamento da cláusula de salvaguarda*

i *Pedido de uma das partes*

83 A nova regra é apresentada como uma cláusula de salvaguarda baseada na ideia de proximidade (a conexão mais estreita), cuja aplicação está, no entanto, sujeita ao pedido de uma das partes. Esta é uma solução original, que não corresponde à estrutura das cláusulas de salvaguarda «clássicas» contidas em vários textos de direito internacional privado a nível nacional⁴⁰ e ao nível internacional ou regional⁴¹, incluindo certas Convenções da Haia⁴². Estas disposições permitem ao tribunal distanciar-se das conexões rígidas quando tal é necessário por razões de proximidade, mas geralmente não estão subordinadas ao pedido de uma das partes. A vantagem da solução consagrada no Protocolo é reduzir a incerteza inerente a qualquer cláusula de salvaguarda, limitando a procura da conexão mais estreita apenas aos casos em que uma das partes o solicitar. Convém notar que na presença de um pedido nesse sentido, a tarefa da autoridade será geralmente facilitada pelos elementos que lhe serão fornecidos pela parte requerente.

84 O Protocolo não indica em que momento o pedido deve ser apresentado, mas resulta claramente dos debates que deve ser apresentado no contexto de um procedimento específico, incluindo os procedimentos alternativos de resolução de litígios, tais como a mediação⁴³. O prazo para apresentar este pedido dependerá das regras processuais aplicáveis em cada Estado Contratante, dado que uma proposta da delegação da Suíça para estabelecer uma regra uniforme a este respeito⁴⁴ não obteve o consenso necessário⁴⁵. Para evitar que este pedido seja utilizado, particularmente pelo devedor, para fins dilatórios, é oportuno que já não possa ser apresentado quando o procedimento se encontrar numa fase muito avançada. Assim, será conveniente excluir que possa ser apresentado pela primeira vez no momento das últimas conclusões sobre o mérito ou em fase de recurso. Uma abordagem possível poderia ser a de exigir que seja apresentado o mais tardar no momento da primeira defesa sobre o mérito, embora também sejam de considerar outras soluções.

ii *Conexão mais estreita*

85 O pedido de uma das partes não tem como efeito automático excluir a lei da residência habitual do credor, designada pelo artigo 3.º. Também é necessário que, de acordo com a avaliação feita pela autoridade requerida, a lei cuja aplicação é solicitada tenha uma conexão mais

estrita com o casamento. O princípio da proximidade constitui efetivamente o fundamento para a regra. Isto implica que o tribunal, após um pedido nesse sentido, verifique se o casamento tem uma conexão mais estreita com uma lei diferente daquela da residência habitual do credor. Para isso, deve ter em conta todas as conexões que o casamento tem com os diferentes países em causa, tais como a residência habitual ou domicílio dos cônjuges durante o casamento, a sua nacionalidade, o local de realização do casamento e o da separação ou do divórcio. Além disso, também deve analisá-los para determinar se são mais ou menos significativos do que a atual residência habitual do credor de alimentos.

86 Entre esses critérios, o artigo 5.º confere um papel de destaque à última residência habitual comum dos cônjuges. Não se trata de uma verdadeira presunção, como a utilizada noutros textos⁴⁶, mas uma mera indicação⁴⁷, que reflete a convicção da Sessão Diplomática que, em muitos casos, a lei da última residência habitual comum tem conexões muito significativas com o casamento. Note-se que a expressão «residência habitual comum» não implica que os cônjuges tenham vivido juntos, mas basta que tenham residido ao mesmo tempo num único Estado durante o casamento. Em contrapartida, uma residência habitual comum antes do casamento é inconsistente com a hipótese contemplada no artigo 5.º, embora nada impeça que seja tida em consideração, como qualquer outra conexão, para avaliar a existência de conexões mais estreitas.

87 A atual residência habitual comum dos cônjuges não é mencionada no artigo 5.º pela simples razão de que coincide com a residência habitual do credor e, portanto, não pode conduzir a uma derrogação da conexão do artigo 3.º. Tal não significa que a atual residência habitual dos cônjuges no mesmo Estado não tenha relevância na aplicação do artigo 5.º. Pelo contrário, o facto de os cônjuges residirem no mesmo Estado, no momento do pedido, tornará mais difícil (embora continue a ser teoricamente possível) excluir o artigo 3.º, pelo motivo de a lei de outro Estado (por exemplo, o Estado de uma residência habitual comum anterior) ter uma conexão mais estreita com o casamento.

88 Se o critério da última residência habitual comum se destina a desempenhar um papel de relevo no âmbito do artigo 5.º, outros critérios podem igualmente ser significativos para a aplicação deste artigo. Tal é o caso de uma antiga residência habitual comum dos cônjuges, que pode constituir em certas circunstâncias uma conexão muito forte. Se os cônjuges viveram muitos anos no Estado A, depois residiram por um breve período no Estado B antes de o credor se mudar para um Estado C, não existe uma conexão estreita com o Estado B da última residência habitual comum dos cônjuges, mas tal conexão existe com o Estado A da anterior residência habitual comum.

89 Outros critérios, tais como a nacionalidade comum dos cônjuges ou o local de celebração do casamento, teoricamente poderiam ser tidos em conta, mas a sua importância parece ser secundária. Tais critérios podem certamente desempenhar um papel para aumentar a

³⁹ Documento de trabalho n.º 4.

⁴⁰ Cf. artigo 15.º da Lei federal suíça, de 18 de dezembro de 1987, sobre direito internacional privado.

⁴¹ Cf. o artigo 4.º, n.º 5, da *Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais* e o artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

⁴² Cf. o artigo 15.º, n.º 2, da *Convenção da Haia, de 19 de outubro de 1996, relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças*.

⁴³ Ata n.º 1, n.º 25 a 29, Ata n.º 3 e n.º 21.

⁴⁴ Documento de trabalho n.º 9.

⁴⁵ Ata n.º 4, n.º 74 e seguintes.

⁴⁶ Cf. artigo 4.º, n.º 2, da *Convenção de Roma de 19 de junho de 1980*.

⁴⁷ Cf. Documento de trabalho n.º 2.

relevância reconhecida à residência habitual (atual ou anterior) dos cônjuges (esta última terá, por exemplo, mais relevância se coincidir com a nacionalidade comum dos cônjuges). Considerados isoladamente, eles serão significativos apenas em casos excepcionais (por exemplo, quando os cônjuges nunca tiveram residência habitual no mesmo Estado ou quando se mudaram muitas vezes durante o casamento).

c *Âmbito de aplicação do artigo 5.º*

90 Convém notar que o âmbito de aplicação do artigo 5.º é amplo, pois abrange tanto os cônjuges como os ex-cônjuges. Ao contrário do artigo 8.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), esta disposição do Protocolo aplica-se não só às obrigações entre cônjuges divorciados, separados ou cujo casamento tenha sido anulado ou declarado nulo, mas também às obrigações alimentares entre cônjuges durante o casamento. A Comissão Especial considerou que era preferível, de facto, ter uma regra única de conexão para as obrigações durante o casamento e após o divórcio (ou a separação), para evitar que a lei aplicável fosse alterada após o divórcio (ou *a fortiori* como resultado de uma simples separação de pessoas). Além disso, esta escolha é justificada na medida em que o critério de conexão previsto a título indicativo nesta disposição, o da última residência habitual comum, tem ainda mais peso para as obrigações entre cônjuges durante o casamento.

91 Tal como o artigo 8.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), a regra especial no artigo 5.º aplica-se também às pessoas cujo casamento tenha sido anulado. Trata-se do casamento putativo no qual a lei, por vezes, reconhece direitos da natureza dos alimentos a favor de um dos cônjuges. Embora o artigo 5.º, ao contrário do artigo 8.º da Convenção de 1973, não mencione o caso do casamento declarado nulo, esta omissão não foi deliberada e, portanto, convém desde logo admitir que esta hipótese está também sujeita a esta disposição.

92 Apesar das propostas de algumas delegações⁴⁸, o artigo 5.º não faz menção a institutos similares ao casamento, tais como certas formas de parcerias registadas que têm, em matéria das obrigações alimentares, efeitos equiparáveis ao casamento. Apesar do silêncio do instrumento, a Sessão Diplomática admitiu que os Estados que reconhecem esses institutos nos seus sistemas jurídicos, ou que estão dispostos a reconhecê-los, podem submete-los à regra do artigo 5.º⁴⁹. Esta solução permitirá às autoridades desses Estados evitar tratar de forma diferente institutos que, de acordo com o seu direito interno, são equiparáveis ao casamento. Isso é válido, por maioria de razão, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, admitido nalguns Estados.

93 Esta solução é facultativa, no sentido em que não é vinculativa para os Estados que recusam este tipo de relações. Já indicámos as soluções possíveis para esses Estados (cf. *supra* n.º 31). Convém igualmente recordar que, se a lei designada pelo Protocolo prevê obrigações alimentares a favor de um parceiro registado ou de um

cônjuge do mesmo sexo, um tribunal ou autoridade de um Estado que não reconhece qualquer efeito a tal relação (inclusive em matéria de alimentos) poderá recusar a aplicação da lei estrangeira na medida em que os seus efeitos seriam manifestamente contrários aos da ordem pública do foro (cf. artigo 13.º).

94 Por último, sublinhe-se que obrigações alimentares decorrentes das relações referidas no artigo 5.º são expressamente excluídas do âmbito de aplicação do artigo 4.º (cf. n.º 1, alínea *b*). Por conseguinte, as obrigações entre cônjuges ou ex-cônjuges não beneficiam das conexões em cascata, nem da inversão dos critérios de conexão resultantes desta disposição. Na ausência de escolha da lei aplicável (cf. artigos 7.º e 8.º), tais obrigações regem-se pela lei do Estado da residência habitual do credor por força do artigo 3.º, ou pela lei designada pelo artigo 5.º. A lei do foro e a da nacionalidade comum apenas podem entrar em linha de conta neste caso se tiverem uma conexão mais estreita com o casamento na aceção do artigo 5.º.

Artigo 6.º Regra especial em matéria de defesa

No que diz respeito a obrigações alimentares diferentes das obrigações para com os filhos decorrentes da filiação e das obrigações referidas no artigo 5.º, o devedor pode opor à pretensão do credor a inexistência de obrigações alimentares para com ele ao abrigo da lei do Estado da residência habitual do devedor e da lei do eventual Estado de nacionalidade comum das partes.

95 No respeitante às obrigações alimentares diferentes daquelas para com os filhos decorrentes de uma relação de filiação e daquelas entre cônjuges e ex-cônjuges (artigo 5.º), o artigo 6.º prevê que o devedor pode opor-se à pretensão do credor com base no facto de não existir qualquer obrigação a esse respeito por força da lei do Estado da residência habitual do devedor ou da lei do eventual Estado da nacionalidade comum das partes.

96 Este meio de defesa baseia-se na solução prevista no artigo 7.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), segundo o qual, entre pessoas relacionadas colateralmente ou por afinidade, o devedor pode opor-se a um pedido de alimentos alegando que não existe qualquer obrigação alimentar de acordo com a lei da nacionalidade comum do devedor e do credor ou, não existindo uma nacionalidade comum, de acordo com a lei interna da residência habitual do devedor.

a *Âmbito de aplicação do artigo 6.º*

97 Ao contrário do artigo 7.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), a regra do Protocolo não se aplica apenas nas relações entre pessoas relacionadas colateralmente ou por afinidade, mas a quaisquer outras obrigações alimentares diferentes das relativas aos filhos decorrentes de uma relação de filiação e daquelas entre cônjuges ou ex-cônjuges.

98 Esta extensão foi decidida por várias razões. Convém destacar, em primeiro lugar, que a possibilidade de conceder alimentos com base nas relações de família visadas por esta regra não é objeto de um consenso a nível internacional, daí resultando a preocupação de alguns Estados de poderem limitar o seu impacto. No contexto da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei

⁴⁸ Cf. os Documentos de trabalho n.ºs 8 e 15; Ata n.º 5, n.º 84 e seguintes; Ata n.º 6, n.º 56 e seguintes.

⁴⁹ Ata n.º 6, n.º 59 e seguintes.

aplicável), tal vontade foi tida em conta mediante a previsão de várias reservas que permitem restringir o âmbito de aplicação material da Convenção (cf. artigos 13.º e 14.º desta última). Para evitar a possibilidade de emitir reservas no âmbito do Protocolo (cf. artigo 27.º), considerou-se que era preferível ter em conta, numa fase anterior, as reticências de alguns Estados relativamente aos pedidos de alimentos com base nas relações de família mencionadas acima, prevendo regras de conexão mais restritivas para esses casos.

99 Em alguns casos, o artigo 6.º pode ser invocado para recusar um pedido de alimentos resultante da lei designada pelo artigo 3.º (lei da residência habitual do credor). Este é o caso quando se trata de uma obrigação alimentar relativamente a um adulto decorrente de:

- uma relação de parentesco em linha direta que não seja a relação de filiação (por exemplo, a obrigação de um neto relativamente a um dos seus avós e vice-versa);
- uma relação colateral (por exemplo, a obrigação relativamente a um irmão ou uma irmã);
- uma relação de afinidade (por exemplo, a obrigação relativamente aos filhos do seu cônjuge).

Nesses casos, a lei aplicável à obrigação alimentar é a da residência habitual do credor por força do artigo 3.º. Se essa lei prevê uma obrigação alimentar, o devedor poderá invocar o meio de defesa do artigo 6.º.

100 Noutros casos, o meio de defesa do artigo 6.º pode ser invocado contra uma pretensão alimentar resultante de uma das leis designadas pelo artigo 3.º ou pelo artigo 4.º. Este é o caso quando se trata da obrigação alimentar:

- de um filho relativamente ao seu pai;
- de qualquer pessoa diferente dos pais e do cônjuge relativamente a uma pessoa com menos de 21 anos (por exemplo, a obrigação de uma pessoa relacionada colateralmente ou por afinidade).

Em ambos os casos, as regras especiais dos artigos 4.º e 6.º serão, portanto, aplicáveis de forma concomitante, com a consequência de que a pretensão alimentar devida ao abrigo de uma das leis designadas pelas conexões em cascata do artigo 4.º poderá ser recusada se não existir segundo as leis previstas no artigo 6.º. Esta aplicação concomitante do sistema em cascata e dos meios de defesa não só é complicada, mas também pouco satisfatória no plano estritamente lógico; de facto, parece pouco coerente que se queira tanto favorecer o credor através de conexões subsidiárias como proteger o devedor através de conexões cumulativas. Trata-se, evidentemente, de uma solução de compromisso. Todavia, convém salientar que este sistema não é totalmente novo, dado que corresponde ao que é atualmente aplicável no âmbito da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), se bem que apenas para pessoas relacionadas colateralmente ou por afinidade⁵⁰.

101 O meio de defesa do artigo 6.º não pode ser invocado para se opor a uma obrigação alimentar entre cônjuges ou ex-cônjuges, sendo este caso expressamente excluído pelo texto da própria disposição. Embora as obrigações alimentares decorrentes do casamento não sejam objeto de unanimidade no direito comparado, são todavia muito mais amplamente aceites do que aquelas decorrentes das

outras relações de família referidas no artigo 6.º. A solução do artigo 5.º, que já é menos favorável para o credor do que a dos artigos 3.º e 4.º, não deve ser posteriormente agravada pela admissão de um meio de defesa.

102 As obrigações alimentares decorrentes de uma relação de família semelhante ao casamento, por exemplo, algumas formas de parcerias, ocupam uma posição especial. Nos Estados que reconhecem esses institutos no seu direito interno, ou que de alguma forma estão prontos a reconhecê-los, essas relações podem ser equiparadas ao casamento, com a consequência de que as obrigações alimentares daí resultantes serão regidas pelo artigo 5.º e, por conseguinte, serão excluídas do artigo 6.º. Diferente será o caso dos Estados que recusam tal equiparação; nesses Estados, o devedor poderá escusar-se a tais obrigações, invocando a defesa do artigo 6.º. Embora não conste expressamente do texto do Protocolo, esta solução de «geometria variável» foi admitida na Sessão Diplomática (cf. *supra* n.º 92 e seguintes).

b Mecanismo previsto pelo artigo 6.º

103 O artigo 6.º não contém uma regra de conexão, mas um simples meio de defesa, que pode ser invocado para contestar uma prestação alimentar que esteja prevista pela lei aplicável designada pelo artigo 3.º ou pelo artigo 4.º.

104 O mecanismo previsto no artigo 6.º é, portanto, o seguinte: a autoridade deve primeiro determinar a lei aplicável à obrigação alimentar com base no artigo 3.º ou no artigo 4.º. Se a lei da residência habitual do credor ou a lei do foro, designada por qualquer destas disposições, prevê uma obrigação alimentar, o devedor pode opor-se à pretensão do credor com o fundamento de que esta obrigação não existe de acordo com a lei da sua própria residência habitual. Tal bastará para rejeitar a pretensão se as partes não tiverem uma nacionalidade comum. Por exemplo, se o sobrinho do devedor, residente e nacional de um Estado A, apresentar, com base na lei desse Estado, uma pretensão alimentar contra o tio, residente do Estado B e nacional do Estado C, este último pode recusar qualquer prestação com o fundamento de que a lei do Estado B não reconhece a obrigação alimentar entre pessoas relacionadas colateralmente. A nacionalidade das partes não tem qualquer relevância neste caso.

105 Em contrapartida, se as partes tiverem a nacionalidade comum, o meio de defesa só pode ser invocado utilmente se a obrigação alimentar em questão não estiver prevista pela lei da residência habitual do devedor nem pela lei da nacionalidade comum. Neste último caso, para ser eficaz, o meio de defesa deve, portanto, basear-se, de forma cumulativa nas duas leis mencionadas. Para retomar o mesmo exemplo, se o sobrinho do devedor também tivesse a nacionalidade do Estado C, o tio apenas poderia opor-se à pretensão alimentar se a obrigação prevista pela lei do Estado A fosse desconhecida tanto da lei do Estado B como da do Estado C. Justifica-se ter em conta a lei da nacionalidade comum considerando que, se as partes têm uma nacionalidade comum e a lei nacional prevê a obrigação em questão, parece injusto permitir que o devedor se oponha pela única razão de esta obrigação ser desconhecida no Estado da sua residência habitual. Esta solução permite, nomeadamente, evitar possíveis abusos.

⁵⁰ Relatório Verwilghen (*citado supra* nota 14) n.º 149.

Veja-se o caso de um pai que pede alimentos ao filho com base na lei do país da sua residência habitual, que é também a lei da sua nacionalidade comum; não parece justo que o devedor possa subtrair-se às suas obrigações transferindo a sua residência habitual para um Estado cuja lei não reconhece tal obrigação.

106 O artigo 6.º (como de resto o artigo 4.º, n.º 4) não especifica se a nacionalidade comum deve ser tida em conta, e em que condições, quando uma das partes tem também outras nacionalidades. Neste caso, a preocupação de interpretação uniforme do Protocolo conduz à rejeição de uma abordagem baseada na primazia da nacionalidade do Estado do foro, tal como é praticada no direito interno de muitos Estados. Além disso, a pesquisa da nacionalidade mais próxima ou mais efetiva, outra solução muito difundida no direito comparado, não é sempre fácil de implementar e pode também conduzir a interpretações pouco uniformes do Protocolo. Por estas razões, e à imagem do que sugerimos para o artigo 4.º, n.º 4 (cf. *supra* n.º 76), parece preferível que a nacionalidade comum seja em todo o caso tida em conta, mesmo que para uma das partes ela não seja a mais efetiva. Esta solução é mais favorável para o credor de alimentos, pois torna mais difícil utilizar o meio de defesa do artigo 6.º. Trata-se, portanto, de uma solução em conformidade com o espírito geral do Protocolo (*favor creditoris*) e com a natureza da regra de exceção do artigo 6.º.

107 O artigo 6.º também não especifica qual a solução que deve ser seguida quando as partes têm várias nacionalidades em comum. Tendo em conta os argumentos teleológicos e sistemáticos que acabámos de mencionar, a solução mais adequada é ter em conta todas as leis da nacionalidade comuns e admitir o meio de defesa do devedor apenas se a obrigação alimentar não for prevista por nenhuma delas (*ibidem*).

108 Convém notar que o meio de defesa só é permitido se a obrigação alimentar em causa «não existir» na aceção das leis referidas no artigo 6.º. Esta expressão deve ser entendida no mesmo sentido que a expressão «o credor não puder obter alimentos», tal como ela é utilizada nos n.ºs 2 a 4 do artigo 4.º (cf. *supra* n.º 61 e 62). Portanto, é necessário que nenhuma obrigação seja prevista ou que não estejam reunidas as condições legais a que está sujeita. Por outro lado, se a lei da residência habitual do devedor e, se for o caso, a lei da nacionalidade comum preveem a obrigação de um montante inferior ao previsto pela lei aplicável, esta circunstância não será suficiente para contestar o pedido nem para pedir uma redução dos alimentos devidos ao credor.

Artigos 7.º e 8.º Escolha da lei aplicável

109 As disposições dos artigos 7.º e 8.º permitem às partes, em condições e com efeitos diferentes, escolher a lei aplicável à obrigação alimentar. A admissão da autonomia da vontade das partes constitui uma das principais novidades introduzidas no Protocolo relativamente às Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973. Esta solução corresponde a uma forte tendência no plano internacional para reconhecer a liberdade de escolha da lei aplicável, mesmo em áreas onde tradicionalmente estava excluída.

110 Se a admissão da autonomia das partes em matéria de obrigações alimentares é uma novidade para a maioria

dos Estados-Membros em termos de conflito de leis, o mesmo não se pode dizer relativamente aos conflitos de jurisdições. Com efeito, a possibilidade de celebração de acordos em matéria de competência já é reconhecida em diversos instrumentos internacionais. Este é particularmente o caso no espaço judiciário europeu por força do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 de 22 de dezembro de 2000 e do artigo 17.º da Convenção de Lugano de 1988. A Convenção admite igualmente a legitimidade da extensão da competência, estabelecendo que os Estados membros são obrigados a reconhecer e a executar uma decisão proferida noutro Estado Contratante no foro eleito pelas partes, com exceção das obrigações alimentares relativas a um filho⁵¹. Neste contexto, a admissão da escolha da lei aplicável restabelece uma certa coerência entre as soluções aceites em matéria de conflitos de leis e de competência.

111 A escolha da lei está sujeita a várias restrições, que visam proteger as partes (em particular o credor de alimentos) contra o risco de abusos. Este risco é mais grave quando a escolha é feita antes da ocorrência de um litígio. É por esta razão que o sistema do Protocolo inclui duas disposições distintas relativamente à autonomia da vontade. O artigo 7.º rege a escolha da lei aplicável para efeitos de um procedimento específico, enquanto o artigo 8.º permite – de forma mais limitada – a escolha a qualquer momento.

Artigo 7.º Designação da lei aplicável para efeitos de um procedimento específico

112 Esta disposição permite às partes designar expressamente a lei do foro como a lei aplicável à obrigação alimentar para efeitos de um procedimento específico. É um acordo processual sobre a lei aplicável, relativo ao direito interno da autoridade requerida e cujo efeito é limitado a um procedimento específico.

N.º 1 – Não obstante o disposto nos artigos 3.º a 6.º, o credor e o devedor de alimentos podem, unicamente para efeitos de um procedimento específico num dado Estado, designar expressamente a lei desse Estado como lei aplicável a uma obrigação alimentar.

a Âmbito de aplicação do artigo 7.º

113 A escolha da lei aplicável na aceção desta disposição deve desempenhar um papel importante especialmente nas relações entre adultos. Em caso de separação de pessoas ou divórcio, em particular, os cônjuges terão a oportunidade de apresentar os pedidos de natureza alimentar à lei nacional da autoridade requerida, o que facilitará certamente o desenrolar do processo.

114 Todavia, a possibilidade de escolha também foi prevista para as obrigações alimentares relativamente aos filhos. Com efeito, pareceu que os possíveis riscos associados à introdução da autonomia das partes até agora são amplamente compensados pelas vantagens, em termos de simplicidade, que resultam da aplicação da lei do foro. Tendo em conta a regra especial do artigo 4.º, n.º 3, segundo a qual as obrigações alimentares dos pais relativamente aos filhos e as obrigações de pessoas diferentes dos pais relativamente a pessoas com menos de

⁵¹ Cf. artigo 20.º, n.º 1, alínea e), da Convenção; Relatório Borrás-Degeling, n.º 455.

21 anos são, em todo o caso, regidas pela lei do foro quando o pedido é apresentado pelo credor no Estado da residência habitual do devedor, o impacto da escolha da lei aplicável às obrigações alimentares relativamente aos filhos deve manter-se bastante limitada. O artigo 7.º poderá, no entanto, ser útil quando o pedido é apresentado pelo devedor às autoridades do Estado da sua residência habitual ou às autoridades de um Estado diferente do da residência habitual do credor, desde que a autoridade requerida seja competente para apreciar o caso⁵².

b *Escolha para efeitos de um procedimento específico*

115 Convém salientar que a escolha prevista no artigo 7.º é efetuada para efeitos de um procedimento específico; portanto, pressupõe que o credor ou o devedor de alimentos já instaurou ou está prestes a instaurar uma ação para pedido de alimentos a uma determinada autoridade. No momento de efetuar essa escolha, as partes têm a possibilidade de se informar (ou serão por vezes informadas pela autoridade requerida) sobre a existência e a natureza das obrigações de alimentos previstas pela lei do foro. O risco de abusos é, portanto, limitado.

116 A escolha das partes prevista no artigo 7.º só produz efeitos a nível do procedimento específico para o qual foi efetuada. Em contrapartida, se um novo pedido ou um pedido de alteração for posteriormente apresentado à mesma autoridade ou à autoridade de outro Estado, a escolha da lei anteriormente efetuada não produzirá qualquer efeito e a lei aplicável deve ser determinada de acordo com as conexões objetivas. Tal limitação dos efeitos da escolha da lei justifica-se pelo facto de a lei escolhida ser a do foro.

117 Convém notar que, quando se trata de obrigações alimentares relativas a uma pessoa maior de 18 anos, o credor e o devedor podem igualmente escolher a lei aplicável nos termos do artigo 8.º. Esta escolha é mais ampla do que a prevista no artigo 7.º. Por um lado, não está limitada à lei do foro, mas pode ser efetuada entre um conjunto de leis mencionadas no n.º 1 desta disposição (cf. *infra* n.º 129). Por outro lado, a escolha na aceção do artigo 8.º não é efetuada para efeitos de um procedimento específico; os seus efeitos, portanto, não estão limitados a um procedimento que o credor já instaurou ou está prestes a instaurar, mas perduram também para o futuro, desde que a escolha não tenha sido revogada ou alterada pelas partes (cf. *infra* n.º 124). Esta escolha pode ser feita, tal como previsto no artigo 8.º, «a qualquer momento». Se as pessoas adultas fazem a escolha da lei aplicável durante o procedimento, ou pouco antes da sua instauração, importa determinar se esta escolha está sujeita ao artigo 7.º ou ao artigo 8.º. A questão não é despicienda, sendo os efeitos da escolha diferentes consoante as disposições aplicáveis. A resposta é fácil se a lei escolhida não for a do foro; neste caso, a admissibilidade e os efeitos da escolha apenas podem ser determinados pelo artigo 8.º. Podem surgir dúvidas, porém, quando a lei escolhida é a da autoridade requerida. Se a lei do foro não corresponder ao conjunto de leis enumeradas no artigo 8.º, n.º 1 (lei da nacionalidade de uma das partes, lei da residência habitual de uma das partes, etc.; cf. *infra* n.º 129), a escolha será necessariamente regida pelo artigo 7.º, que

terá assim os efeitos limitados ao procedimento específico. De facto, se fosse aplicado o artigo 8.º, a escolha seria nula. Se, pelo contrário, a lei do foro for ao mesmo tempo uma das leis indicadas no artigo 8.º, n.º 1, como será frequentemente o caso, a resposta dependerá da interpretação da vontade das partes.

118 O problema de coordenar os artigos 7.º e 8.º não se coloca quando a obrigação alimentar diz respeito a uma pessoa com menos de 18 anos ou a um adulto que, em virtude de uma alteração ou de uma insuficiência das faculdades pessoais, não está em posição de defender os seus interesses porque nestes casos a escolha do artigo 8.º é excluída (artigo 8.º, n.º 3). As partes, portanto, apenas têm a capacidade de escolher a lei do foro para efeitos de um procedimento específico, nas condições e com os efeitos previstos no artigo 7.º.

c *Modalidades da escolha*

N.º 2 – Uma designação anterior à abertura da instância deve ser objeto de um acordo, assinado por ambas as partes, por escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posterior consulta.

119 Dado que a escolha da lei aplicável na aceção do artigo 7.º, n.º 1, pode também ter lugar antes da abertura da instância, o artigo 7.º, n.º 2, fornece alguns detalhes relativamente à forma, prevendo que, neste caso, a designação da lei aplicável deve ser objeto de um acordo por escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posterior consulta. Pareceu essencial, por um lado, que a existência do acordo possa ser provada facilmente, evitando qualquer contestação e, por outro, que seja chamada a atenção das partes para as consequências importantes que a escolha da lei aplicável pode implicar relativamente à existência e à extensão da obrigação alimentar. No espírito dos delegados da Sessão Diplomática, esta disposição prevê apenas um formalismo mínimo relativamente ao acordo; os Estados podem prever outras condições, por exemplo, para garantir que o consentimento das partes é livre e suficientemente informado (por exemplo, aconselhamento jurídico antes da assinatura do acordo).

120 Por último, convém notar que se a escolha prevista no artigo 7.º for efetuada antes da abertura da instância, será válida apenas na medida em que as partes tenham especificado a lei que pretendem designar, ou pelo menos a autoridade perante a qual o procedimento deve ser instaurado. Se, posteriormente, nenhum pedido for apresentado às autoridades do Estado cuja lei foi escolhida, a escolha ficará sem efeito (exceto se preencher as condições previstas no artigo 8.º). Por outro lado, não será suficiente que as partes designem de forma geral «a lei do foro», porque enquanto uma autoridade não for chamada a conhecer do pedido, o «foro» não é determinado. Uma escolha desse tipo feita «cegamente», não oferece a garantia de que as partes foram informadas e estão conscientes do objeto da sua escolha.

121 Após uma série de discussões sobre este ponto, finalmente foi decidido não prever um limite de tempo entre o momento da escolha e o da abertura da instância. Com efeito, se um pedido for apresentado no Estado cuja lei foi escolhida, é razoável que a escolha possa produzir os seus efeitos mesmo que tenha decorrido um longo

⁵² Ver *supra* nota 33.

período de tempo entre os dois momentos. Se, pelo contrário, não for instaurado qualquer procedimento nesse Estado, a escolha, como indicado, não produzirá qualquer efeito.

122 O Protocolo não estabelece qualquer regra sobre as modalidades e o momento da escolha quando esta é efetuada durante o procedimento. Estas questões são reguladas pela lei da autoridade requerida.

Artigo 8.º Designação da lei aplicável

N.º 1 – Não obstante o disposto nos artigos 3.º a 6.º, o credor e o devedor de alimentos podem, a qualquer momento, designar como lei aplicável a uma obrigação alimentar uma das seguintes leis:

123 Esta disposição permite às partes escolher a lei aplicável à obrigação alimentar a qualquer momento, antes mesmo de surgir um litígio.

124 Ao contrário da escolha da lei do foro prevista no artigo 7.º, a escolha da lei aplicável, na aceção do artigo 8.º, não é efetuada «apenas para efeitos de um procedimento específico»; por conseguinte, os seus efeitos não estão limitados a um procedimento que o credor de alimentos já instaurou ou está prestes a instaurar. A lei escolhida pelas partes destina-se, de facto, a regular as obrigações alimentares entre as partes desde o momento da escolha até ao momento em que decidem, se for caso disso, revogá-la ou alterá-la.

125 A principal vantagem da escolha da lei aplicável, conforme previsto no artigo 8.º, é garantir uma certa estabilidade e previsibilidade da lei aplicável. Com efeito, se as partes fizeram essa escolha, a lei designada continua aplicável apesar das alterações que possam interferir com a situação pessoal das partes e qualquer que seja a autoridade requerida em caso de litígio. Em particular, a mudança da residência habitual do credor de alimentos não altera a lei aplicável (cf. *infra* n.º 133), ao contrário do que resulta, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, da ausência de uma escolha.

a Âmbito de aplicação do artigo 8.º

126 A escolha da lei aplicável é particularmente útil nas relações entre os cônjuges, quando estes últimos concluem, antes ou durante o casamento, um acordo sobre as obrigações alimentares durante o casamento ou após o divórcio. Graças à escolha, a lei aplicável às obrigações alimentares é determinada previamente, o que evita que a validade do acordo possa ser contestada posteriormente, no caso de mudança da residência habitual dos cônjuges ou do cônjuge credor. Além disso, mesmo na ausência de um acordo sobre obrigações alimentares, a escolha da lei pode evitar as alterações da lei aplicável resultantes de um conflito «móvel».

127 Uma vez aceite a escolha da lei aplicável para os cônjuges, pareceu que poderia ser utilmente alargada a todos os adultos, com exceção das pessoas que, em virtude de uma alteração ou insuficiência das faculdades pessoais, não estão em posição de defender os seus interesses. Embora estes adultos «vulneráveis» estejam geralmente protegidos por mecanismos instituídos nos diferentes sistemas jurídicos nacionais (sob a forma, por exemplo, de nomeação de um tutor ou curador), a Sessão Diplomática acabou por excluir a escolha da lei aplicável

às obrigações alimentares relativamente a essas pessoas, para evitar qualquer risco de abusos (artigo 8.º, n.º 3). A definição de adultos vulneráveis, utilizada por esta disposição, é retomada da *Convenção da Haia, de 13 de janeiro de 2000, sobre a Proteção Internacional dos Adultos* (cf. artigo 1.º, n.º 1).

128 A escolha da lei aplicável também foi excluída para as obrigações alimentares relativamente aos menores, pois os riscos potenciais desta escolha parecem superiores aos possíveis benefícios. Convém recordar que o menor é geralmente representado por um dos seus progenitores, os quais também são obrigados a suprir às suas necessidades; a Sessão Diplomática considerou, portanto, que a admissão da escolha da lei aplicável inclui, neste caso, um risco muito elevado de conflito de interesses. Após alguma hesitação sobre a determinação da idade a partir da qual a escolha deve ser admitida (18 ou 21 anos), optou-se pela idade de 18 anos, pois coincide na maior parte dos países com a idade da maioridade legal.

b Leis admissíveis

129 Tendo em conta o objetivo de proteção do credor de alimentos, o artigo 8.º sujeita a faculdade das partes de escolherem a lei aplicável a várias condições e restrições. Uma primeira restrição refere-se ao objeto da escolha e visa limitar o leque de opções disponíveis para as partes.

Alínea a) – A lei do Estado do qual uma das partes tenha a nacionalidade no momento da designação;

130 A primeira opção aberta às partes é a de escolher a lei da nacionalidade de uma delas no momento da designação. Esta possibilidade foi admitida sem discussão particular e não necessita de grandes explicações. Convém notar que, contrariamente ao critério de conexão subsidiário à nacionalidade comum do artigo 4.º, n.º 4, neste caso basta que a designação se refira à lei de um Estado do qual apenas uma das partes é nacional (credor ou devedor).

131 Em caso de pluralidade de nacionalidades, dado o silêncio do Protocolo, convém admitir que a escolha pode abranger indistintamente qualquer uma das leis nacionais das partes; com efeito, a determinação da nacionalidade mais próxima ou mais efetiva poderia criar incerteza sobre a validade da escolha, enfraquecendo assim a autonomia das partes.

Alínea b) – A lei do Estado da residência habitual de uma das partes no momento da designação;

132 A segunda opção diz respeito à residência habitual de uma das partes no momento da designação. Esta possibilidade nunca foi contestada durante os trabalhos preparatórios do Protocolo. O conceito de residência habitual não requer considerações especiais; corresponde à do artigo 3.º (cf. *supra*, n.º 41 e seguintes).

133 No respeitante à nacionalidade, tal como à residência habitual, o momento determinante é o da designação. Esta solução corresponde ao objetivo principal da escolha da lei aplicável que consiste em garantir a estabilidade, independentemente das mudanças que ocorram após a designação. Apesar do silêncio do presente Protocolo sobre este ponto, deve considerar-se, portanto, que a mudança de nacionalidade ou de residência habitual da parte interessada após a escolha não afeta a validade da própria escolha. Em contrapartida, podemos questionar-

nos sobre se a escolha da lei de um Estado do qual nenhuma das partes tem a nacionalidade ou a residência no momento da escolha, pode ser validada posteriormente com a aquisição posterior da nacionalidade ou da residência habitual em questão. A referência expressa ao momento da designação, constante das alíneas *a)* e *b)* do artigo 8.º, n.º 1, parece excluí-lo.

c) Opções adicionais das alíneas c) e d)

134 As terceira e quarta opções (artigo 8.º, n.º 1, alíneas *c)* e *d)*) dizem respeito à lei *designada* para regular o regime matrimonial entre os cônjuges, a separação de pessoas ou o divórcio, bem como à lei *efetivamente aplicada* aos mesmos. Portanto, é óbvio que estas possibilidades estão disponíveis aos cônjuges e ex-cônjuges.

135 A oportunidade de admitir estas opções adicionais foi longamente discutida. Contra a sua aceitação, foi referido que criam um sistema muito complicado que não é verdadeiramente necessário, atendendo à vasta escolha já resultante das alíneas *a)* e *b)*. Além disso, as opções adicionais previstas pelas alíneas *c)* e *d)* dependem das normas nacionais de conflitos em matéria de regime matrimonial, de divórcio e de separação de pessoas, criando apenas uma aparência de uniformidade. Além disso, em situações em que as partes apresentaram a obrigação alimentar à lei *designada* como sendo aplicável ao seu regime de matrimonial ou à separação/ao divórcio, a validade dessa escolha em relação a alimentos, depende da validade da escolha da lei em matéria de regime matrimonial/separação/divórcio. Como a escolha da lei aplicável ao regime matrimonial entre cônjuges e da lei aplicável à separação ou ao divórcio não é regulada pelo Protocolo, depende inteiramente do direito internacional privado do foro. Se este não permitir essa escolha, a sua invalidade implicará a invalidade da escolha da lei aplicável à obrigação alimentar. Este risco é particularmente elevado em matéria de divórcio, porque a autonomia das partes é reconhecida nesta matéria apenas por um número limitado de Estados. Portanto, a escolha efetuada validamente, de acordo com o direito internacional privado de um Estado Contratante, pode ser considerada nula pelas autoridades de outro Estado Contratante que aplica as suas próprias normas de conflitos de leis.

136 Apesar destes inconvenientes, as opções das alíneas *c)* e *d)* foram aceites pela Sessão Diplomática, porque permitem aos cônjuges garantir que uma única lei é aplicável às diferentes questões a decidir no caso de rutura do casal (divórcio e separação de pessoas, dissolução do regime matrimonial e obrigações alimentares). Esta coincidência é particularmente importante em consideração às conexões entre estes diferentes aspetos em vários sistemas jurídicos nacionais. Assim, a determinação das consequências do regime matrimonial é considerada por vezes como uma condição para a obtenção do divórcio (este é o caso, em particular, dos procedimentos com base no consentimento mútuo dos cônjuges). Além disso, em certos direitos (nomeadamente em vários sistemas da *common law*), a distinção entre dissolução do regime matrimonial e obrigações alimentares não é clara, ou é mesmo inexistente, sendo a

regulamentação dos efeitos do regime matrimonial confiada ao tribunal.

137 Convém notar que artigo 8.º não permite que os cônjuges escolham a lei *aplicável* ao regime matrimonial ou ao divórcio. Dado que esta questão é regulada pelas regras internas de direito internacional privado, os Estados Contratantes (incluindo aqueles cuja fonte é internacional ou regional), e que as soluções previstas podem ser muito diferentes, a determinação da lei aplicável ao regime matrimonial ou ao divórcio pode variar de acordo com as regras em vigor no Estado da autoridade requerida. Por conseguinte, a designação de tal lei para reger a obrigação alimentar seria efetuada de modo pouco uniforme, uma situação que não foi considerada desejável.

Alínea c) – A lei designada pelas partes como aplicável ao seu regime matrimonial ou a lei efetivamente aplicada ao mesmo;

i) Lei designada para reger o regime matrimonial

138 De acordo com o artigo 8.º, n.º 1, alínea *c)*, os cônjuges têm, em primeiro lugar, o direito de escolher a lei *designada como aplicável* ao seu regime matrimonial. Neste caso, a lei designada para reger o regime matrimonial é igualmente aplicável às obrigações alimentares: a vantagem óbvia consiste em sujeitar esses aspetos a uma regulamentação coerente.

139 A escolha da lei aplicável ao regime matrimonial não é regulada pelo Protocolo, mas pelo direito internacional privado de cada Estado Contratante (incluindo eventuais instrumentos de origem internacional ou regional). Tal escolha é amplamente reconhecida no direito comparado; está prevista, nomeadamente, pela *Convenção da Haia, de 14 de março de 1978, sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais*. Muitas vezes, é reconhecido aos cônjuges o direito de escolher a lei da nacionalidade ou da residência habitual de um deles⁵³; neste caso, esta opção não acrescenta nada às resultantes das alíneas *a)* e *b)*. No entanto, pode ocorrer por vezes que para o respetivo regime matrimonial, os cônjuges beneficiem de algumas opções adicionais, não previstas no Protocolo como, por exemplo, a lei do «domicílio» (que não coincide necessariamente com a residência habitual) ou a lei do lugar de certos bens, nomeadamente imóveis⁵⁴. Nestes casos, as obrigações alimentares podem também estar sujeitas a tais leis.

140 Se a escolha efetuada pelas partes não corresponder às normas de conflitos de leis em vigor no Estado do foro (porque a escolha não é admitida ou as condições estabelecidas não foram respeitadas ou a lei escolhida está de alguma forma em conflito com essas normas), será considerada nula e sem efeito. Esta nulidade implica também a da designação da lei aplicável à obrigação alimentar, que se interliga com a primeira de acordo com o Protocolo.

ii) Lei efetivamente aplicada ao regime matrimonial

141 A alínea *c)* permite igualmente aos cônjuges submeter as obrigações alimentares à lei que foi efetivamente *aplicada* ao seu regime matrimonial. A

⁵³ Cf. artigos 3.º e 6.º da Convenção de 1978.

⁵⁴ Cf. o artigo 3.º, n.º 4, e o artigo 6.º, n.º 4, da Convenção de 1978.

situação é aquela em que a lei aplicável a esse regime já foi determinada pela autoridade requerida (nomeadamente em caso de separação ou divórcio). Através da sua escolha, os cônjuges podem submeter as obrigações alimentares a essa mesma lei. Tal permite alargar a escolha das partes, mas sobretudo aplicar uma única lei a todas estas matérias de carácter patrimonial. É conveniente notar que, se a lei aplicável ao regime matrimonial for a lei do foro, a escolha desta lei para as obrigações alimentares não se confunde com a prevista pelo artigo 7.º: com efeito, não se trata de uma escolha efetuada para efeitos de um procedimento específico, mas de uma escolha que continuará a produzir os seus efeitos no futuro, inclusive para novos pedidos (nomeadamente de modificação) apresentados pelo credor ou pelo devedor. Além disso, a escolha prevista no artigo 8.º, n.º 1, alínea c), não tem necessariamente de ser efetuada durante o procedimento, mas pode sê-lo depois de ter sido proferida uma decisão que defina o regime matrimonial entre os cônjuges.

Alínea d) – A lei designada pelas partes como aplicável ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens ou a lei efetivamente aplicada aos mesmos.

iii *Lei designada como aplicável à separação de pessoas ou ao divórcio*

142 De acordo com o artigo 8.º, n.º 1, alínea d), os cônjuges podem também submeter a obrigação alimentar à lei que *designaram* para reger a separação ou o divórcio. As considerações que tecemos sobre a escolha da lei designada para o regime matrimonial são *mutatis mutandis* igualmente aplicáveis neste caso. No entanto, convém notar que a designação da lei aplicável ao divórcio ou à separação de pessoas não é muito frequente no direito internacional privado comparado. Tal facto, obviamente, aumenta o risco de que essa escolha seja considerada nula no Estado do foro, incluindo em relação à obrigação alimentar. Portanto, os cônjuges deverão agir com prudência. Todavia, verificou-se uma evolução em alguns Estados europeus, na sequência da adoção do Regulamento «Roma III»*.

iv *Lei efetivamente aplicada à separação de pessoas ou ao divórcio*

143 A alínea d) permite igualmente aos cônjuges submeter as obrigações alimentares à lei que foi efetivamente *aplicada* à separação de pessoas ou ao divórcio. A situação referida é aquela em que a lei aplicável já foi determinada pela autoridade requerida; por sua escolha, os cônjuges podem submeter as obrigações alimentares a essa mesma lei. Tal permite alargar a escolha das partes, mas especialmente submeter as obrigações alimentares à mesma lei que é aplicada à separação ou ao divórcio. As precedentes considerações sobre a diferença entre esta escolha e a regida pelo artigo 7.º (cf. *supra*, n.º 141) são também válidas neste caso.

* Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Esta nota foi aditada pelo relator na sequência da redação definitiva do relatório.

d *Modalidades da escolha*

N.º 2 – Tal acordo deve ser escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posteriores consultas e assinado por ambas as partes.

144 No plano formal, a escolha da lei aplicável deve ser efetuada por escrito e assinada pelas partes. Sem mencionar as vantagens que oferece no plano probatório, a exigência da forma escrita serve para chamar a atenção do credor para a importância da escolha e protegê-lo das consequências de uma escolha imprudente.

145 A forma escrita pode ser substituída por qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para ser consultado posteriormente. Esta precisão destina-se a permitir o uso das tecnologias da informação. Tal facto, no entanto, não deve excluir a exigência de um documento assinado; um documento eletrónico apenas será suficiente se for acompanhado de assinatura eletrónica.

N.º 3 – O n.º 1 não se aplica às obrigações alimentares respeitantes a uma pessoa com menos de 18 anos ou um adulto que, em razão de uma diminuição ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não esteja em condições de proteger os seus interesses.

146 Este parágrafo não requer qualquer comentário especial.

e *Restrições aos efeitos da escolha*

147 Introduziram-se restrições importantes no que diz respeito aos efeitos da escolha da lei aplicável (artigo 8.º, n.ºs 4 e 5). Dado que a escolha de uma lei restritiva em matéria de alimentos pode privar o credor do seu direito a alimentos ou limitar as suas pretensões de forma significativa, revelou-se indispensável restringir os seus efeitos.

i *Aplicação da lei da residência habitual do credor ao direito de renunciar a alimentos*

N.º 4 – Não obstante a lei designada pelas partes por força do n.º 1, é a lei do Estado da residência habitual do credor, no momento da designação, que determina se o credor pode renunciar ao seu direito a alimentos.

148 O artigo 8.º, n.º 4, prevê que, não obstante a lei designada pelas partes, a lei do Estado da residência habitual do credor no momento da designação determina se o credor pode renunciar ao seu direito a alimentos. Esta regra foi introduzida no texto do Protocolo no momento da Sessão Diplomática, sob proposta da Comunidade Europeia⁵⁵. Inclui uma limitação do âmbito da aplicação da lei escolhida pelas partes; independentemente do conteúdo dessa lei, a possibilidade de renunciar ao direito a alimentos, bem como as condições de tal renúncia, permanecerão sujeitas à lei da residência habitual do credor. A finalidade da disposição é obviamente evitar que, através da escolha de uma lei particularmente liberal e pouco protetora, o credor possa ser levado a renunciar aos alimentos a que teria direito de acordo com a lei aplicável caso não tivesse existido escolha.

149 De acordo com a proposta que está na origem desta disposição, a atribuição ao credor de um montante em capital para cobrir as suas necessidades futuras não constitui uma renúncia ao direito a alimentos na aceção

⁵⁵ Documento de trabalho n.º 5.

deste artigo. Neste caso, a lei da residência habitual do credor não é, portanto, tida em conta.

150 Considerando o seu teor literal, a disposição parece destinada a ser aplicável no caso em que o credor tenha renunciado aos seus direitos, e esta renúncia seja acompanhada pela escolha de uma lei que o permite. Todavia, a justificação da disposição sugere que se aplique também quando a escolha de uma determinada lei que não prevê qualquer obrigação alimentar a favor do credor implica, em si própria, uma renúncia.

ii *Poder moderador do tribunal*

N.º 5 – A menos que, no momento da designação, as partes estejam plenamente informadas e conscientes das consequências da sua escolha, a lei designada pelas partes não se aplica quando tal acarrete consequências manifestamente injustas ou pouco razoáveis para uma das partes.

151 Os efeitos da escolha da lei aplicável são, além disso, limitados pela previsão de um poder moderador da autoridade à qual foi submetida a apreciação do pedido. Se esta autoridade constata que a aplicação da lei escolhida pelas partes implica, no caso concreto, consequências manifestamente injustas ou irrazoáveis, a lei escolhida pode ser excluída a favor da lei designada pelos critérios de conexão dos artigos 3.º a 5.º. Esta cláusula de salvaguarda é baseada em considerações de justiça substantiva e corresponde ao poder concedido aos tribunais por diversos direitos nacionais para corrigir, ou mesmo excluir, acordos de alimentos celebrados entre as partes quando conduzem a resultados injustos ou irrazoáveis. No entanto, as delegações estavam também preocupadas com o facto de um poder ilimitado do tribunal de rejeitar a lei escolhida vir a comprometer completamente a possibilidade de as partes celebrarem acordos de escolha da lei nos termos do artigo 8.º. Concordou-se, portanto, em limitar o poder moderador do tribunal, estabelecendo que o n.º 5 não seria aplicável se as partes estivessem plenamente informadas e conscientes das consequências da sua designação. Esta redação destina-se a permitir que as partes reduzam o risco de verem o seu acordo rejeitado, recorrendo, antes de o celebrar, a aconselhamento jurídico sobre as suas consequências. A exigência de que as partes devem ser «totalmente informadas e conscientes» significa que devem não só ter obtido as informações relevantes, mas também ter sido capazes de compreendê-las; a redação não é redundante, porque uma pessoa pode estar plenamente informada sem ter consciência das consequências da sua escolha.

f *Existência e validade do acordo entre as partes*

152 Com exceção de certas limitações relativas à admissibilidade da escolha da lei aplicável e algumas indicações sobre o momento e a forma dessa escolha, o Protocolo é omissivo noutras questões relacionadas com a existência e a validade do acordo mediante o qual as partes designam a lei aplicável (por exemplo, não especifica o efeito de um possível vício do consentimento). Estas questões devem ser decididas de acordo com a lei aplicável ao acordo de escolha da lei celebrado entre as partes, mas tal lei não é expressamente determinada pelo Protocolo. A solução preferível para

colmatar esta lacuna é considerar que tais matérias são reguladas pela lei designada pelas partes. Esta abordagem, que consiste em submeter a validade da *optio legis* à lei que seria aplicável se o acordo entre as partes fosse válido, é muito comum em instrumentos internacionais que reconhecem a autonomia das partes, inclusive no que diz respeito à existência e à validade do consentimento⁵⁶. A sua principal vantagem é garantir que estas questões são decididas de forma uniforme nos diferentes Estados Contratantes do Protocolo.

Artigo 9.º «Domicílio» em vez de «nacionalidade»

Um Estado em que o conceito de «domicílio» constitui um fator de conexão em matéria familiar, pode informar o Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que, para efeitos dos processos apresentados às suas autoridades, o termo «nacionalidade» constante dos artigos 4.º e 6.º é substituído por «domicílio», tal como é definido nesse Estado.

153 Esta disposição prevê que um Estado onde o conceito de «domicílio» constitui um fator de conexão em matéria familiar pode informar o Secretariado Permanente da Conferência da Haia que, para efeitos dos processos apresentados às suas autoridades, o termo «nacionalidade» constante dos artigos 4.º e 6.º é substituído por «domicílio», tal como é definido nesse Estado.

154 Esta disposição foi introduzida no texto do Protocolo durante a Sessão Diplomática, sob proposta da Comunidade Europeia⁵⁷. Visa facilitar a aplicação do Protocolo pelos Estados (em especial os sistemas da *common law*) que não têm o hábito de utilizar a nacionalidade como um critério de conexão no direito internacional privado. Estes Estados estão, portanto, autorizados a substituir o critério da nacionalidade, utilizado nos artigos 4.º e 6.º, pelo do domicílio, como é definido nesses Estados. Existem disposições semelhantes em certos instrumentos jurídicos da UE em benefício do Reino Unido e da Irlanda⁵⁸.

155 Embora a definição do círculo de Estados que podem beneficiar desta regra especial não seja muito precisa, é claro que é permitido aos sistemas da *common law* utilizar o «domicílio» como fator de conexão em matéria familiar para fazer uso do artigo 9.º. A fórmula utilizada pelo artigo 9.º, referindo-se a «[um] Estado que reconhece o conceito de «domicílio» como um fator de conexão em matéria familiar», não limita expressamente a aplicação deste artigo unicamente aos Estados da *common law*. Na verdade, existem vários sistemas da *civil law* que também

⁵⁶ Cf. artigo 10.º da *Convenção da Haia, de 14 de março de 1978, sobre a Lei Aplicável aos Regimes Matrimoniais*; artigo 10.º, n.º 1, da *Convenção da Haia, de 22 de dezembro de 1986, sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias*; artigo 5.º, n.º 2, da *Convenção da Haia, de 1 de agosto de 1989, sobre a Lei Aplicável às Sucessões por Morte*; artigo 3.º, n.º 4 e artigo 8.º, n.º 1, da *Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, artigo 3.º, n.º 5 e artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento Roma I [Regulamento (CE) n.º 593/2008 de 17 de junho de 2008]*.

⁵⁷ Documento de trabalho n.ºs 2, 6 e 11.

⁵⁸ Cf. o artigo 3.º, n.º 2 e o artigo 6.º, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 («Regulamento Bruxelas II-A»).

utilizam o «domicílio» como critério de conexão em matéria familiar⁵⁹. De acordo com a redação do artigo 9.º, resulta que esses Estados também podem exercer a faculdade reconhecida por esta disposição. No entanto, esta leitura não é consistente com o espírito da proposta da Comunidade Europeia, cujo propósito declarado era facilitar a tarefa dos Estados que não têm o hábito de utilizar a nacionalidade como critério de conexão nos seus sistemas internos de direito internacional privado⁶⁰. Resulta, portanto que, se um Estado reconhece o conceito de nacionalidade e a ele recorre em matéria de conflito de leis, mesmo a título subsidiário, não poderá beneficiar da regra especial do artigo 9.º.

156 No Estado que exerce a faculdade prevista no artigo 9.º, o critério do «domicílio» deve ser utilizado tal como é «definido nesse Estado». Existe, portanto, uma referência ao direito interno do Estado em causa e ao próprio conceito de domicílio. Obviamente, esta abordagem não é muito propícia à aplicação uniforme do presente Protocolo, mas o seu impacto não deve ser sobrestimado, porque continuará a ficar restringido às disposições do artigo 4.º, n.º 4 e ao artigo 6.º do Protocolo. Convém notar que a referência ao conceito interno de «domicílio» também é utilizada noutros instrumentos de direito internacional privado uniforme, sem que a sua aplicação seja particularmente prejudicada⁶¹.

157 A substituição do conceito de nacionalidade pelo de domicílio na aceção do artigo 9.º está apenas prevista na aplicação dos artigos 4.º e 6.º do Protocolo, a saber, nas duas disposições que utilizam o critério da nacionalidade comum das partes. No artigo 4.º, n.º 4, esta substituição implicará que em Estados Contratantes do Protocolo que exercerem esta faculdade, o credor que não pode obter alimentos de acordo com a lei da residência habitual, nem de acordo com a lei do foro (por essa ordem ou pela ordem inversa, cf. o artigo 4.º, n.º 3) poderá, no entanto, basear a sua pretensão na lei do Estado no qual ambas as partes têm o seu domicílio. No artigo 6.º, a substituição implica que, nos Estados em questão, um devedor de alimentos pode opor-se à pretensão do credor, se a obrigação não existe de acordo com a lei da residência habitual, nem de acordo com a lei do Estado no qual ambas as partes estão domiciliadas.

158 Em ambos os casos referidos no artigo 9.º, a substituição da nacionalidade pelo domicílio terá efeitos apenas para o Estado Contratante que recorreu à opção prevista por esta disposição. Tal significa que outros Estados não serão obrigados a aplicar o critério do domicílio e, em vez disso, deverão continuar a aplicar o da nacionalidade. Com efeito, o artigo 9.º não está sujeito à condição da reciprocidade. Tem como seu corolário a não obrigatoriedade dos outros Estados aplicarem o conceito de domicílio tal como é definido no Estado em causa; a tarefa das autoridades não é, portanto, dificultada pelo artigo em questão.

⁵⁹ Por exemplo, na Suíça, onde o domicílio é definido como o lugar onde uma pessoa «reside com a intenção de aí se estabelecer», cf. artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei federal, de 18 de dezembro de 1987, sobre o direito internacional privado.

⁶⁰ Cf. Ata n.º 5, n.º 31.

⁶¹ Cf. artigo 52.º da *Convenção de Bruxelas, de 27 de setembro de 1968, relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial* e da *Convenção de Lugano de 1988*.

159 A substituição prevista no artigo 9.º não terá, portanto, qualquer impacto no artigo 8.º, embora esta disposição também utilize o critério da nacionalidade no n.º 1, alínea a) (escolha pelas partes da lei nacional de uma delas). Isto é explicado pela preocupação de evitar que a designação da lei da nacionalidade de uma das partes, efetuada em conformidade com o artigo 8.º, possa ser anulada no outro Estado Contratante que tenha feito uso da faculdade do artigo 9.º, pelo facto de nenhuma das partes estar domiciliada no Estado cuja lei foi escolhida, ou que, pelo contrário, a designação da lei do domicílio possa ser considerada como nula num Estado Contratante que permanece fiel ao critério da nacionalidade.

160 Convém salientar que a substituição do critério da nacionalidade pelo do domicílio está sujeita, de acordo com o artigo 9.º, à obrigação de informar o Secretariado Permanente, que comunicará essa informação aos outros Estados Contratantes.

Artigo 10.º Entidades públicas

O direito de uma entidade pública reclamar o reembolso de prestações fornecidas ao credor a título de alimentos rege-se pela lei aplicável a essa entidade.

161 Esta disposição prevê que o direito de uma entidade pública de reclamar o reembolso de prestações fornecidas ao credor a título de alimentos está sujeito à lei que rege essa entidade.

162 Esta regra não constitui uma novidade, visto que já figurava no artigo 9.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), com algumas pequenas diferenças de redação. Assim, na versão francesa, a expressão *institution publique* constante da Convenção anterior foi substituída por *organisme public*, para uniformizar o texto do Protocolo com o da Convenção⁶².

163 Trata-se de uma regra amplamente reconhecida a nível internacional, tal como é confirmado pelo facto de uma disposição com o mesmo teor também ter sido introduzida no texto da Convenção (artigo 36.º, n.º 2). Esta regra será aplicável em todos os Estados Partes da Convenção, mesmo que não sejam Partes no Protocolo (independentemente, portanto, da lei que apliquem à obrigação alimentar).

164 Convém notar que a conexão à lei da entidade pública se aplica apenas ao direito desta última de *reclamar* o reembolso (com base numa sub-rogação ou numa cessão legal), enquanto a existência e a extensão do pedido de alimentos são reguladas pela lei aplicável a esta obrigação (cf. artigo 11.º, f)). Foi para esclarecer a relação entre estas duas disposições que a expressão «direito de obter o reembolso», que constava na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), foi alterada para «direito de reclamar o reembolso». Com efeito, a obtenção do reembolso não depende da lei da entidade pública, mas da lei aplicável à obrigação alimentar. Em alguns casos, estas duas leis coincidem; tal é geralmente o caso se a obrigação alimentar é regulada pela lei do Estado da residência habitual do credor (artigo 3.º), porque a entidade pública que fornece as prestações ao credor normalmente opera no Estado da residência deste último, em conformidade com a lei local. Pode

⁶² Cf. artigo 36.º desta última.

ocorrer mais facilmente uma dissociação das duas leis quando a obrigação alimentar está sujeita a uma lei diferente da do Estado da residência habitual do credor por força dos artigos 4.º, 5.º, 7.º ou 8.º.

165 Além disso, é claro que essa regra apenas se aplica ao reembolso das prestações pagas a título de alimentos, e não às prestações de outra natureza, como por exemplo, subsídios públicos, que o devedor não é obrigado a reembolsar.

Artigo 11.º Âmbito da lei aplicável

A lei aplicável à obrigação alimentar determina, nomeadamente:

166 Esta disposição especifica as matérias reguladas pela lei aplicável às obrigações alimentares, designada no artigo 3.º, 4.º, 5.º, 7.º ou 8.º do Protocolo. O âmbito da lei aplicável é definido de forma bastante ampla, em conformidade com a abordagem que caracteriza a Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável)⁶³, bem como outros instrumentos internacionais⁶⁴.

167 Convém notar que a enumeração contida no artigo 11.º, conforme indicado pelo advérbio «nomeadamente», não pretende ser exaustiva, e outras matérias não mencionadas podem eventualmente ser abrangidas pelo âmbito da mesma lei.

Alínea a) – A existência e o âmbito do direito do credor a alimentos, bem como as pessoas relativamente às quais pode exercê-lo;

168 A lei aplicável à obrigação alimentar rege, em primeiro lugar, a existência e o alcance da obrigação alimentar e a determinação do devedor. Determina, nomeadamente, a elegibilidade de uma pessoa para alimentos, tendo em conta a relação de família com o devedor e sua idade.

Alínea b) – Em que medida o credor pode reclamar alimentos retroativamente;

169 A mesma lei determina igualmente o alcance da obrigação. O Protocolo manteve-se fiel à abordagem das Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973, prevendo que uma única lei determina se, e em que medida, o credor pode requerer alimentos. A separação entre a existência e o alcance do pedido, que é prevista em alguns sistemas jurídicos (nomeadamente em algumas províncias do Canadá), não foi considerada.

Alínea c) – A base de cálculo do montante dos alimentos e a indexação;

170 O alcance da obrigação inclui não só as modalidades de cálculo da prestação, mas também a medida com base na qual o credor pode pedir alimentos retroativamente (cf. artigo 11.º, alínea b)). Os diferentes sistemas jurídicos geralmente limitam essa possibilidade aos montantes devidos nos anos imediatamente anteriores ao pedido do credor.

171 A lei aplicável à obrigação alimentar também rege a questão da indexação do montante devido a título de alimentos. Esta questão foi discutida na Comissão Especial, pois outras soluções poderiam ser previstas

teoricamente (por exemplo, a aplicação sistemática da lei da residência habitual do credor ou da lei do foro). A Comissão Especial considerou, por fim, que esta questão estava associada à da determinação do alcance da obrigação alimentar e, portanto, deveria ser regida pela lei aplicável a esta última.

Alínea d) – O sujeito autorizado a instaurar uma ação para obter alimentos, exceto no que diz respeito às matérias relativas à capacidade processual e à representação na ação;

172 A lei aplicável à obrigação alimentar também determina a pessoa que tem o direito de instaurar uma ação em matéria de alimentos. Esta solução corresponde à prevista na Convenção sobre obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) (artigo 10.º, n.º 2). O direito de instaurar uma ação cabe normalmente ao credor de alimentos, mas, quando este último é menor, a ação pode por vezes ser instaurada por um dos seus progenitores ou por uma entidade pública. Esta questão é distinta daquela da representação de pessoas incapazes, que permanece fora do âmbito da aplicação do Protocolo. Da mesma forma, não deve ser confundida com a questão da capacidade processual e a da representação em tribunal, que estão sujeitas à lei do foro.

Alínea e) – Os prazos de prescrição ou para instaurar uma ação;

173 A prescrição da ação de alimentos e os outros prazos previstos para a instaurar (por exemplo, os prazos perentórios) também estão sujeitos à lei aplicável às obrigações alimentares. Estas matérias recebem, portanto, uma qualificação substantiva e não processual, como já foi o caso no âmbito da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) (artigo 10.º, n.º 2). Uma questão distinta é a que se refere ao prazo para a execução de montantes em atraso com base numa decisão estrangeira. Este aspeto não é regido pelo Protocolo, mas pelo artigo 32.º, n.º 5, da Convenção, que prevê que «[O] prazo de prescrição para a execução de quantias em atraso é determinado pela lei do Estado de origem da decisão ou pela lei do Estado requerido, consoante a que preveja um prazo de prescrição mais longo».

Alínea f) – O âmbito da obrigação do devedor de alimentos, sempre que uma entidade pública reclame o reembolso da prestação fornecida ao credor a título de alimentos.

174 No caso de uma ação de reembolso instaurada por uma entidade pública, a lei aplicável à obrigação alimentar rege a existência e o alcance (e, por conseguinte, os limites) dessa obrigação, enquanto o direito de reclamar o reembolso depende da lei da entidade em causa (artigo 9.º). Esta regra, que corresponde àquela contida no artigo 10.º, n.º 3, da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), é perfeitamente lógica; com efeito, se a lei aplicável à obrigação alimentar não prevê um pedido, a entidade pública não pode reclamar ao devedor o reembolso das prestações fornecidas.

⁶³ Cf. artigo 10.º da Convenção.

⁶⁴ Cf. artigo 7.º da Convenção de Montevideu de 1989.

Artigo 12.º Exclusão do reenvio

Para efeitos do presente Protocolo, o termo «lei» designa o direito em vigor num Estado, com exclusão das normas de conflitos de leis.

175 Esta disposição especifica que as normas de conflitos do Protocolo designam o direito interno do Estado em causa, excluindo as normas de conflitos de leis. O reenvio está, portanto, excluído, mesmo que a lei designada seja a de um Estado não contratante. Esta solução é consistente com aquela consagrada pela Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) e por muitos outros instrumentos elaborados pela Conferência da Haia⁶⁵. Não requer qualquer comentário especial.

Artigo 13.º Ordem pública

A aplicação da lei designada por força do presente Protocolo só pode ser excluída se os efeitos da sua aplicação forem manifestamente contrários à ordem pública do foro.

176 Este artigo limita-se a prever a possibilidade de excluir a lei aplicável quando os seus efeitos são manifestamente incompatíveis com a ordem pública do foro. O teor desta disposição corresponde ao da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) (artigo 11.º, n.º 1), bem como ao de numerosos instrumentos de direito internacional privado uniforme.

177 A aplicação da reserva de ordem pública deve ser muito restritiva. Com efeito, o artigo 13.º exige que os efeitos da lei estrangeira sejam *manifestamente* contrários à ordem pública do foro, ou seja, que estejam em contradição evidente com um princípio fundamental do Estado do foro.

178 A exceção da ordem pública é por vezes invocada quando o pedido de alimentos é baseado, de acordo com a *lex causae* estrangeira, numa relação de família que não é reconhecida no Estado do foro e que é considerada chocante. A este respeito, no entanto, convém salientar que a avaliação da ordem pública deve ser feita *in concreto*, relativamente aos efeitos da aplicação da lei estrangeira designada pelo Protocolo. Esta consideração parece particularmente importante no domínio dos alimentos, porque aqui o efeito da aplicação de uma lei estrangeira ocorre em qualquer caso no plano patrimonial⁶⁶. Para poder invocar a ordem pública, não será, portanto, suficiente que a relação de família da qual deriva o pedido de alimentos entre em conflito, enquanto tal, com a ordem pública do Estado do foro, mas será necessário que o facto de obrigar uma pessoa a pagar alimentos a outra com base numa tal relação seja considerada em si mesma como chocante. Esta distinção não é despicienda. Com efeito, é sabido que em vários Estados a jurisprudência admite reconhecer certos efeitos específicos (de natureza patrimonial ou pessoal) decorrentes de uma relação de família, mesmo que esta última seja em si própria contrária à ordem pública do

⁶⁵ Cf. artigo 10.º da *Convenção da Haia, de 5 de julho de 2006, relativa à Legislação a Aplicar a Certos Direitos Respeitantes a Valores Mobiliários Detidos junto de Intermediários*; artigo 19.º da *Convenção da Haia, de 13 de janeiro de 2000, sobre a Proteção Internacional dos Adultos*.

⁶⁶ Cf. também o artigo 1.º, n.º 2, do Protocolo, segundo o qual as decisões proferidas no âmbito do Protocolo não prejudicam a existência de uma relação de família.

foro. O exemplo mais conhecido é o do reconhecimento em alguns Estados europeus (Alemanha, França) de certos efeitos da poligamia; embora este instituto não possa ser reconhecido nestes Estados porque é contrário aos princípios fundamentais da lei do foro, a existência de uma obrigação de alimentos do marido a favor das diferentes mulheres não é considerada chocante. Poderiam aplicar-se considerações semelhantes *mutatis mutandis* a outros institutos controversos, como o casamento ou a parceria entre pessoas do mesmo sexo.

179 Ao contrário de outros instrumentos de fonte interna ou internacional, o Protocolo não prevê reservas para as *lois de police* (ou normas de aplicação imediata) do foro, ou seja, as normas obrigatórias que, por causa de sua importância crucial para o Estado do foro, são aplicáveis independentemente da lei designada pelas normas de conflitos de leis. Pareceria, portanto, que as autoridades requeridas têm, em qualquer caso, de determinar o teor da lei designada pelo Protocolo, que apenas pode ser excluída se os seus efeitos forem incompatíveis, num caso concreto, com os princípios de ordem pública da lei do foro.

Artigo 14.º Fixação do montante dos alimentos

Ainda que a lei aplicável disponha diferentemente, na fixação do montante dos alimentos são tidos em conta as necessidades do credor e os recursos do devedor, bem como qualquer compensação atribuída ao credor a título do pagamento periódico de alimentos.

180 O artigo 14.º prevê que, ainda que a lei aplicável disponha diferentemente, na fixação do montante dos alimentos são tidos em conta as necessidades do credor e os recursos do devedor, bem como qualquer compensação atribuída ao credor a título do pagamento periódico de alimentos. Trata-se de uma norma substantiva que se impõe como tal aos Estados Contratantes, independentemente da forma como for tratada a lei aplicável às obrigações alimentares.

181 O texto desta disposição corresponde em grande medida ao artigo 11.º, segundo parágrafo, da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), mas apresenta duas novidades importantes.

182 A primeira diferença resulta do facto de que o artigo 14.º está sujeito a uma disposição independente e separada daquela relativa à ordem pública, contrariamente ao artigo 11.º, segundo parágrafo, da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável). Após longas discussões no quadro do GTLA e da Comissão Especial, esta solução foi aprovada na Sessão Diplomática. Tem uma consequência importante: a norma substantiva em causa não constitui apenas um limite à aplicação de uma lei estrangeira, mas deve ser aplicada pelas autoridades de um Estado Contratante, mesmo que a lei designada pelo Protocolo seja, no caso concreto, a lei do foro.

183 Convém notar que o facto de se ter em conta as necessidades e os recursos não implica necessariamente um poder de avaliação da autoridade no caso concreto, mas pode resultar indiretamente das modalidades de cálculo dos alimentos resultantes do direito aplicável, por exemplo, fixando o montante dos alimentos devidos a um credor num caso específico através de tabelas suficientemente flexíveis para ter em conta as

necessidades e os recursos das partes. Esta precisão é importante no que diz respeito aos sistemas administrativos, que se baseiam em geral, eles também, nas necessidades do credor e nos recursos do devedor, embora utilizando tais critérios de forma mais abstrata do que os sistemas judiciais.

184 A segunda diferença relativamente ao artigo 11.º, segundo parágrafo, da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) resulta da referência que é feita no artigo 14.º a «qualquer compensação atribuída ao credor a título do pagamento periódico de alimentos». Esta novidade também foi introduzida durante a Sessão Diplomática sob proposta da delegação da Comunidade Europeia⁶⁷. Refere-se em particular aos casos em que, aquando do divórcio, um cônjuge obteve o pagamento de uma quantia fixa (*lump sum*), ou a atribuição de uma parte dos bens (móveis ou imóveis) pertencentes ao outro cônjuge (como, por exemplo, nalguns sistemas da *common law*), em liquidação de todos os seus pedidos, inclusive de alimentos. Esta solução é utilizada em vários sistemas nacionais para favorecer uma solução definitiva de todas as pretensões dos cônjuges aquando do divórcio, colocando assim um termo às suas relações através de uma rutura clara, pelo menos no plano patrimonial (princípio do «*clean break*»). Neste caso, deve evitar-se que pedidos de alimentos inconsistentes com a regulamentação anterior possam posteriormente ser apresentados por um cônjuge com base numa lei que não reconhece tal mecanismo de compensação. Com efeito, se a lei designada pelo Protocolo se basear nas necessidades atuais do credor, sem ter em conta a compensação anteriormente recebida, o resultado pode ser injusto. Portanto, a norma substantiva do artigo 14.º pode ser utilizada para corrigir, se for caso disso, as soluções resultantes da lei aplicável aos pedidos de alimentos.

Artigos 15.º a 17.º Sistemas jurídicos não unificados

185 Estes artigos contêm cláusulas sobre a aplicação do Protocolo nos Estados cujo sistema jurídico não é unificado. Estas cláusulas são comuns nas Convenções da Haia, mas a sua redação deve ser adaptada ao objeto de cada convenção. No caso do Protocolo, o Secretariado Permanente elaborou projetos de artigos⁶⁸. Estes artigos foram aprovados com pequenas alterações durante a Sessão Diplomática. O artigo 15.º estabelece que o Protocolo não se aplica em conflitos puramente internos de um Estado Contratante, enquanto os artigos 16.º e 17.º se referem à aplicação do Protocolo aos sistemas jurídicos não unificados do ponto de vista territorial e pessoal.

Artigo 15.º Não aplicação do presente Protocolo aos conflitos internos

N.º 1 – Um Estado Contratante no qual vigorem sistemas jurídicos ou conjuntos de normas diferentes em matéria de obrigações de alimentos não fica obrigado a aplicar as normas do presente Protocolo aos conflitos relacionados unicamente com estes diferentes sistemas ou conjuntos de normas.

186 Este artigo especifica que um Estado no qual vigorem dois ou mais sistemas jurídicos ou conjuntos de

normas diferentes em matéria de obrigações de alimentos não fica obrigado a aplicar as regras do Protocolo para dirimir os conflitos internos resultantes de tal situação. Com efeito, o Protocolo visa regular os conflitos de leis em situações internacionais e não pretende aplicar-se a situações puramente nacionais. Isto é válido tanto para os conflitos interpessoais (ou seja, quando a aplicação dos diferentes sistemas nacionais se baseia num critério pessoal, como a religião das pessoas em causa) como para os conflitos interterritoriais (quando se apliquem diferentes sistemas ou conjuntos de normas em unidades territoriais diferentes).

187 Numa base puramente voluntária e unilateral, o Estado em causa pode decidir aplicar o Protocolo para resolver conflitos a nível interno, se assim o desejar. Esta solução, que pode certamente ser contemplada para conflitos interterritoriais, parece no entanto inadequada para os conflitos interpessoais.

N.º 2 – O presente artigo não se aplica às organizações regionais de integração económica.

188 De acordo com o n.º 2, o artigo 15.º não se aplica a uma organização regional de integração económica. Os Estados que constituem esta organização são de facto Estados independentes e, portanto, não podem ser equiparados às unidades territoriais de um Estado plurilegislativo.

Artigo 16.º Sistemas jurídicos não unificados de carácter territorial

N.º 1 – Se num Estado vigorarem, em unidades territoriais diferentes, dois ou mais sistemas jurídicos ou conjuntos de normas relativos a qualquer matéria regida pelo presente:

Alínea a) – Qualquer referência ao direito de um Estado deve ser interpretada, se for caso disso, como uma referência ao direito vigente na unidade territorial em causa;

Alínea b) – Qualquer referência às autoridades competentes ou entidades públicas desse Estado deve ser interpretada, se for caso disso, como uma referência às autoridades competentes ou entidades públicas habilitadas a agir na unidade territorial em causa;

Alínea c) – Qualquer referência à residência habitual nesse Estado deve ser interpretada, se for caso disso, como uma referência à residência habitual na unidade territorial em causa;

Alínea d) – Qualquer referência ao Estado de nacionalidade comum de duas pessoas deve ser interpretada como sendo a unidade territorial designada pela lei desse Estado ou, na ausência de normas pertinentes, a unidade territorial com a qual a obrigação alimentar apresenta uma conexão mais estreita;

Alínea e) – Qualquer referência ao Estado de nacionalidade de uma pessoa deve ser interpretada como sendo a unidade territorial designada pela lei desse Estado ou, na ausência de normas pertinentes, a unidade territorial com a qual a pessoa apresenta uma conexão mais estreita.

⁶⁷ Ver os Documento de trabalho n.º 2, Ata n.º 1, n.º 64 e seguintes, e Ata n.º 2, n.º 1 e seguintes.

⁶⁸ Documento de trabalho n.º 12.

189 Este artigo indica como proceder quando, numa situação de natureza internacional, a lei designada pelo Protocolo é a de um sistema não unificado, no qual vigoram, em unidades territoriais diferentes, dois ou mais sistemas jurídicos ou conjuntos de normas em matéria de obrigações alimentares. Convém notar que este problema não é exclusivo de Estados plurilegislativos, mas pode ocorrer em todos os Estados Contratantes do Protocolo, quando este último designa como aplicável a lei de um Estado plurilegislativo. Se, por exemplo, o Protocolo designa a lei de um Estado A porque o credor tem a sua residência habitual em tal Estado e este Estado é um sistema não unificado, a autoridade requerida no Estado B (Parte no Protocolo) deverá resolver o problema de saber quais são as regras aplicáveis entre as diferentes unidades territoriais do Estado A.

N.º 2 – Para determinar a lei aplicável nos termos do presente Protocolo, se um Estado for constituído por duas ou mais unidades territoriais, cada uma com seu próprio sistema jurídico ou conjunto de normas relativos a matérias abrangidas pelo presente Protocolo, aplicam-se as seguintes regras:

Alínea a) – Se no referido Estado vigorarem normas que determinem a unidade territorial cuja lei deve ser aplicada, aplica-se a lei dessa unidade territorial;

Alínea b) – Na ausência de tais normas, aplica-se a lei da unidade territorial definida nos termos do n.º 1.

190 O artigo 16.º, n.º 2 especifica que, nesses casos, para identificar o direito aplicável em conformidade com o Protocolo, é necessário basear-se primeiro nas normas em vigor no Estado em causa, que identificam a unidade territorial cuja lei é aplicável (artigo 16.º, n.º 2, alínea a)). No nosso exemplo, a autoridade do Estado B deve, portanto, basear-se em primeiro lugar nas normas aplicáveis no Estado A para regular os conflitos interterritoriais; tal pode conduzir, por exemplo, à aplicação da lei de uma unidade territorial diferente daquela da residência habitual do credor (por exemplo, a lei da residência habitual do devedor, se este critério for aplicado no Estado A).

191 É apenas na ausência de tais normas internas e, portanto, a título puramente subsidiário, que a lei aplicável será identificada de acordo com as normas do presente Protocolo (artigo 16.º, n.º 2, alínea a)). Para este efeito, o artigo 16.º, n.º 1 especifica como devem ser interpretados os conceitos utilizados no Protocolo; esta disposição aplica-se apenas se o n.º 2, alínea b), se aplicar. A ideia geral subjacente a esta disposição é identificar os elementos espaciais de conexão previstos pelo Protocolo na unidade territorial onde estão efetivamente localizados.

192 Assim, qualquer referência à lei de um Estado deve ser entendida, se for caso disso, como a lei em vigor na unidade territorial considerada (artigo 16.º, n.º 1, alínea a)); por exemplo, por «lei do foro» deve entender-se a lei em vigor na unidade territorial onde se situa a autoridade competente). Da mesma forma, qualquer referência às autoridades competentes ou entidades públicas desse Estado deve ser entendida, se for caso disso, como feita às autoridades competentes ou entidades públicas habilitadas a agir na unidade territorial considerada (por exemplo, o

direito de uma entidade pública de reclamar o reembolso de uma prestação fornecida ao credor nos termos do artigo 10.º será regida pela lei em vigor na unidade territorial onde esta entidade está autorizada a agir). De acordo com a mesma ideia, qualquer referência à residência habitual nesse Estado entende-se, se for caso disso, como a residência habitual na unidade territorial considerada (portanto, a lei aplicável na aceção do artigo 3.º será aquela em vigor na unidade territorial onde o credor tem a sua residência habitual).

193 Algumas disposições do Protocolo utilizam o conceito de nacionalidade (artigo 4.º, n.º 4, artigo 6.º e artigo 8.º, n.º 1, alínea a)); tal conceito não se adapta bem à resolução de conflitos internos, pela simples razão de que geralmente as unidades territoriais de um Estado plurilegislativo não conferem uma nacionalidade distinta da nacionalidade do Estado em questão. Em tais casos, as alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 16.º preveem que, na ausência de normas relevantes no Estado em questão, a lei aplicável é a da unidade territorial com a qual a pessoa tem a conexão mais próxima. Certamente, esta solução não é fácil de implementar, mas permitirá em geral resolver a situação.

N.º 3 – O presente artigo não se aplica às organizações regionais de integração económica.

194 De acordo com o n.º 3, o artigo 16.º não se aplica às organizações regionais de integração económica. Os Estados que constituem tal organização são, de facto, Estados independentes e, portanto, não podem ser equiparados às unidades territoriais de um Estado plurilegislativo.

Artigo 17.º Sistemas jurídicos não unificados de carácter pessoal

Para determinar a lei aplicável nos termos do presente Protocolo, se num Estado vigorarem dois ou mais sistemas jurídicos ou conjuntos de normas aplicáveis a categorias diferentes de pessoas para as matérias regidas pelo mesmo Protocolo, qualquer referência à lei desse Estado deve ser interpretada como sendo o sistema jurídico determinado pelas normas em vigor nesse Estado.

195 Este artigo visa o caso em que a lei designada pelo Protocolo é a de um Estado que inclui vários sistemas jurídicos ou conjuntos de normas aplicáveis a diferentes categorias de pessoas (em função, por exemplo, da religião). Nesta situação, o único critério aplicado é o do reenvio para as normas de conflitos internos do Estado em causa. Esta solução reflete a adotada em todas as Convenções da Haia que trataram esta questão e é necessária porque as regras do Protocolo, que geralmente se baseiam num critério territorial, são inadequadas para resolver conflitos interpessoais. Ao contrário de outras Convenções, o Protocolo não prevê um critério subsidiário aplicável quando as normas nacionais não existam no Estado em causa. Foi sugerido na Sessão Diplomática que os Estados constituídos por vários sistemas jurídicos não unificados de carácter pessoal em matéria de obrigações alimentares e que não preveem normas de conflitos internas a esse respeito, adotem tais regras antes de se tornarem Partes Contratantes no Protocolo.

Artigo 18.º Coordenação com as anteriores Convenções da Haia em matéria de obrigações alimentares

O presente Protocolo substitui, nas relações entre os Estados Contratantes, a Convenção da Haia, de 2 de outubro de 1973, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares e a Convenção da Haia, de 24 de outubro de 1956, sobre a Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores.

196 Este artigo especifica que o Protocolo se destina a substituir, nas relações entre os Estados Contratantes, as Convenções sobre as obrigações alimentares de 1956 e de 1973. Esta regra retoma *mutatis mutandis* a contida no artigo 18.º da Convenção de 1973.

197 A substituição ocorre apenas nas relações entre os Estados Contratantes, o que significa que as Convenções anteriores continuam a ser aplicáveis, mesmo num Estado que se tornou Parte do Protocolo, nas relações com os outros Estados que são Partes dessas Convenções e que não aderiram ao Protocolo.

198 A Convenção sobre as obrigações alimentares de 1956 aplica-se unicamente quando conduz à aplicação da lei de um Estado Contratante. Portanto, não reivindica o efeito *erga omnes*⁶⁹. Além disso, o artigo 18.º prevê que «nas relações entre os Estados Contratantes» o Protocolo substitui a Convenção de 1956 sem a necessidade de denunciar esta última. Tal disposição, portanto, faz claramente prevalecer a aplicação do Protocolo relativamente à Convenção anterior, pelo menos entre os Estados Partes de ambos os instrumentos. É verdade que se poderia deduzir do artigo 18.º que este permite que um Estado Parte de ambos os instrumentos derogue a aplicação do Protocolo nas suas relações com um Estado Parte na Convenção de 1956, mas não vinculado pelo Protocolo. Esta situação será em qualquer caso excepcional, mas sobretudo difícil de tratar devido à falta de um critério preciso para determinar quando o problema diz respeito às relações com um tal Estado. Tendo em conta esta ambiguidade, o objetivo do artigo 18.º poderia servir de inspiração para promover a aplicação do Protocolo também nessa hipótese.

199 A coordenação com a Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável) é mais complicada, porque esta última reivindica, tal como o Protocolo, um âmbito da aplicação universal⁷⁰. O efeito do artigo 18.º é, como no caso da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1956, que pelo menos «nas relações entre os Estados Contratantes» o Protocolo prevalecerá sem que seja necessário denunciar a Convenção de 1973. E também se poderia concluir que esta disposição autoriza que um Estado Parte no Protocolo e na Convenção de 1973 derogue a aplicação do Protocolo nas relações com um Estado Parte na Convenção de 1973 mas não no Protocolo. Todavia, tal não resolve o problema do conflito no caso em que os dois instrumentos, numa situação concreta, conduzem a uma solução diferente, na falta de critérios para determinar quando se trata de «relações entre Estados Contratantes». Estes tipos de casos podem ser mais frequentes do que os referidos no número anterior devido

ao âmbito universal dos dois instrumentos. Tendo em conta essa dificuldade, parece ainda mais oportuno inspirar-se no objetivo do artigo 18.º para promover a aplicação do Protocolo - um sistema mais moderno e destinado a substituir o conjunto de regras da Convenção de 1973 - relativamente à aplicação desta última. Tal conclusão é corroborada ainda pelo artigo 19.º da Convenção de 1973, segundo o qual «[A] Convenção não afeta qualquer instrumento internacional de que um Estado Contratante é ou venha a ser Parte e que contenham disposições sobre as matérias reguladas pela presente Convenção».

Artigo 19.º Coordenação com outros instrumentos

N.º 1 – O presente Protocolo não prejudica quaisquer instrumentos internacionais nos quais os Estados Contratantes são ou venham a ser Partes e que contenham disposições sobre matérias regidas pelo presente Protocolo, salvo declaração em contrário dos Estados vinculados por tais instrumentos.

200 A coordenação com outras convenções é mais simples. Com efeito, em conformidade com o artigo 19.º, o Protocolo não prejudica quaisquer instrumentos internacionais nos quais os Estados Contratantes são ou venham a ser Partes e que contenham disposições sobre a lei aplicável às obrigações alimentares. O Protocolo prevalecerá sobre tais instrumentos anteriores ou posteriores apenas em caso de declaração contrária dos Estados vinculados por esses instrumentos.

N.º 2 – O n.º 1 aplica-se igualmente às leis uniformes baseadas na existência de vínculos especiais entre os Estados em causa, em particular de natureza regional.

201 Convém salientar que, em conformidade com o n.º 2 do artigo 19.º, esta solução também se aplica às relações entre o Protocolo e as leis uniformes baseadas na existência de conexões especiais entre os Estados, nomeadamente de natureza regional. Daí resulta, por exemplo, que o Protocolo daria lugar, se for caso disso, a um futuro instrumento regional para regular a mesma matéria.

Artigo 20.º Interpretação uniforme

Para efeitos da interpretação do presente Protocolo, é tido em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover a sua aplicação uniforme.

202 Através desta cláusula, que passou a ser normal nos textos de direito uniforme, os Estados Partes no Protocolo comprometem-se, na interpretação do mesmo, a ter em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação. Tal implica, nomeadamente, a obrigação das autoridades dos Estados Contratantes de terem em conta, na medida do possível, as decisões que tenham sido adotadas no âmbito de aplicação do Protocolo noutros Estados Contratantes. Naturalmente, estas decisões têm apenas uma força persuasiva, pois as autoridades dos outros Estados não são por elas vinculadas.

⁶⁹ Cf. artigo 6.º da Convenção.

⁷⁰ Cf. artigo 3.º da Convenção de 1973 e artigo 2.º do Protocolo.

Artigo 21.º Exame do funcionamento prático do presente Protocolo

N.º 1 – O Secretário-Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado convoca, quando necessário, uma Comissão Especial para examinar o funcionamento prático do presente Protocolo.

203 Para garantir o acompanhamento, o artigo 21.º prevê que o Secretário-Geral pode convocar, quando necessário, uma Comissão Especial para examinar o funcionamento prático do Protocolo.

N.º 2 – Para esse efeito, os Estados Contratantes cooperam com o Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na recolha de jurisprudência relativa à aplicação do Protocolo.

204 Com o mesmo propósito, e para facilitar o acesso das autoridades dos Estados Contratantes às decisões adotadas noutros Estados-Membros no âmbito de aplicação do Protocolo, as Partes Contratantes comprometem-se a colaborar com o Secretariado Permanente na recolha de jurisprudência relativa à aplicação do mesmo.

Artigo 22.º Disposições transitórias

O presente Protocolo não se aplica aos alimentos pedidos num Estado Contratante relativos ao período anterior à sua entrada em vigor nesse Estado.

205 De acordo com este artigo, o Protocolo não é aplicável aos alimentos pedidos num Estado Contratante relativos ao período anterior à sua entrada em vigor. O objetivo desta disposição é evitar que as novas regras tenham um impacto sobre os direitos e as obrigações das partes preexistentes à sua entrada em vigor. Esta solução corresponde ao que está previsto no artigo 12.º da Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável)⁷¹.

206 Ao contrário da Convenção (cf. artigo 56.º, n.º 1), o Protocolo não se aplicará, portanto, a todos os procedimentos instaurados depois da sua entrada em vigor; em contrapartida, a sua aplicação não é excluída se o procedimento tiver sido iniciado antes dessa data. Assim, em ambos os casos será necessário estabelecer *para qual período* os alimentos são reclamados. Se forem reclamados para o período anterior à entrada em vigor do novo texto (por exemplo, se o credor pedir o pagamento de prestações atrasadas), o Protocolo não se aplicará, embora o pedido tenha sido apresentado após a sua entrada em vigor. A obrigação alimentar continuará sujeita, para este período, às normas do direito internacional privado (de fonte interna ou convencional) que eram aplicáveis no Estado do foro antes da entrada em vigor do Protocolo. Pelo contrário, se uma autoridade tiver de decidir após a entrada em vigor do Protocolo sobre os alimentos devidos no futuro deverá aplicar o Protocolo, mesmo que o pedido tenha sido apresentado antes da sua entrada em vigor.

Artigo 23.º Assinatura, ratificação e adesão

N.º 1 – O presente Protocolo está aberto para assinatura a todos os Estados.

N.º 2 – O presente Protocolo está sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários.

N.º três – O presente Protocolo está aberto para adesão a todos os Estados.

N.º quatro – Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão são depositados junto do Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, na qualidade de depositário do presente Protocolo.

207 Esta disposição corresponde à contida na maioria das Convenções da Haia. As regras que estabelece para a assinatura, ratificação e adesão estão em conformidade com as soluções tradicionais e, portanto, não requerem qualquer comentário especial⁷².

208 No quadro de um instrumento designado por Protocolo, esta disposição, porém, é de particular importância, porque estabelece o princípio da autonomia deste instrumento relativamente à Convenção com a qual foi elaborado. Como já foi observado, qualquer Estado pode assinar, ratificar ou aderir ao Protocolo, mesmo que não tenha assinado, ratificado ou aderido à Convenção. Após alguma hesitação, esta solução foi adotada durante a Sessão Diplomática, sem que tal justificasse, segundo os delegados, uma alteração da denominação de Protocolo para Convenção (cf. *supra*, n.º 15 e seguintes).

Artigo 24.º Organizações regionais de integração económica

N.º 1 – Uma organização regional de integração económica constituída exclusivamente por Estados soberanos e que seja competente em relação a algumas ou todas as matérias regidas pelo presente Protocolo também pode assinar, aceitar, aprovar ou aderir ao Protocolo. A organização regional de integração económica tem, nesse caso, os mesmos direitos e obrigações que um Estado Contratante, na medida em que essa organização for competente nas matérias regidas pelo Protocolo.

N.º 2 – A organização regional de integração económica deve, no momento da assinatura, aceitação, aprovação ou adesão, notificar o depositário por escrito das matérias regidas pelo presente Protocolo relativamente às quais tenha sido transferida competência para essas organizações pelos respetivos Estados-Membros. A organização deve notificar de imediato o depositário por escrito de quaisquer alterações à sua competência tal como descrita na notificação mais recente comunicada em conformidade com o presente número.

N.º 3 – Uma organização regional de integração económica pode, no momento da assinatura, aceitação, aprovação ou adesão, declarar, em conformidade com o artigo 28.º, que é competente em relação a todas as matérias regidas pelo presente Protocolo e que os Estados-Membros que lhe transferiram a respetiva competência no domínio em causa ficam vinculados pelo Protocolo por força da assinatura, aceitação, aprovação ou adesão da organização.

⁷¹ Relatório Verwilghen (*citado supra* nota 14) n.º 182 e seguintes.

⁷² Cf. artigo 58.º da Convenção e n.ºs 689 a 694 do Relatório Borrás-Degeling.

N.º 4 – Para efeitos da entrada em vigor do presente Protocolo, os instrumentos depositados por uma organização regional de integração económica só são tidos em consideração se esta fizer uma declaração, em conformidade com o n.º 3.

N.º 5 – Qualquer referência no presente Protocolo a «Estado Contratante» ou «Estado» aplica-se igualmente, se for caso disso, a uma organização regional de integração económica que seja Parte no mesmo. Sempre que uma organização regional de integração económica faça uma declaração em conformidade com o n.º 3, qualquer referência a «Estado Contratante» ou «Estado» no Protocolo aplica-se igualmente, se for caso disso, aos Estados membros em causa da organização.

209 Em termos análogos à Convenção (cf. artigo 59.º), o Protocolo contém uma disposição que estabelece as condições mediante as quais uma organização regional de integração económica pode tornar-se Parte. Trata-se de uma cláusula final de origem recente, que figura apenas nos últimos textos adotados no âmbito da Conferência da Haia⁷³. Recorda-se que o Estatuto da Conferência da Haia também foi alterado em 2007 para permitir às organizações regionais de integração económica tornarem-se membros da Conferência⁷⁴. Esta evolução está ligada principalmente à evolução que ocorreu no seio da Comunidade Europeia após o Tratado de Amesterdão e por força do qual a Comunidade Europeia adquiriu competências internas e externas em matéria de direito internacional privado. A Comunidade Europeia tornou-se membro da Conferência em 3 de abril de 2007. Naturalmente, o artigo 24.º tem uma formulação genérica e pode aplicar-se, se for caso disso, a outras organizações regionais de integração económica com competência nas matérias regidas pelo Protocolo.

210 As disposições deste artigo correspondem exatamente às do artigo 59.º da Convenção. Para comentários adicionais, remete-se para os n.ºs 695-700 do Relatório Borrás-Degeling.

Artigo 25.º Entrada em vigor

N.º 1 – O presente Protocolo entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses subsequente ao depósito do segundo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão referido no artigo 23.º.

211 Relativamente à entrada em vigor do Protocolo, o artigo 25.º, n.º 1, exige o depósito de dois instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Esta solução, que corresponde à utilizada na Convenção (cf. artigo 60.º), como bem como noutros instrumentos recentemente adotados pela Conferência da Haia⁷⁵, é particularmente

⁷³ Nomeadamente, artigo 29.º da *Convenção da Haia, de 30 de junho de 2005, sobre a Escolha dos Acordos de Tribunal de Foro*, artigo 18.º da *Convenção da Haia, de 5 de julho de 2006, relativa à Legislação a Aplicar a Certos Direitos Respeitantes a Valores Mobiliários Detidos junto de Intermediários*.

⁷⁴ Cf. artigo 3.º do Estatuto.

⁷⁵ Cf. artigo 31.º da *Convenção da Haia, de 30 de junho de 2005, sobre a Escolha dos Acordos de Tribunal de Foro* e artigo 19.º da *Convenção da Haia, de 5 de julho de 2006, relativa à Legislação a Aplicar a Certos Direitos Respeitantes a Valores Mobiliários Detidos junto de Intermediários*.

favorável à entrada em vigor do instrumento. Justifica-se pela consideração de que não existe qualquer inconveniente em aplicar o Protocolo apenas entre dois Estados, se estes o desejarem. Convém lembrar que, independentemente do número de Estados Partes, o Protocolo é aplicável *erga omnes* (cf. artigo 2.º).

N.º 2 – Em seguida, o Protocolo entra em vigor:

Alínea a) – No que se refere a cada Estado ou organização regional de integração económica que, na aceção do artigo 24.º, ratifique, aceite, aprove ou adira subsequentemente o presente Protocolo, no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses após o depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão;

Alínea b) – No que se refere a uma unidade territorial à qual o presente Protocolo se aplique em conformidade com o artigo 26.º, no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses após a notificação da declaração referida nesse artigo.

212 As outras regras do artigo 25.º também são conformes com as do artigo 60.º da Convenção, bem como com as de outros instrumentos adotados pela Conferência da Haia.

Artigo 26.º Declarações relativas a sistemas jurídicos não unificados

N.º 1 – No momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, os Estados que sejam constituídos por duas ou mais unidades territoriais nas quais, em relação a matérias objeto do presente Protocolo, vigorem sistemas jurídicos diferentes, podem declarar, em conformidade com o artigo 28.º, que o Protocolo se aplica a todas as suas unidades territoriais ou apenas a uma ou a algumas dessas unidades e podem a qualquer momento alterar essa declaração mediante a apresentação de uma nova declaração.

N.º 2 – Qualquer declaração desta natureza é notificada ao depositário e deve indicar expressamente as unidades territoriais às quais se aplica o Protocolo.

N.º 3 – Se um Estado não apresentar qualquer declaração ao abrigo deste artigo, o Protocolo é aplicável a todas as unidades territoriais desse Estado.

N.º 4 – O presente artigo não se aplica às organizações regionais de integração económica.

213 Em conformidade com a abordagem tradicional, o artigo 26.º, n.º 1, permite a um Estado constituído por duas ou mais unidades territoriais nas quais, em relação a matérias objeto do Protocolo, vigorem sistemas jurídicos diferentes, declararem que este instrumento se aplica a todas as suas unidades territoriais ou apenas a uma ou a algumas dessas unidades. Na ausência dessa declaração, o Protocolo será aplicado a todo o território deste Estado (artigo 26.º, n.º 3).

Artigo 27.º Reservas

Não podem ser emitidas reservas ao presente Protocolo.

214 Este artigo é muito importante, porque estabelece o princípio de que não são permitidas reservas ao Protocolo.

Como mencionado acima (cf. *supra* n.º 25), esta solução é muito diferente da prevista na Convenção sobre as obrigações alimentares de 1973 (lei aplicável), que permite aos Estados-Membros limitar a aplicação da Convenção a certas obrigações alimentares (entre cônjuges e ex-cônjuges ou relativamente a pessoas com menos de 21 anos de idade e que não foi casada cf. artigo 13.º) ou excluir da sua aplicação certas obrigações alimentares (entre pessoas relacionadas colateralmente ou por afinidade ou, em alguns casos, entre cônjuges divorciados, separados ou cujo casamento tenha sido anulado ou declarado nulo, cf. artigo 14.º). Além disso, o artigo 15.º da referida Convenção admite reservas à aplicação da lei do foro quando o credor e o devedor têm a nacionalidade do Estado em causa e se o devedor aí tiver a sua residência habitual. Foram emitidas reservas por vários Estados Contratantes. Graças ao artigo 27.º, o âmbito de aplicação do Protocolo não pode ser restringido e não são admitidas derrogações às suas soluções em matéria de lei aplicável.

Artigos 28.º a 30.º Declarações, denúncia, notificação

Artigo 28.º Declarações

N.º 1 – As declarações previstas no artigo 24.º, n.º 3, e no artigo 26.º, n.º 1, podem ser feitas no ato da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ou em qualquer data posterior e podem a qualquer momento ser alteradas ou retiradas.

N.º 2 – As declarações, alterações e retiradas devem ser notificadas ao depositário.

N.º 3 – Uma declaração feita no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão produz efeitos no momento da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado em causa.

N.º 4 – Uma declaração feita posteriormente e qualquer alteração ou retirada de uma declaração produzem efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses após a data de receção da notificação pelo depositário.

Artigo 29.º Denúncia

N.º 1 – Qualquer Estado Contratante pode denunciar o presente Protocolo mediante notificação por escrito dirigida ao depositário. A denúncia pode ser limitada a determinadas unidades territoriais de um Estado com um sistema jurídico não unificado às quais se aplica o Protocolo.

N.º 2 – A denúncia produz efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 12 meses após a data em que o depositário receber a notificação. Nos casos em que é especificado na notificação um período mais longo para que a denúncia produza efeitos, esta produz efeitos no termo do período em questão após a data de receção da notificação pelo depositário.

Artigo 30.º Notificação

O depositário notifica aos membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, bem como aos outros Estados e organizações regionais de integração económica que tenham assinado, ratificado, aceite, aprovado ou aderido em conformidade com os artigos 23.º e 24.º, as seguintes informações:

Alínea a) – As assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações a que se referem os artigos 23.º e 24.º;

Alínea b) – A data de entrada em vigor do presente Protocolo, em conformidade com o disposto no artigo 25.º;

Alínea c) – As declarações referidas no artigo 24.º, n.º 3, e no artigo 26.º, n.º 1;

Alínea d) – As denúncias referidas no artigo 29.º.

215 Estes artigos refletem soluções tradicionais e não requerem qualquer comentário especial.

Lausana, 26 de agosto de 2009

**A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
Secretariado Permanente**

Churchillplein 6b

2517 JW Haia

Países Baixos

Telefone: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

Endereço de correio eletrónico: secretariat@hcch.net

Sítio Web: www.hcch.net

DS-02-14-736-PT-N



ISBN 978-92-79-39267-2



doi : 10.2838/23182