

LIVRO VERDE SOBRE A LEI APLICÁVEL E A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE DIVÓRCIO

(PARECER remetido ao GRIEC por despacho do Exm^o Vice-Presidente
de 28/9/2005)

Helena Isabel Dias Bolieiro
Juíza de Direito
Docente no Centro de Estudos Judiciários
Área do Direito da Família e das Crianças

1. Introdução

1.1.- O divórcio em Portugal, no quadro de uma realidade familiar em transformação

Os movimentos migratórios comunitários e internacionais, sentidos em Portugal, têm contribuído para a introdução de novas configurações no nosso tecido familiar.

Nesse contexto, à semelhança do que sucede com os demais países da União Europeia, os casamentos «internacionais» também passaram a fazer parte da realidade social portuguesa.

Veja-se, por exemplo, que, segundo os dados estatísticos nacionais¹, dos 53 735 casamentos celebrados em Portugal em 2003, cerca de 3 977 foram casamentos «internacionais», ou seja, em que um ou ambos os cônjuges não possuem nacionalidade portuguesa.

Em 386 dessas uniões, um dos elementos tem nacionalidade portuguesa e o outro é nacional de um dos países da União Europeia (essencialmente Espanha, França, Alemanha e Reino Unido).

Num outro plano, o divórcio tornou-se comum na sociedade portuguesa, registando-se uma preferência muito significativa pela via do mútuo consentimento, em detrimento da modalidade litigiosa.

Por exemplo, dados estatísticos relativos ao ano de 2002² revelam que, dos 27 960 divórcios então decretados, 25 418 foram por mútuo consentimento, 2 512 através da via litigiosa e 30 resultaram da conversão da separação de pessoas e bens.³ Ademais, 252 desses divórcios respeitaram a cidadãos residentes no estrangeiro.

1- Fonte: Instituto Nacional de Estatística. Cfr. <<http://www.ine.pt>> [referência de 10 de Setembro de 2005].

2- Fonte: Instituto Nacional de Estatística. Cfr. <<http://www.ine.pt>> [referência de 10 de Setembro de 2005].

3- Não se pode deixar de assinalar que o número superior de divórcios registado em 2002, quando comparado com os anos precedentes (19 302 em 2000 e 19 044 em 2001), foi certamente resultado das alterações introduzidas no divórcio por mútuo consentimento, através do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, que vieram simplificar esta modalidade de dissolução do casamento.

Podemos, pois, concluir que a realidade sócio-familiar portuguesa partilha das componentes «internacionais» assinaladas no Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio⁴, sendo neste quadro que o direito de conflitos, o direito da competência internacional e bem assim o sistema de reconhecimento das decisões estrangeiras assumem particular importância em tais temáticas do direito da família.

1.2.- O divórcio, a separação e a anulação do casamento no direito internacional privado português

O direito internacional privado português relativo às relações de família atribui primazia ao princípio da aplicabilidade da lei pessoal (artigo 25º do Código Civil).^{5 6}

É o que sucede com o casamento (no que respeita aos requisitos de fundo - capacidade e consentimento⁷), os seus efeitos pessoais e patrimoniais e a modificação e dissolução do vínculo conjugal.

Em concreto, segundo o disposto no artigo 52º do Código Civil, aplicável por remissão do artigo 55º, n.º1, do mesmo diploma, o divórcio e a separação de pessoas e bens são reguladas pela lei da nacionalidade comum dos cônjuges. Só no caso de estes não possuírem a mesma nacionalidade, é que será aplicável a lei da sua residência habitual comum. Por fim, na falta de residência habitual comum, aplicar-se-á a lei do país com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas.

A lei estabelece, assim, uma hierarquização dos factores de conexão. Por outro lado, tais factores são móveis, ou seja, para a sua aplicação será, em princípio, relevante o momento da audiência de discussão e julgamento.⁸ Contudo, a mobilidade da conexão não se verifica em relação aos factos que constituem fundamento do divórcio ou da separação, pois neste caso, ainda que ocorra

4- Livro Verde, p.3.

5- Cfr. Correia, António Ferrer, «Direito Internacional Privado Matrimonial», in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra: Livraria Almedina, 1989, pp.331-333.

6- Portugal ainda se encontra vinculado às Convenções da Haia sobre os conflitos de leis em matéria de casamento e relativa aos conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas, ambas celebradas em 12-06-1902. Contudo, é reduzido o interesse prático destes instrumentos, em virtude do escasso número de Estados que ainda se mantêm vinculados aos mesmos (Alemanha, Itália, Portugal e Roménia, quanto à primeira, e Portugal e Roménia, no que respeita à segunda). Aliás, conforme sustenta Lima Pinheiro, Portugal devia denunciar aquela segunda Convenção, dado que a linha de desfavorecimento do divórcio que a caracteriza não se coaduna com as concepções subjacentes ao actual sistema jurídico português. Cfr. Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, vol. II: Direito de Conflitos – Parte Especial, p.301.

7- Quanto aos requisitos de forma, a lei aplicável é a do Estado em que o acto é celebrado. Cfr. artigo 50º do Código Civil. O artigo 51º do mesmo diploma enuncia os desvios a essa regra do *locus regit actum*.

8- Coelho, Francisco Pereira, e Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, vol.I, pp.784-785.

mudança da lei competente, só se atenderá à lei aplicável ao tempo da sua verificação (artigo 55º, n.º2, do Código Civil).⁹

No que tange à anulação do casamento, a conexão remete-nos para a lei aplicável à constituição da relação matrimonial: lei da nacionalidade de cada um dos cônjuges, quando estiver em causa a violação das regras relativas aos requisitos de fundo (capacidade e consentimento)¹⁰; e, quando a infracção disser respeito a requisitos de forma, a lei do Estado em que o acto foi celebrado, salvo nas situações excepcionais a que se refere o artigo 51º do Código Civil.¹¹

1.3.- O quadro comunitário em matéria de divórcio, separação e anulação do casamento – a competência judiciária internacional e o reconhecimento das decisões

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, («novo Regulamento Bruxelas II» ou «Regulamento Bruxelas II (*bis*)»), veio substituir o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, do Conselho, e entrou em vigor em 1 de Agosto de 2004, sendo aplicável a partir do dia 1 de Março de 2005.

Este novo diploma regula a competência (internacional), o reconhecimento e a execução de decisões em matéria de divórcio, separação e anulação do casamento, bem como em matéria de responsabilidades parentais.

Ficam fora do alcance deste instrumento comunitário questões como a culpa dos cônjuges, a indemnização por danos não patrimoniais emergentes da dissolução do casamento e os alimentos.

Quanto a este último aspecto, deverá ter-se em conta, ao nível da legislação comunitária, a regra de competência consagrada no artigo 5º, n.º2, do Regulamento n.º44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões, em matéria civil e comercial.¹²

Na parte que importa para a presente apreciação, o Regulamento Bruxelas II (*bis*) retomou quase na íntegra as disposições que constavam do seu antecessor, estabelecendo nos seus artigos 3º a 7º as regras relativas à competência

9- Importa ressaltar da solução excepcional prescrita no artigo 55º, n.º2, do Código Civil, as chamadas causas objectivas de divórcio, enunciadas no artigo 1781º do mesmo diploma, em relação às quais o divórcio não funciona como sanção para o comportamento de um dos cônjuges, passível de censura, mas antes como remédio. Assim, tem-se entendido que se a lei nova introduzir uma causa objectiva desconhecida à luz da lei antiga, o divórcio pode fundamentar-se nessa novo fundamento. Neste sentido, cfr. Coelho, Francisco Pereira, e Oliveira, Guilherme de, *op. cit.*, p.785, e Sousa, Miguel Teixeira de, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p.16.

10- Artigo 49º do Código Civil.

11- Artigo 50º do Código Civil.

12- Segundo este normativo, em matéria de obrigação alimentar objecto de pedido acessório de acção sobre o estado das pessoas - como é o caso da acção de divórcio - , uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro, perante o tribunal competente segundo a lei do foro, salvo se esta competência for unicamente fundada na nacionalidade de uma das partes.

internacional dos tribunais¹³ dos Estados-Membros (com excepção da Dinamarca), em matéria de divórcio, separação e anulação do casamento.

Os critérios determinativos da competência internacional neste domínio estão elencados no artigo 3º do diploma: residência habitual dos cônjuges; última residência habitual dos cônjuges, na medida em que um deles ainda aí resida; residência habitual do requerido; em caso de pedido conjunto, a residência habitual de qualquer dos cônjuges; residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos no ano imediatamente anterior à data do pedido; a residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos nos seis meses imediatamente anteriores à data do pedido, quer seja nacional do Estado-Membro em questão quer, no caso do Reino Unido e da Irlanda, aí tenha o seu «domicílio»; e nacionalidade de ambos os cônjuges ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, «domicílio» comum.

Estes critérios são objectivos, alternativos e exclusivos.¹⁴

Objectivos porque sujeitos a verificação por parte do tribunal, o qual, não sendo competente, deverá declarar officiosamente a sua incompetência nos termos do disposto no artigo 17º do diploma comunitário.

Por outro lado, estão enunciados de forma alternativa, não havendo qualquer relação de hierarquia entre eles, podendo o pleito transnacional ser instaurado em qualquer um dos tribunais elencados no artigo 3º, sem que deva obedecer-se a uma ordem de precedência.

Assim, no caso de instauração de mais do que um processo de divórcio, separação ou anulação do casamento, em que as partes sejam as mesmas, a precedência entre os tribunais dos vários Estados-Membros igualmente competentes, à luz do diploma em análise, assentará no critério de natureza cronológica *prior tempore, potior jure*, concretizado através do funcionamento do mecanismo da litispendência.¹⁵

Por último, os critérios têm natureza exclusiva uma vez que, tal como resulta do preceituado no artigo 6º do Regulamento, a lista consagrada no mencionado artigo 2º é fechada e não admite o recurso a outros factores.

Não obstante se trate de regras que têm por base a existência de um vínculo efectivo que conecta o interessado ao Estado-Membro com competência¹⁶, certo é que a natureza alternativa dos critérios e o seu amplo alcance, a que acresce,

13- Por «Tribunal» deverá entender-se todas as autoridades que nos Estados-Membros têm competência nas matérias abrangidas pelo Regulamento (artigo 2º, n.º1.), o que no caso português abrange as conservatórias do registo civil que, segundo o regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, têm competência exclusiva para decretar o divórcio por mútuo consentimento.

14- Cfr. Borrás, Alegria, *Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial* (texto aprovado pelo Conselho em 28 de Maio de 1998), in JO C 221, 16-7-1998, pp.27-64. De salientar que esta Convenção de 1998 esteve na origem do Regulamento Bruxelas II e do que lhe sucedeu, agora em vigor, pelo que as considerações tecidas no relatório mantêm plena actualidade, constituindo um importante elemento de estudo neste domínio.

15- Cfr. artigo 19º do Regulamento.

16- No único caso em que a vontade das partes é expressamente admitida, mediante pedido conjunto dos cônjuges, ela deve, ainda assim, estar associada ao factor residência habitual de um deles.

no caso dos «conflitos extracomunitários», a extensão resultante do regime das competências residuais previsto no artigo 7º do Regulamento, são susceptíveis de, na prática, fomentar o *forum shopping*.^{17 18}

Com efeito, existem diferenças significativas entre os regimes jurídicos do divórcio de cada Estado-Membro¹⁹, quer quanto às modalidades e às causas, quer no que concerne aos respectivos processos, o que naturalmente leva a que a apetência dos cônjuges em relação à aplicação de um ou de outro sistema varie consoante a posição que cada um assume no seu conflito matrimonial e os interesses individuais que visa prosseguir.

Se a isto acrescentarmos a diversidade registada entre as regras de conflitos vigentes nos vários Estados-Membros, cujos tribunais podem ser igualmente competentes à luz das normas estatuídas no artigo 3º do Regulamento, fica aberto o caminho para que ao mesmo caso sejam aplicáveis diferentes regimes substantivos, que variarão em função das normas de conflitos que cada um dos Estados adoptar.

Bastará, pois, à parte interessada escolher o regime que melhor lhe aprouver e procurar o tribunal competente que, segundo as regras de conflitos internas, o aplique.

Neste contexto, parece claro que a pluralidade de tribunais internacionalmente competentes, associada à multiplicidade de regimes reguladores do divórcio, aplicáveis consoante a regra de conflitos vigente nos Estados-Membros a que pertencem tais foros competentes, e à facilidade de reconhecimento das decisões estrangeiras, também garantida pelas regras comunitárias, constitui uma combinação de factores que fomenta necessariamente o *forum shopping*.²⁰

O *forum shopping* assim proporcionado pode contribuir para a criação de um sistema que favorece os cidadãos que dispõem de melhores condições económicas²¹, o que, em última instância, redundará numa injusta diferenciação no acesso à justiça.

17- Utilizando as palavras de Ferrer Correia, o *forum shopping* consiste na «bem conhecida tendência das pessoas para se dirigirem àquela jurisdição nacional, de entre as que se julguem competentes para conhecer do caso, cuja decisão se lhes antolhe mais favorável». Cfr. Correia, António Ferrer, *Direito Internacional Privado - Alguns problemas*. Coimbra: 1985 [separata dos volumes LI, LII, LIII, LIV do BFDUC], p.112, nota 5.

18- Cfr. Considerando 12. do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, que continua a ter plena actualidade no contexto do diploma agora em vigor.

19- Malta é o único Estado-Membro que não admite o divórcio, reconhecendo, contudo, as decisões estrangeiras de divórcio. Cfr. p. 4 do Anexo ao Livro Verde ora em apreciação.

20- Cfr. Ramos, Rui Manuel Moura, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999 [separata de: O Direito Comunitário e a Construção Europeia, *Studia Iuridica*, 38, *Colloquia*, 1], pp.97-98. A propósito da Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 e da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980, no domínio dos contratos, este autor salienta que «(...) a pluralidade de critérios de competência consentidos naquele primeiro texto seria inexoravelmente uma fonte de *forum shopping* em matéria contratual se a diversidade das regras de conflitos estaduais se mantivesse – o que tornava recomendável a sua unificação, lograda por aquele texto (...)».

21- Cfr. Dethloff, Nina, «Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe», in Boele-Woelki, Katharina (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp (etc.): Intersentia, 2003, p.51: «Generally – even after the unification of the law of jurisdiction – the courts of several states have international jurisdiction. Parties have the ability to choose the forum which applies the substantive law most in their favour. This gives an advantage to the economically stronger party,

A isto acresce que o sistema, decorrente do Regulamento, segundo o qual o foro de entre os competentes que for primeiramente accionado é o que passará a deter competência internacional exclusiva sobre a questão, potencia a «*corrida aos tribunais*» por parte dos cônjuges, circunstância que poderá ser evitada se houver uniformidade das regras de conflitos dos vários Estados-Membros.

Ora, se neste domínio houver uma uniformização comunitária das regras de conflitos, essa corrida deixará de fazer sentido uma vez que, qualquer que seja o tribunal (internacionalmente competente) procurado pelos cônjuges, o direito substantivo aplicável será sempre o mesmo (do foro ou outro), pois os critérios de conexão que o vão eleger serão iguais em todos os Estados-Membros.

Com esta uniformização, o *forum shopping* ficará circunscrito à procura, de entre as várias jurisdições internacionalmente competentes, daquela que satisfizer mais eficazmente a pretensão da parte (para o que o factor celeridade processual se revela preponderante), não se estendendo à escolha (por via indirecta, mediante os expedientes acima enunciados) da lei substantiva que irá regular o pleito.

Esta opção é mais transparente, justa e serve os critérios de igualdade e não discriminação que devem caracterizar a administração da justiça.

Afigura-se-nos, pois, que o sistema criado pelos Regulamentos Bruxelas II e Bruxelas II (*bis*) no domínio da competência internacional e do reconhecimento das decisões de divórcio, separação ou anulação do casamento, deverá ser complementado com a uniformização das regras de conflitos aplicáveis a essas matérias.

2.- O Livro Verde

2.1.- Introdução

Tal como se pode ler no documento, o Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio, apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias em 14-3-2005, visa lançar uma vasta consulta aos meios interessados sobre as questões da lei aplicável e da competência em matéria matrimonial.

who is more easily able to afford in-depth legal advice regarding the conflict-of-law rules and the substantive laws of the available fora, as well as the additional costs of a legal dispute». De referir que esta autora sustenta que a solução desejável para os problemas emergentes das relações familiares transnacionais passará pela harmonização do direito da família, quer ao nível da União Europeia, quer em sede do Conselho da Europa, sendo a unificação das regras de conflitos insuficiente para a resolução de todas as dificuldades que se podem fazer sentir neste domínio. Cfr. também Jänterä-Jareborg, Maarit, «Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective», in Boele-Woelki, Katharina (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp (etc.): Intersentia, 2003, p.210. Cfr., ainda, González, Javier Carrascosa, «Cuestiones Polémicas en el Regulamento 1247/2000», in Caravaca, Calvo A. L., e Ángel, J. L. Iriarte (eds.), *Mundialización y Familia*, Madrid: Editorial Colex, 2001, pp.229-231. Referindo-se ao Regulamento n.º 1347/2000 (que nesta parte em pouco foi alterado pelo seu sucessor), este autor assinala que o diploma favorece a «falsa internacionalização de casos internos», na medida em que fomenta a fraude por parte de certos grupos de pessoas com forte capacidade económica, as quais poderão *forçar* as respectivas regras de competência. Dado que não existem soluções uniformes de direito aplicável ao divórcio, torna-se inevitável que certas pessoas «provoquem» a competência de tribunais de países em que se obtém o divórcio com facilidade, em detrimento de países onde o mesmo é lento e dispendioso. *Op. cit.*, p.230.

Este Livro Verde inscreve-se nos objectivos traçados no Plano de Acção de Viena de 1998, sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, tomando-se medidas destinadas a analisar a possibilidade de elaborar um instrumento jurídico sobre a lei aplicável ao divórcio (Roma III), a fim de evitar o *forum shopping*.²²

Importa, contudo, assinalar que o Livro Verde foi mais além, pois não se limitou à temática relativa às regras de conflitos em matéria de divórcio, estendendo-se também a aspectos que se prendem com a competência judiciária internacional em matéria de divórcio, separação e anulação do casamento, designadamente no que concerne a uma possível revisão dos critérios previstos no artigo 3º do Regulamento Bruxelas II (*bis*).

No seguimento do Plano de Acção de Viena, o Conselho, em 2000, convidou as delegações dos Estados-Membros a responder a um conjunto de questões sobre o direito aplicável em matéria de divórcio. As respostas a esse questionário²³ e a respectiva síntese constituem um importante elemento de análise da temática em apreço, não só pelo seu carácter informativo, dando conta dos regimes jurídicos e regras de conflitos vigentes em cada Estado, em matéria de divórcio, como também pelo quadro de sensibilidades veiculado por cada delegação em relação a esta temática. Isto porque do acervo de questões colocadas às delegações faziam igualmente parte pontos essenciais como a justificação de um instrumento comunitário no domínio em apreço e quais as normas de competência legislativa que deveriam ser adoptadas no futuro.²⁴

O que resulta do documento em apreço é que existe uma divisão sensível nas opiniões expendidas pelas várias delegações, mormente no que respeita à conveniência em se produzir legislação comunitária relativa ao direito aplicável em matéria de divórcio, separação de pessoas e bens e anulação do casamento. Posteriormente, em 2002, a Comissão conduziu um estudo destinado à identificação dos problemas práticos que podem resultar das diferenças existentes entre as regras de conflitos vigentes nos Estados-Membros, em matéria de divórcio e de outras formas de dissolução do casamento. Esse estudo, produzido pelo T.M.C. Asser Instituut (Haia), a partir de entrevistas realizadas junto de operadores judiciários dos Estados-Membros²⁵, exprime

22- Cfr. Jornal Oficial C 19 de 23.01.1999, p.10.

23- As respostas a esse questionário foram compiladas no documento 8839/00 JUSTCIV 67. A síntese faz parte do documento 8838/00 JUSTCIV 66.

24- Cfr. Documento 8838/99 JUSTCIV 66, do Conselho da União Europeia, o qual contém, em anexo, as respostas das delegações dos Estados-Membros a um questionário relativo ao direito aplicável em matéria de divórcio (Roma III).

25- Como se pode ler na página 5 do referido Estudo, estava prevista a realização de três entrevistas em Portugal, com juízes e advogados, mas apenas uma se concretizou, com dois elementos da Ordem dos Advogados. Cfr. *Practical problems resulting from the non-harmonization of choice of law rules in divorce matters*, Final Report, JAI/A3/2001/04, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 2002, disponível na internet em http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/divorce_matters_en.pdf [referência de 5 de Agosto de 2005].

igualmente, em relação ao problema em análise, uma panóplia de visões divergentes, muitas vezes inconciliáveis entre si.

Não obstante tais divergências, esse estudo constitui também uma importante referência para o aprofundamento da reflexão sobre a temática.

Como se assinala no anexo ao Livro Verde ora em apreço, onde, aliás, se dá conta dos dois estudos supra mencionados, essa diversidade nos entendimentos manifestados pelos vários Estados-Membros continua a fazer-se sentir.

Donde se adivinha que a pretendida harmonização comunitária de normas de conflitos de leis em sede de divórcio não constituirá uma tarefa de fácil concretização.

Parece-nos, pois, que, não obstante o caminho de estudo e discussão já percorrido, importa ainda aprofundar a reflexão conjunta e o envolvimento activo dos Estados-Membros, no seio dos quais se revela essencial a dinâmica participativa por parte do meio judiciário e do sector académico, de modo a conseguir o consenso necessário à viabilização de um instrumento uniformizador destas matérias.

Espera-se que a adesão geral ao desafio lançado pelo Livro Verde venha proporcionar um contributo de valor a esse aprofundamento e à discussão pública que se segue.

2.2.- Comentários ao Livro Verde

Após a leitura do Livro Verde e a reflexão sobre a temática que o mesmo envolve, são os seguintes os comentários que se nos oferece fazer quanto aos aspectos questionados.

As observações são de natureza essencialmente prática e exprimem a visão que uma magistrada de família e menores em Portugal tem sobre esta problemática.

Pergunta 1: Tem conhecimento de outros problemas, para além dos já apresentados, que possam surgir no contexto dos divórcios internacionais?

Em matéria de «divórcio internacional», os cinco exemplos descritos sob o ponto 2. do documento em análise são os mais significativos e ilustram adequadamente os principais problemas que podem ocorrer neste domínio.

Não temos conhecimento de outras situações práticas que, em sede de «divórcio internacional», levantem questões diversas das suscitadas pelos casos relatados.

Importa, contudo, assinalar que, enquanto as problemáticas que emergem dos exemplos n.^{os} 1 a 3 e 5 se prendem essencialmente com a diversidade de normas de conflitos vigentes nos Estados-Membros e o efeito daí resultante em sede de lei substantiva aplicável aos divórcios «internacionais», que assim variará

consoante o país onde a demanda for instaurada, já a situação ilustrada no exemplo n.º 4 tem a ver com as regras de competência internacional.

Ainda quanto ao exemplo n.º 4 («casal germano-neerlandês residente num país terceiro»), os constrangimentos e dificuldades detectados no caso relatado parecem suscitar a necessidade de revisão das regras de competência internacional previstas no Regulamento.

De salientar, por último, que, conforme já se assinalou supra (1.3.), o *forum shopping* fomentado pela combinação «multiplicidade de critérios alternativos de competência internacional / ausência de uniformização das regras de conflitos / facilidade de reconhecimento das decisões estrangeiras» e a chamada «corrida aos tribunais», potenciada por este quadro de circunstâncias, constitui um resultado claramente ilustrado em alguns dos exemplos citados no Livro Verde, dos quais se destaca o descrito em quinto lugar («marido polaco que vai trabalhar para a Finlândia»).

Pergunta 2: É a favor da harmonização das normas de conflitos de leis? Quais são os prós e os contras desta solução?

Na linha do que adiantámos *supra*, na parte introdutória deste texto, a solução de harmonização das regras de conflitos de leis parece ser a resposta adequada a fazer face a um segmento assinalável de problemas que podem emergir da aplicação das regras de competência judiciária internacional consagradas no Regulamento Bruxelas II (*bis*).

Concordando com as considerações plasmadas no Livro Verde, afigura-se-nos que a uniformização das normas de conflitos permite garantir às partes maior certeza e previsibilidade em relação ao direito substantivo aplicável nos vários Estados igualmente competentes para conhecer o conflito matrimonial, o que constitui um factor de estabilidade e de segurança jurídica para os cidadãos, a quem a administração da justiça deve servir.

A harmonia jurídica internacional, que constitui um dos princípios estruturantes do direito internacional privado²⁶, é primordialmente conseguida através da universalização das regras de conflitos, de modo a que o direito aplicável a uma questão plurilocalizada seja o mesmo em qualquer dos Estados que possa ser chamado a apreciá-la.²⁷

Essa harmonia permite a tão desejada estabilidade jurídica e o reforço da previsibilidade do direito aplicável, diminuindo os já apontados constrangimentos que fomentam o *forum shopping*.

26- Cfr. Correia, António Ferrer, *op. cit.*, pp.111-113.

27- Cfr. Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, vol. I: Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral, p.239.

Uma tal solução poderá apresentar dificuldades acrescidas de implementação nos sistemas em que vigora, como único factor de conexão, a regra da *lex fori*, quando, em resultado de uma harmonização das normas de conflitos que adopte outros critérios, os tribunais aí chamados a pronunciar-se passem a ter de aplicar uma lei estrangeira.

Pese embora essa circunstância possa ser apontada pelos Estados adeptos da *lex fori* como um inconveniente significativo que justifica resistências acrescidas em relação à harmonização, certo é que os prós da solução proposta no Livro Verde fundamentam o esforço conjunto que deve ser envidado no sentido da sua viabilização.

Pergunta 3: Quais seriam os elementos de conexão mais adequados?

Os elementos de conexão devem ter por base uma ligação próxima e estável dos cônjuges com a ordem jurídica aplicável. Neste contexto, parece-nos ser de destacar, como elementos de conexão mais adequados, a **nacionalidade** («domicílio», no caso do Reino Unido e da Irlanda²⁸) e a **residência habitual**²⁹ dos cônjuges.

Estes são, aliás, os critérios que relevam em sede de determinação da competência internacional, fixada no artigo 3º do Regulamento Bruxelas II (*bis*).

Ora, a manter-se esta coincidência de factores, ou seja, garantindo-se uma articulação e harmonização entre as regras de competência internacional e as normas de conflitos, não seria despiciendo admitir a consagração de um sistema que privilegiasse o critério da *lex fori*, em sede de determinação da lei aplicável, uma vez que a ligação próxima e estável acima assinalada estaria sempre garantida pela conexão efectuada em matéria de competência internacional.³⁰

Noutras palavras, segundo esta opção, sempre que a competência internacional de um dado tribunal do espaço comunitário resultasse da utilização dos critérios

28- Tal como se salienta no Relatório Borrás, o objecto essencial do «domicílio», na acepção adoptada pelo sistema anglo-saxónico, «(...) é ligar uma pessoa ao país em que tem a sua morada, de forma permanente e indefinida». Cfr. Borrás, Alegria, *op.cit.*, p.39. Neste sistema, o domicílio pode ser legal ou voluntário, sendo que a aquisição deste último (*domicile of choice*) tem por base a fixação da residência efectiva e a intenção de aí residir permanentemente, o que inclui o propósito de abandonar o domicílio anterior. No âmbito do domicílio legal, assume particular importância o *domicile of origin*, que se adquire com o nascimento. Assim, cfr. Pinheiro, Lima, *op. cit.*, vol.I, p.349.

29- Na linha da definição já por diversas vezes adoptada pelo Tribunal de Justiça, *residência habitual* significa «o local onde o interessado fixou, com a vontade de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses, entendendo-se que para efeitos de determinação dessa residência, é necessário ter em conta todos os elementos de facto dela constitutivos». Cfr. Borrás, Alegria, *op.cit.*, p.38.

30- Cfr. Pinheiro, Lima, *op. cit.*, vol. I, p.119. Este autor refere que o critério da aplicação da *lex propria in foro proprio* é, de algum modo, seguido por algumas Convenções da Haia, designadamente, no que toca à protecção de menores, pela Convenção relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores, de 1961, ratificada por Portugal, e pela Convenção sobre a Competência, a Lei Aplicável, o Reconhecimento, a Execução e a Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Protecção de Menores, de 1996, que Portugal não ratificou e ainda não entrou em vigor na ordem jurídica internacional. *Op. cit.*, p.120.

gerais e exclusivos estabelecidos pelo Regulamento Bruxelas II (*bis*), a lei substantiva aplicável à questão relativa ao divórcio, separação e anulação do casamento seria a do foro.

A adoptar-se esta solução da *lex propria in foro proprio*, deveria obviamente fazer-se a devida ressalva em relação aos casos em que o sistema do foro não consagre os institutos da separação e/ou da anulação do casamento (e, quanto a Malta, o próprio divórcio). Em tais situações, a norma de conflitos elegeria critérios subsidiários igualmente assentes em conexões de proximidade (v. g., nacionalidade e residência habitual).

Pergunta 4: As normas harmonizadas devem aplicar-se apenas ao divórcio ou também à separação de pessoas e bens e à anulação do casamento?

Considerando que parte dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros consagra o instituto da separação de pessoas e bens (Portugal, França, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido, Itália, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Lituânia, Polónia e Malta)³¹ e que a maioria prevê a figura da anulação do casamento (todos, excepto a Suécia e a Finlândia), sendo que Portugal, Espanha, Itália, Malta e Polónia celebraram concordatas com a Santa Sé³², no âmbito das quais se contempla a possibilidade de anulação dos casamentos católicos, com a produção de efeitos civis³³, afigura-se-nos adequado que a harmonização das normas de conflitos se estenda a tais institutos. Haveria, assim, total coincidência com as matérias matrimoniais contempladas pelo Regulamento Bruxelas II e pelo seu sucessor, agora em vigor.

Pergunta 5: As normas harmonizadas devem incluir uma cláusula de ordem pública que autorize os tribunais a não aplicar uma lei estrangeira em certas circunstâncias?

À semelhança do que sucede com o não-reconhecimento de decisões de divórcio, separação ou anulação do casamento, previsto no artigo 22º, alínea a), do Regulamento Bruxelas II (*bis*), a manifesta contrariedade com a ordem pública do Estado-Membro requerido deverá constituir fundamento para a não aplicação dos preceitos da lei estrangeira para que remete a norma de conflitos no caso concreto.

31- Cfr. Anexo ao Livro Verde, p.6.

32- Em 18 de Maio de 2004, Portugal celebrou nova Concordata com a Santa Sé. Este instrumento foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º74/2004, de 16 de Novembro de 2004, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º79/2004, da mesma data, encontrando-se publicado no Diário da República, Série I-A, n.º269, de 16 de Novembro de 2004.

33- Cfr. Anexo ao Livro Verde, p.6. No caso português, cfr. artigo 16º da Concordata *supra* citada.

De referir que, neste contexto, tal como acontece com a matéria regulada pelo sobredito Regulamento, deverá consagrar-se uma norma idêntica à do artigo 25º do diploma comunitário. Ou seja, a não aplicação da lei estrangeira não pode fundar-se na circunstância de a lei do Estado-Membro requerido não permitir o divórcio, a separação ou a anulação do casamento com base nos mesmos factos.³⁴

Pergunta 6: É conveniente permitir às partes escolherem a lei aplicável? Quais são os prós e os contras desta solução?

Ao contrário de outras áreas do direito, em que a vontade das partes na eleição da lei aplicável em situações transnacionais já vem assumindo relevância³⁵, o direito da família continua ainda a manter alguma distância em relação a uma tal opção.

O mesmo sucede, aliás, com a determinação da competência judiciária internacional, em que é muito reduzido o relevo que o Regulamento Bruxelas II (*bis*) atribui à vontade das partes. Aí, a autonomia da vontade apenas assume significado quando houver um pedido conjunto por parte dos cônjuges e o tribunal da causa se situar no território da residência habitual de qualquer um deles (artigo 3º, n.º1, alínea a), do citado diploma).

Ou seja, aos cônjuges não é permitida uma livre escolha do tribunal, continuando a exigir-se um elemento de conexão relevante.

No que respeita à possibilidade de escolha da lei aplicável, sugerida no Livro Verde, considerando as transformações do direito da família, em que ressalta a crescente «privatização» da relação matrimonial³⁶, e as tendências modernas do direito internacional privado³⁷, parece-nos haver conveniência em se conferir relevância à vontade dos cônjuges, posto que a mesma se inscreva no quadro de sistemas jurídicos que apresentem conexão relevante com a situação, se garanta uma verdadeira igualdade das partes, protegendo-se o cônjuge mais fraco, e se salvasse o superior interesse dos filhos menores.³⁸

34- Sobre a solução de compromisso conseguida entre os Estado-Membros em matéria de reconhecimento das decisões estrangeiras, cf. Borrás, Alegria. *op. cit.*, pp. 50-51.

35- No domínio dos contratos, é dado relevo à autonomia da vontade na escolha da lei aplicável - cfr. artigo 3º da Convenção de Roma de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais – que, aliás, corresponde ao *common core* do direito internacional privado dos Estados-Membros. Assim, cfr. Ramos, Rui Manuel Moura, *op. cit.*, pp. 104-105.

36- Conforme salienta Guilherme de Oliveira, «poderá dizer-se que o direito da família tende a tornar-se fragmentário – abandona o panjurismo iluminista que lhe impunha a regulação de todos os aspectos da vida familiar, para se resumir aos aspectos seleccionados como mais importantes, ou de interesse público, que sobram de uma privatização crescente da vida familiar». Oliveira, Guilherme de, «Transformações do direito da família», Separata de *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.779.

37- Cfr. Ramos, Rui Manuel Moura, *op. cit.*, p.105, nota 40.

38- Garantias afinal destacadas por Guilherme de Oliveira, ao assinalar que «a intervenção do direito da família tenderá a centrar-se nos domínios das crises conjugais, com a intenção de garantir a defesa do cônjuge mais

A abertura da escolha da lei à autonomia da vontade das partes, sujeita a determinados pressupostos, poderá permitir uma maior transparência e certeza nas relações familiares, ir de encontro às expectativas e interesses dos cidadãos, destinatários da administração da justiça, além de proporcionar uma maior igualdade de tratamento, reduzindo o risco de *forum shopping*, normalmente apontado como sendo um «privilégio» dos economicamente mais favorecidos.³⁹ Importa ter sempre presente que uma liberdade de escolha ilimitada, que não obedeça a quaisquer condicionalismos, poderá, como se assinala no Livro Verde⁴⁰, dar azo à aplicação de leis «exóticas», que não mantêm conexão relevante com os cônjuges, para além de não garantir protecção adequada à parte mais fraca na relação e aos filhos menores do casal. Assim, a admitir-se a liberdade de escolha, possibilidade que não é de enjeitar, ela deverá ser balizada dentro de exigências legais claramente definidas, assentes numa conexão de proximidade e que garantam a protecção da parte mais fraca e o interesse superior dos filhos menores.

Pergunta 7: É conveniente limitar a escolha a certas leis? Na afirmativa, quais seriam os elementos de conexão mais adequados? Esta escolha deve ser limitada às leis dos Estados-Membros? Ou deve ser limitada à *lex fori*?

Na linha do que se adiantou *supra*, na resposta à pergunta n.º6, a possibilidade de escolha da lei aplicável deverá ser limitada.

O figurino seguido neste domínio pela legislação belga⁴¹ parece ser uma referência adequada, uma vez que elege, como condição necessária para a relevância da vontade dos cônjuges, a nacionalidade de um deles ou o direito belga (*lex fori*).

No entanto, deverá ressaltar-se os casos em que existam filhos menores, estabelecendo-se requisitos que garantam que, nas matérias respeitantes às crianças, a lei aplicável será sempre a que mantém a conexão mais estreita com elas, seguindo-se neste domínio a linha de critérios adoptada pela Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores, de 1961, (residência habitual e nacionalidade).⁴²

Aí, porém, deverá ter-se em conta que em determinados casos importa assegurar a aplicabilidade da lei (ou leis) de um mesmo ordenamento jurídico, como é o que sucede com o processo de divórcio por mútuo consentimento, nos

fraco e a equidade; e no domínio das relações com os filhos, que pertence à esfera de responsabilidade indeclinável da sociedade organizada». *Op. cit.*, p.779.

39- Cfr. González, Javier Carrascosa, *Matrimonio y elección de ley: estudio de derecho internacional privado*, Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 217-218.

40- Livro Verde, p.7.

41- Cfr. artigo 55º, § 2., da «Lei relativa ao Código de Direito Internacional Privado», de 16 de Julho de 2004.

42- Veja-se também o que consagra a Convenção da Haia sobre a Competência, a Lei Aplicável, o Reconhecimento, a Execução e a Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Protecção de Menores, de 1996, que Portugal não ratificou.

moldes previstos no direito português, em que o acordo do exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores⁴³ constitui pressuposto necessário desta modalidade de divórcio, sendo no âmbito do respectivo processo que o acordo é apreciado e homologado. Pretende-se com isto evitar o fraccionamento (*dépeçage*) que resulta da «pluralidade de remissões para diferentes Direitos»⁴⁴ no âmbito de uma só relação familiar que, embora composta por questões parciais distintas (relação matrimonial e relação com os filhos), apresenta contornos unitários que demandam uma resposta harmonizada e coerente. Em suma, há que encontrar o justo equilíbrio entre os valores e finalidades em confronto, sendo certo que a salvaguarda do interesse superior dos filhos menores deverá prevalecer como critério orientador de toda e qualquer solução que se adopte neste domínio.

Pergunta 8: A possibilidade de escolher a lei aplicável deve aplicar-se apenas ao divórcio ou também à separação de pessoas e bens e à anulação do casamento?

A possibilidade de os cônjuges escolherem a lei aplicável deve contemplar também a separação de pessoas e bens, uma vez que a razão que justifica a referida faculdade também está presente nesse caso, não havendo qualquer factor, de forma ou de fundo, que desaconselhe uma tal solução.

Há, todavia, que ter em conta que alguns ordenamentos jurídicos não consagram este instituto, pelo que possibilidade de escolha da lei aplicável deve restringir-se aos sistemas que efectivamente prevejam a separação de pessoas e bens.

No que tange à anulação do casamento, considerando a especificidade da figura, associada à violação de requisitos, de fundo ou de forma, relativos ao matrimónio, que em muitos sistemas produz efeitos *ex tunc* e em que assumem relevo indeclinável as conexões «lei pessoal», ou seja, a lei da nacionalidade (quanto à capacidade e consentimento), e «lei do Estado em que o acto é celebrado» (quanto à forma do casamento)⁴⁵, afigura-se-nos que a mesma não deve ficar sujeita a uma lei diferente, escolhida pelas partes.

Assim, a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável não deve abranger a anulação do casamento.

43- Exceptuando, obviamente, os casos em que a regulação do exercício do poder paternal já se encontra previamente decidida.

44- Pinheiro, Luís de Lima, *op. cit.*, vol.I, pp.288 e 289.

45- No caso do direito de conflitos português, cfr. artigos 49º, 50º e 51º do Código Civil.

Pergunta 9: Quais devem ser os requisitos formais adequados para o acordo entre as partes quanto à escolha da lei?

Conforme se adiantou supra, a protecção do cônjuge que possa encontrar-se numa posição mais fraca, sujeito portanto a pressões do outro, no sentido da escolha de uma determinada lei aplicável, exige que se adoptem especiais cautelas quanto à formalização e controlo do acordo conseguido entre as partes. Esse acordo deverá ser expressamente assumido por ambos os cônjuges, quer por manifestação de vontade formalizada em documento por eles subscrito, que acompanhará os demais elementos exigidos pela lei de processo aplicável, quer por declaração produzida pelas partes aquando da sua primeira comparência em juízo (ou perante a autoridade administrativa, se for o caso⁴⁶).

De todo o modo, é fundamental assegurar um controlo oficial rigoroso que garanta que a escolha dos cônjuges quanto à lei aplicável foi por ambos livremente conseguida em condições de plena e efectiva igualdade. Caso contrário, o acordo não deverá produzir efeitos.

Pergunta 10: De acordo com a sua experiência, a existência de vários critérios de competência provoca uma “corrida aos tribunais”?

Na nossa actividade forense, não tivemos até ao presente momento contacto com situações passíveis de serem identificadas com a «corrida aos tribunais». Contudo, numa visão essencialmente prática do regime em vigor, afigura-se-nos que a existência de um regime da competência internacional como o consagrado no Regulamento Bruxelas II (*bis*), caracterizado por vários critérios alternativos, e a ausência de uniformização das normas de conflitos neste domínio, é susceptível de conduzir, não só ao *forum shopping*, como também à «corrida aos tribunais», de modo a fazer face aos condicionalismos impostos pelo princípio *prior tempore potior jure*, decorrente da disciplina consagrada no artigo 19º do diploma comunitário.

Parece-nos, pois, que nesta fase a solução para o problema passará pela uniformização das regras de conflitos e não pela restrição dos critérios de competência internacional plasmados no Regulamento, tanto mais que uma tal solução limitadora poderia introduzir constrangimentos no acesso aos tribunais e condicionar, assim, a livre circulação de pessoas no espaço comunitário, comprometendo a criação de um espaço europeu de justiça.

Por outro lado, dada a curta vigência dos Regulamentos Bruxelas II, não houve ainda tempo suficiente para avaliar de forma completa a aplicação prática das regras de competência aí previstas e equacionar a sua revisão, sendo certo que

46- Em Portugal, na Estónia e na Dinamarca o divórcio por mútuo consentimento é da competência de uma autoridade administrativa. Quanto ao direito português, cfr. o Decreto-Lei n.º272/2001, de 13 de Outubro. No que concerne aos outros dois sistemas, cfr. Anexo ao Livro Verde, p.6.

as constantes alterações legislativas e a sucessão de regimes podem transformar-se em elementos altamente perturbadores da segurança jurídica e das legítimas expectativas dos cidadãos.⁴⁷

Pergunta 11: Considera que os critérios de competência devem ser revistos? Na afirmativa, qual seria a melhor solução?

Na linha do que já foi referido, nesta fase parece prematuro avançar para uma revisão dos critérios de competência consagrados no Regulamento Bruxelas II (*bis*).

Isto sem prejuízo de uma eventual reformulação destinada a estabelecer uma hierarquização desses critérios, a que adiante se fará referência, como alternativa à possibilidade de transferência de processos (resposta às perguntas n.ºs 16, 18 e 19)

Em nossa opinião, encontrando-nos ainda longe de uma solução de uniformização comunitária do direito substantivo regulador do divórcio, separação e anulação do casamento, dada a diversidade de respostas preconizadas pelos sistemas vigentes nos vários Estados-Membros e as resistências que se fazem sentir em relação ao estabelecimento de regras comuns a esse nível⁴⁸, o que se afigura mais adequado e eficaz neste momento é conseguir a harmonização das normas de conflitos relativas a tais matérias.

Pergunta 12: Considera que a harmonização das regras em matéria de competência deve ser reforçada e que o artigo 7º do Regulamento n.º 2201/2003 deve ser suprimido ou, pelo menos, deve ser limitado a casos que não envolvem cidadãos comunitários? Na afirmativa, como devem ser estas regras?

Importa adoptar medidas aptas a evitar situações como a descrita no exemplo n.º4 do Livro Verde («casal germano-neerlandês residente num país terceiro»). A harmonização das regras em matéria de competência internacional poderá ser um caminho adequado a fazer face a problemas dessa natureza.

Algumas das soluções avançadas no Livro Verde, como a que envolve a possibilidade de extensão da competência em caso de divórcio, poderia tornar

47- Veja-se, aliás, o que dispõe o artigo 65º do Regulamento Bruxelas II (*bis*), quanto à calendarização estabelecida para o reexame deste diploma.

48- Como assinala o Conselho, no relatório sobre a necessidade de aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria civil (JUSTCIV 129), as matérias do direito da família «estão muito impregnadas da cultura e das tradições dos sistemas jurídicos tradicionais (ou mesmo regionais), o que poderá originar uma série de dificuldades no âmbito da harmonização».

mais fácil aos cidadãos comunitários residentes em países terceiros encontrar na União Europeia um tribunal competente para julgar a sua acção de divórcio. Seria, pois, uma solução que permitiria ultrapassar as dificuldades surgidas no caso enunciado no exemplo n.º4, tal como se assinala no ponto 3.6. do Livro Verde.

Quanto ao artigo 7º do Regulamento Bruxelas II (*bis*), relativo às competências residuais, tem-se apontado dificuldades na sua articulação com a regra da exclusividade estatuída no artigo 6º do diploma comunitário⁴⁹, para além do seu n.º2 ser criticado por conduzir a um excesso de favorecimento dos requerentes nacionais dos Estados-Membros, relativamente aos requeridos estrangeiros, residentes em países terceiros.⁵⁰

Assim, deverá aprofundar-se a reflexão em torno do referido preceito, avaliando-se as dificuldades e constrangimentos que vêm surgindo em sede da sua aplicação prática, para depois se ponderar a revisão do mesmo.

Em suma, não obstante os inconvenientes assinalados, parece-nos que nesta fase o normativo deverá ser mantido.

Pergunta 13: Quais são os prós e os contras da introdução de uma possibilidade de extensão da competência em caso de divórcio?

O mecanismo de «extensão de competência», por via do qual é proporcionada aos cônjuges a possibilidade de escolher o tribunal competente, deve ter sempre por base uma conexão estreita, mormente a nacionalidade de qualquer dos cônjuges («domicílio», no caso do Reino Unido e da Irlanda), ou a sua última residência habitual comum.

Como já foi referido anteriormente (na resposta à pergunta n.º6), o relevo que o Regulamento Bruxelas II (*bis*) confere à vontade das partes em matéria de determinação da competência internacional para o divórcio é muito reduzido, resumindo-se aos casos em que houver um pedido conjunto por parte dos cônjuges e o tribunal da causa se situar no território da residência habitual de qualquer um deles (artigo 3º, n.º1, alínea a), quarto travessão, do citado diploma).

Parece-nos, no entanto, adequado que essa extensão de competência se estenda aos casos em que se verifique a conexão «nacionalidade» de qualquer dos cônjuges («domicílio», no caso do Reino Unido e da Irlanda) ou a “última residência habitual comum”.

Esta solução alargaria a possibilidade de cônjuges nacionais de Estados-Membros diferentes, residentes em países terceiros, instaurarem a acção de

49- Cfr. Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2002, vol. III: Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, pp.165-167.

50- Assim, cfr. Ribeiro, António da Costa Neves, *Processo Civil da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp.63-65 e 177-178.

divórcio num desses Estados, dentro do quadro da competência internacional exclusiva, consagrada no Regulamento Bruxelas II (*bis*). O que facilitaria o acesso dos cidadãos da União Europeia à justiça administrada no espaço comunitário, mesmo quando estes aí não residam.

Uma tal extensão de competência permitiria à cidadã alemã indicada no exemplo n.º4 instaurar na Alemanha a acção de divórcio contra o seu cônjuge neerlandês.

A uma extensão de competência assim preconizada poderá apontar-se o inconveniente de ela amplificar o princípio do *favor divortii*, uma vez que alarga o leque de jurisdições competentes cujas regras de conflitos remetem para ordenamentos jurídicos mais «permissivos» em relação ao divórcio.

Contudo, se considerarmos que a escolha da jurisdição competente irá sempre assentar numa conexão de proximidade significativa com os cônjuges, que essa opção dependerá do acordo de ambos e que o futuro aponta para a uniformização do direito de conflitos, afigura-se-nos que os prós da solução superam as suas desvantagens.

Por último, conforme se assinala no Livro Verde, importa tomar em devida atenção os casos em que existam filhos menores dos cônjuges, devendo assegurar-se total coerência entre as regras a adoptar em sede de competência para o divórcio e a regra relativa à extensão de competência, consagrada no artigo 12º do Regulamento Bruxelas II (*bis*).

Pergunta 14: É conveniente limitar a extensão a determinadas competências?

Tal como se assinalou *supra*, a admitir-se a extensão de competências, ela deve cingir-se às jurisdições que apresentem uma conexão estreita com os cônjuges e a concreta relação matrimonial.

Nesse contexto, revela-se adequado que a extensão de competência se limite aos casos em que se verifique a conexão «nacionalidade» de qualquer dos cônjuges («domicílio», no caso do Reino Unido e da Irlanda) ou a sua «última residência habitual comum».

Isto para além das necessárias salvaguardas que devem ser asseguradas no caso de haver filhos menores do casal, de modo a que se garanta coerência com o regime estatuído no artigo 12º do Regulamento Bruxelas II (*bis*) e se concretize o «interesse superior da criança», enquanto critério fundamental norteador de qualquer opção legislativa, incluindo a que respeita à competência internacional (cfr. a alínea b) do n.º1 do citado artigo 12º).

Pergunta 15: Quais devem ser os requisitos formais para o acordo entre as partes quanto à extensão da competência?

O acordo quanto à extensão da competência deverá constar de pedido conjunto dos cônjuges, à semelhança do que sucede com a opção pelo tribunal da residência habitual de qualquer dos cônjuges, prevista no artigo 3º, n.º1, alínea a), quarto travessão, do Regulamento Bruxelas II (*bis*).

Será, porventura, de equacionar também uma solução mais próxima da consagrada no artigo 12º, n.º1, alínea b), do referido Regulamento, autorizando-se que a competência do tribunal seja aceite expressamente pelo outro cônjuge, quando o pedido inicial provier de apenas um deles. Nestes casos, a concordância deverá ser manifestada através de documento subscrito pela parte aceitante, a juntar ao processo, ou mediante declaração prestada aquando da primeira comparência em juízo (ou perante a autoridade administrativa, se for esse o caso).

Pergunta 16: Deve ser prevista a possibilidade de solicitar a transferência de um processo para o tribunal de outro Estado-Membro? Quais são os prós e os contras desta solução?

A possibilidade de solicitar a transferência de um processo para o tribunal de outro Estado-Membro, igualmente competente à luz dos critérios consagrados no Regulamento, poderá constituir um factor de instabilidade e incerteza que colide com as finalidades desejadas pela regulamentação comunitária neste domínio. Isto mesmo que tal só suceda em circunstâncias excepcionais e se estabeleça uma lista fixa de elementos de conexão definidores do «centro de gravidade» do casamento, como se preconiza no Livro Verde.

Acresce que a referida possibilidade de transferência abre caminho a uma «hierarquização implícita» dos critérios de competência, com a agravante de uma ordem de precedências assim obtida não se encontrar claramente definida na lei, ficando, ao invés, na dependência de uma decisão casuística de excepção, com contornos muito semelhantes aos do *forum non conveniens*⁵¹, ainda que indexada a factores tipificados na lei.

Esta cláusula de excepção irá introduzir uma distorção à natureza alternativa dos critérios estabelecidos no artigo 2º do Regulamento Bruxelas II (*bis*) e, como se disse supra, poderá vir a gerar incerteza e insegurança junto dos cidadãos, para além de atrasos processuais indesejados.

51- Cfr. Pinheiro, Luís de Lima, vol. III, p.23: «A cláusula do *forum non conveniens* permite que os tribunais de um Estado declinem a sua competência quando existe outra jurisdição competente que à luz de considerações de justiça e conveniência se apresente como claramente mais apropriada».

Refira-se ainda que os fundamentos que justificam a possibilidade de transferência dos processos relativos às responsabilidades parentais, prevista no artigo 15º do Regulamento Bruxelas II (*bis*), orientados, em última análise, pelo critério do interesse superior da criança, não estão aqui presentes, pelo que os argumentos invocados a favor daquela não são aplicáveis às questões matrimoniais.

Neste domínio, parece-nos, pois, que o peso das razões invocadas para justificar a transferência de processos não supera o dos seus inconvenientes.

É certo que a transferência assente no facto de o principal centro de interesses do casamento se situar noutro Estado-Membro favorece a proximidade do foro com a causa, as partes e a prova, o que constitui um dos principais desideratos do direito da competência internacional⁵², para além de atenuar os efeitos negativos que podem advir da «corrida aos tribunais».

Porém, ainda assim, na hipótese ora em análise parece-nos que os inconvenientes de uma tal solução superam as vantagens que dela se poderia obter, pelo que importa encontrar soluções alternativas à transferência de processos.

Pergunta 17: Quais devem ser os elementos de conexão para determinar se um processo pode ser transferido para outro Estado-Membro?

A admitir-se a possibilidade de transferência de um processo para outro Estado-Membro, em matéria matrimonial, solução que, como já vimos, não parece ser de acolher, esta deveria ficar limitada aos critérios de conexão mencionados no Livro Verde (p.10), ou seja, a última residência habitual comum dos cônjuges, se um deles ainda mantiver essa residência, e a nacionalidade comum dos cônjuges.

Poder-se-ia ainda equacionar a possibilidade de admitir, como elemento definidor de uma conexão estreita da relação matrimonial com um determinado país, a residência habitual comum a um dos cônjuges e aos filhos de ambos.

Pergunta 18: Que garantias seriam necessárias para assegurar a segurança jurídica e evitar atrasos desnecessários?

Para garantir a segurança jurídica, os elementos concretizadores do conceito «estreita conexão da vida do casal com um determinado Estado-Membro» deveriam estar expressamente previstos na lei, não se deixando margem para a

52- *Idem*, p.22. Este autor sufraga a adopção, no direito português, de uma cláusula de excepção do tipo *forum non conveniens*. *Idem*, p.24.

introdução casuística de novos factores de concretização, estranhos ao texto legal.

Por outro lado, as situações - modalidades de divórcio - em que a transferência de processos poderia funcionar também deveriam estar claramente delimitadas. Num outro prisma, em ordem a evitar atrasos desnecessários, deveria estabelecer-se um momento processual até ao qual essa transferência poderia ser requerida, sendo de apontar como limite a fase da dedução da defesa (contestação) pela parte demandada. Decorrido o prazo para a defesa e tendo a parte requerida sido devidamente notificada do acto introdutório da instância, ou equivalente, ficaria afastada a possibilidade de esta deduzir o pedido de transferência do processo.

Ademais, deveria estabelecer-se uma previsão legal idêntica à do artigo 15º, n.º6, do Regulamento Bruxelas II (*bis*), impondo, em sede de transferência de processos, o dever de cooperação dos tribunais, quer directamente, quer através das autoridades centrais designadas nos termos do artigo 53º do mesmo diploma. Esta cooperação revela-se fundamental para a agilização dos procedimentos e para ultrapassar as barreiras que dificultam a concretização de um espaço europeu de justiça.

Pergunta 19: Em sua opinião, qual seria a melhor combinação de soluções para resolver os problemas descritos?

Sem prejuízo das reservas que apontámos em relação à possibilidade de transferência de processos (resposta à pergunta n.º 16), a combinação de soluções adiantada no ponto 3.8. do Livro Verde parece ser uma resposta adequada às dificuldades que podem surgir na sequência da aplicação do Regulamento Bruxelas II (*bis*) e dos vários regimes de direito de conflitos vigentes nos Estados-Membros. Tais problemas, que se encontram bem exemplificados nos cinco casos descritos sob o ponto 2. do Livro Verde, seriam ultrapassados com a aplicação das soluções combinadas que foram propostas no citado ponto 3.8..

Com efeito, admitir a escolha, pelos cônjuges, do tribunal competente, com base na nacionalidade de qualquer um deles ou na última residência habitual, e permitir-lhes a selecção da lei aplicável ou, pelo menos, a opção pela *lex fori*, parece constituir uma resposta adequada aos casos exemplificados sob os n.ºs 1 a 4.

Por outro lado, quanto ao exemplo descrito sob o n.º5, a possibilidade de transferência de processos parece ser o meio apropriado para a fazer face à «corrida ao tribunal» por parte de um dos cônjuges, contrariando os interesses legítimos do outro.

Contudo, em lugar da transferência de processos, o problema n.º5 também poderia ser ultrapassado através hierarquização, na lei comunitária, dos critérios

de competência internacional, começando por aquele que possui maior conexão com o centro de interesses do casamento.

Pergunta 20: Existem outras soluções que possa sugerir para resolver os problemas descritos no ponto 2?

Tal como acabámos de assinalar, parece-nos que o problema descrito sob o exemplo n.º5 poderia ser ultrapassado com a hierarquização dos critérios de competência enunciados no artigo 2º do Regulamento Bruxelas II (*bis*), em função da maior proximidade do centro de interesses do casamento (e dos cônjuges) com um determinado Estado-Membro.

Isto sem prejuízo de se passar a atribuir maior relevo à autonomia das partes na determinação do tribunal competente, ainda que tendo sempre por base critérios de conexão significativos, que a lei elencaria, bem como o acordo de ambos os cônjuges.

Estas soluções seriam complementadas com a uniformização do direito internacional privado dos Estados-Membros, nos moldes que assinalámos neste comentário, assim se evitando os efeitos negativos que a disparidade de normas de conflitos acarreta.

BIBLIOGRAFIA

- *Practical problems resulting from the non-harmonization of choice of law rules in divorce matters - Final Report*, JAI/A3/2001/04, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 2002, disponível na internet em http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/divorce_matters_en.pdf [referência de 5 de Agosto de 2005].
- Barata, Roberto, «Il Regolamento Comunitario sul Diritto Internazionale Privato della Famiglia», in Picone, Paolo (ed.), *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova: CEDAM, 2004, pp.169-203.
- Borrás, Alegría, Relatório explicativo da Convenção, elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial (texto aprovado pelo Conselho em 28 de Maio de 1998), in JO C 221, 16-7-1998, pp.27-64.
- Coelho, Francisco Pereira, e Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, vol.I.
- Correia, António Ferrer, *Direito Internacional Privado - Alguns problemas*. Coimbra: 1985 [separata dos volumes LI, LII, LIII, LIV do BFDUC].
- Correia, António Ferrer, «Direito Internacional Privado Matrimonial», in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra: Livraria Almedina, 1989, pp.331-361.
- Dethloff, Nina, «Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe», in Boele-Woelki, Katharina (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp (etc.): Intersentia, 2003, pp.37-64.
- González, Javier Carrascosa, *Matrimonio y elección de ley: estudio de derecho internacional privado*, Granada: Editorial Comares, 2000.
- González, Javier Carrascosa, «Cuestiones Polémicas en el Reglamento 1247/2000», in Caravaca, Calvo A. L., e Ángel, J. L. Iriarte (eds.), *Mundialización y Familia*, Madrid: Editorial Colex, 2001, pp.213-239.

- Jänterä-Jareborg, Maarit, «Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective», in Boele-Woelki, Katharina (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp (etc.): Intersentia, 2003, p.194-216.
- Oliveira, Guilherme de, «Transformações do direito da família», Separata de Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp.763-779.
- Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, vol. I: Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral.
- Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, 2^a ed., Coimbra: Almedina, 2005, vol. II: Direito de Conflitos – Parte Especial.
- Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2002, vol. III: Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras.
- Pintens, Walter, «Europeanisation of Family Law», in Boele-Woelki, Katharina (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp (etc.): Intersentia, 2003, pp.3-33.
- Ramos, Rui Manuel Moura, *Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999 [separata de: O Direito Comunitário e a Construção Europeia, *Studia Iuridica*, 38, Colloquia, 1].
- Ribeiro, António da Costa Neves, *Processo Civil da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- Sousa, Miguel Teixeira de, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- Tenreiro, Mário, e Ekström, Monika, «Unification of Private International Law in Family Law Matters within the European Union», in Boele-Woelki, Katharina (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp (etc.): Intersentia, 2003, pp.185-193.

PRINCIPAIS SITES CONSULTADOS

- www.europa.eu.int - Portal da União Europeia
- www.gddc.pt - Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República
- www.hcch.net - Hague Conference on Private International Law
- www2.law.uu.nl/priv/cefl - Commission on European Family Law (CEFL)
- www.redecivil.mj.pt - Ponto de Contacto Português da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial