

Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito



O princípio da autonomia no divórcio internacional no âmbito do
Regulamento (UE) nº 1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro
de 2010

Liliane Fonseca Almeida

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito
2º Ciclo de Estudos em Direito

O princípio da autonomia no divórcio internacional no âmbito do
Regulamento (UE) nº 1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro
de 2010

Liliane Fonseca Almeida

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses
Orientador: Mestre Nuno Gonçalo Ascensão Silva

Coimbra

2012

Aos meus pais e família, amigos,
e ao Senhor Professor Nuno Ascensão Silva.

Índice

Introdução	4
I O divórcio numa sociedade multicultural.....	5
1. O divórcio no direito internacional privado	5
2. Divórcio e estatuto pessoal	7
3. Diversidade das regulamentações do divórcio	8
4. Problemas emergentes no divórcio no contexto internacional. Necessidade de um quadro jurídico do divórcio	11
II Autonomia da vontade	14
1. Noção e características	14
2. A autonomia da vontade no direito internacional privado da família	15
2.1. Justificação	15
2.2 Manifestações da autonomia da vontade no direito internacional privado da família.....	18
3. O princípio da proximidade e o leque das leis possíveis.....	20
4. A autonomia da vontade e os seus limites.....	22
4.1. As leis imperativas	22
4.2. A exceção da ordem pública.....	23
4.3. Fraude à lei	24
III A viabilidade do Regulamento Roma III na sociedade multicultural.....	26
1. Fundamento e objetivos.....	27
2. Como funciona Roma III?	29
2.1 Âmbito de aplicação	29
2.2. A escolha da lei aplicável	31
2.3. Ausência de escolha.....	32
3. Um Regulamento eficiente através da sua autonomia?.....	34

3.1 Os problemas de Roma III no cumprimento do objetivo de segurança jurídica	35
3.1.A. A autonomia da vontade e a segurança jurídica	35
3.1.B. O problema da pluralidade de nacionalidades	37
3.2. A autonomia no Regulamento Roma III	39
3.2.A. A autonomia da vontade e o controlo sobre a conceção da família.....	39
3.2.B. A autonomia como instrumento de uma política familiar	42
Conclusão	45
Bibliografia:	47

Introdução

Na Alemanha, os divórcios entre cônjuges que têm nacionalidade diferente são aproximadamente 30 000 por ano (ou seja, 15 % das decisões de divórcio proferidas)¹, pelo que os casais ditos “internacionais” são cada vez mais numerosos devido a uma sociedade que proporciona uma mobilidade crescente.

A diversidade das regulamentações do divórcio conjugado com a forte mobilidade dos cidadãos da União Europeia, apela à necessidade de estabelecer um quadro jurídico aplicável ao divórcio, a fim de responder às necessidades dos cidadãos e solucionar os problemas que possam surgir.

Após a tentativa de regulamentar o divórcio através do Regulamento “Bruxelas II bis”, a União Europeia concede pela primeira vez uma cooperação reforçada com o Regulamento (UE) nº 1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro de 2010 (mais conhecido pelo nome de Regulamento Roma III), a fim de criar um espaço jurídico funcional e harmonioso, regulando a matéria do divórcio. Para atingir os seus objetivos, o principal instrumento do Regulamento Roma III é o *princípio da autonomia da vontade das partes*, que oferece uma escolha (embora limitada), aos cônjuges, para designar a lei aplicável ao divórcio.

De facto, a nossa problemática e a relevância deste estudo situa-se ao nível da *autonomia da vontade*. E, assim, analisando o seu papel no âmbito do Regulamento, importa apurar se a autonomia da vontade torna viável este Regulamento.

Desta forma, desprende-se a necessidade de contextualizar o divórcio numa sociedade cada vez mais multicultural, a fim de entender o alcance dos problemas emergentes. Após uma análise do princípio da autonomia da vontade e estudar a forma como se introduziu na área do direito da família (já não circunscrita ao domínio contratual), importa comentar em que medida este princípio é limitado. Para expor uma boa análise do papel da autonomia no Roma III, impõe-se explicar o funcionamento do Regulamento e como a autonomia da vontade contribui para a prossecução do objetivo da segurança jurídica, para descobrir se a autonomia auxilia, de alguma forma, o Regulamento, tornando-o um mecanismo jurídico neutro e eficaz.

¹ Cf. “Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, documento COM (2005) 82 final, Bruxelas, 14 de Março de 2005, p.3.

I O divórcio numa sociedade multicultural

1. O divórcio no direito internacional privado

A Convenção da Haia foi concluída no dia 12 de Junho de 1902, com a finalidade de estabelecer regras comuns para os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas. Nesta Convenção, constatamos o princípio da competência da lei nacional dos cônjuges, mesmo que ela esteja em concorrência com a lei do foro (Artigo 1.º e 2.º da Convenção da Haia)². Quando as nacionalidades dos cônjuges diferem, a legislação comum deverá ser considerada como lei nacional dos cônjuges (Artigo 8.º)³. Podemos, por conseguinte, e desde já, deduzir que o problema surge ou se coloca quando ou enquanto não existe nacionalidade em comum. Não obstante, esta Convenção não tem alcance prático, uma vez que se apresenta em contradição com as conceções do nosso contexto atual⁴.

No nosso ordenamento jurídico a regra de conflito relativa ao divórcio é enunciada no Art.º55 do Código Civil, que, por sua vez, nos remete para o Artigo 52.º do CC., em que os elementos de conexão são móveis: “ (...) as relações entre cônjuges são reguladas pela lei nacional comum” (Art.º52.º, nº1), e, “Não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade, é aplicável a lei da sua residência habitual comum e, na falta desta, a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa.” (Art.º52, nº2). O Código Civil dá, portanto, prevalência à lei nacional para as relações entre cônjuges.

Reparamos que, anteriormente, a lei nacional tinha uma grande importância em matéria de divórcio, nos vários países. Na Bélgica, por exemplo, antes de 1960, a lei nacional era a lei competente nos divórcios, aplicando-se igualmente o cúmulo das nacionalidades quando os cônjuges tinham nacionalidades diferentes⁵.

² Artigo 1.º “Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre. ”.

Artigo 2.º “Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes. Il en est de même de la séparation de corps. ”.

³ Artigo 8.º “Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale. ”.

⁴ Actualmente, apenas Portugal e a Roménia são partes na Convenção, os outros países que eram partes, denunciaram a Convenção uma vez que a Convenção já não tem muito relevo no contexto atual. Portugal já devia ter denunciado a Convenção.

⁵ “La jurisprudence belge a interprété cette règle en faveur de l'application cumulative des lois nationales si les époux sont de nationalité différente”, cf. Francesco Durante, “Problèmes contemporains du divorce

Não obstante, não podemos olvidar que vivemos, atualmente, numa sociedade multicultural devido aos fluxos migratórios. É de salientar, aqui, que a União Europeia não escapou ao fenómeno migratório, uma vez que consagrou a liberdade de circulação dos trabalhadores (Art.45.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), que gera uma “mobilidade intraeuropeia”⁶, que, conseqüentemente, provoca um acréscimo do número dos casamentos “internacionais”. Os europeus que residem em outro Estado-Membro representariam cinco milhões e meio⁷, sendo que, por ano, existem cerca de 170 000 divórcio de carácter internacional na União Europeia (excluindo a Dinamarca)⁸.

O Regulamento (CE) n.º2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003 (“Bruxelas II bis”), que substituiu o Regulamento (CE) n.º1347/2000, do Conselho, de 29 de Maio (“Bruxelas II”), estabeleceu regras sobre a competência internacional, o reconhecimento e execução de decisões em matéria de divórcio, separação e anulação do casamento, e, igualmente, em matéria de responsabilidade parental⁹; tinha por objetivo dar uma certa uniformização nesta matéria. O diploma oferece critérios alternativos e não hierarquizados, que determinam a competência internacional, incentivando os cônjuges a intentar a ação o mais rápido possível, já que o tribunal competente será o tribunal onde a ação for primeiramente instaurada. “Bruxelas II bis” não nos esclarece, portanto, sobre a lei aplicável a um divórcio de um casal “internacional”, e, quando observamos a diversidade das regras e tribunais supostamente competentes, resulta a possibilidade de criar uma situação de *forum shopping*¹⁰ e de “corrida aos tribunais”, criador de um clima de insegurança jurídica.

Afigurava-se necessário, desta feita, encontrar outro meio para dar mais uniformização ao divórcio, e é por esta razão que surgiu o Regulamento (CE) n.º1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro de 2010, ou seja, para tentar ultrapassar

en droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* t.152, 1976, p.33.

⁶ Cf. Jean-Yves Carlier, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomia de la voluntad”, in *Estatuto personal y multiculturalidade de la familia*, Alfonso-Luis Calvo Caravaca e José Luis- Iriarte Ángel, Madrid: colex, 2000, p.29.

⁷ *Idem*.

⁸ Vide Katharina Boele-Woelki, “To be, or not to be: enhanced cooperation in international divorce law within the european union”, in *Victoria University of Wellington law review* Vol. 3, 2008, p.782.

⁹ Em matéria de obrigação alimentar, deveremos considerar o Regulamento (CE) n.º4/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008.

¹⁰O autor Montenegro define o *forum shopping*, “Lorsqu’un demandeur saisit un tribunal en fonction des avantages (substantiels ou procéduraux) qui s’éloignent bien des attentes légitimes des parties en litige”, Cf. Carlos Alberto Arrue Montenegro, “L’autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions”, in *Bibliothèque de droit privé* t.531, edição LGDJ Lextenso editions.

os inconvenientes do Regulamento “Bruxelas II bis”, Regulamento que analisaremos posteriormente. No entanto, a tarefa de uniformização do divórcio não se revela fácil, sobretudo considerando que estamos na área do direito da família, uma área que liga-se com o estatuto pessoal.

2. Divórcio e estatuto pessoal

PHOCION FRANCESKAKIS define o estatuto pessoal como “tantôt un ensemble de qualités juridiques de la personne (*status*) pour lequel il s’agit de déterminer la loi applicable; tantôt la loi (*statutum*) elle-même qui régit la personne quant à cet ensemble de qualités juridiques”¹¹. Ora, daqui retiramos que a lei que rege a matéria de estatuto pessoal é uma lei que se liga fortemente com a esfera íntima do indivíduo, apesar de não haver unanimidade quanto à definição exata do conceito de estatuto pessoal¹².

Antes de avançar cumprirá referir que a matéria do estatuto pessoal se confrontará com inúmeras dificuldades devido, nomeadamente à diversidade dos sistemas conflituais, lançando além de mais, e de uma forma mais complexa, o debate acerca de que lei se poderá considerar mais adequada – lei da residência habitual ou da nacionalidade¹³. Entende-se por nacionalidade o vínculo jurídico-político que une uma pessoa a um Estado¹⁴. Já quando, por outro lado, falamos de residência habitual, trata-se de centro efetivo e estável da vida pessoal do indivíduo¹⁵.

A aplicabilidade de ambas as leis é perfeitamente legítima no estatuto pessoal, contrariamente ao que acontece em matéria civil e comercial. De facto, é normal um indivíduo querer a aplicação da sua lei nacional, mas, por outro lado, sendo estrangeiro e residindo há vários anos noutra país (no país de acolhimento), será natural, também,

¹¹ Cf. Jean-Yves Carlier, “Autonomie de la volonté et statut personnel”, Bruxelles : Bruylant, 1992, p.167.

¹² Vide Jean-Yves Carlier, “Autonomie...”cit. , p.171 e seguintes.

¹³ “No estatuto pessoal deverão ser regidas por uma lei que tenha com a pessoa uma ligação significativa e duradoura, nunca se concordou na sua identificação, acabando por se sedimentar a convicção que tanto a lei da nacionalidade como a do domicílio ou a da residência habitual seriam igualmente idóneas para regular o estatuto pessoal”, Cf. Nuno Ascensão Silva, “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, Coimbra editora, 2006, p.557.

¹⁴ Vide Luís de Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, volume I, Almedina, 2005, p.345.

¹⁵ *Ibidem*, p.352.

desejar a lei da residência habitual. No fundo, o nervo da questão reside no sentimento de pertença, e com o que no momento concreto, mais se identifica o indivíduo.

Deste modo, posto que “la variabilidad del estatuto personal converge así com la variabilidad del hecho migratório”¹⁶, devido aos fluxos migratórios, o direito internacional privado deve adaptar-se, pois a mobilidade tem uma certa influência sobre a lei aplicável em matéria de estatuto pessoal. Na Bélgica, por exemplo, depararam-se com um problema - uma mulher belga não podia divorciar do seu cônjuge italiano devido à aplicação do cúmulo das nacionalidades, sendo que o divórcio ainda não era consagrado na lei italiana -, para fazer face a este tipo de dificuldades, adotou-se a lei de 27 de Junho de 1960, que admitia a aplicação da lei belga quando pelo menos um dos cônjuges era belga.¹⁷

Concluindo, podemos constatar que a determinação da lei aplicável ao estatuto pessoal (especialmente no divórcio) se torna complicada, principalmente por causa dos fluxos migratórios e dos casamentos “internacionais”. Conceber um direito material uniforme para regular o divórcio seria utópico e irreal, não seria de todo uma solução viável, considerando a pluralidade conflitual que existe nos vários países.

3. Diversidade das regulamentações do divórcio

O divórcio “comporta la disolución del vínculo matrimonial, pero produce una explosión paralela de efectos jurídicos en otras esferas jurídicas”¹⁸, logo cada país regula à sua maneira o divórcio segundo os “modos de entender o divorcio”¹⁹. Efetivamente, além de o direito substantivo e de o procedimento serem diferentes de país para país, as regras de conflito também divergem.

No direito substantivo, relativamente aos fundamentos do divórcio, a separação de facto é um dos fundamentos que se pode invocar, depois de decorrido um determinado lapso de tempo (por exemplo, seis meses na Áustria, ou cinco anos no Chipre). O

¹⁶ Cf. Jean-Yves Carlier, “Estatuto personal...”cit., p.30.

¹⁷ Vide Cour de Cassation (belge), 16 février 1955, cas Rossi, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1955, p.143 e seguintes.

¹⁸ Cf. Calvo Caravaca e Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio en europa: el futuro reglamento Roma III”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional vol.I*, Março 2009, p.36.

¹⁹ Cf. *Idem*.

“irretrievable or irreparable breakdown of the marriage”²⁰(ou seja, o fracasso do casamento quando a vida em comum deixou de existir), constitui outro fundamento, aliás o único motivo possível em alguns países (Alemanha, Grécia, Eslováquia, Irlanda, Holanda e Reino Unido); noutros países, é necessária a verificação de certos factos para poder haver fracasso do casamento (França, Espanha, Itália, Alemanha, Reino Unido, Áustria, Letónia, Bélgica, Luxemburgo, Grécia, Holanda e Portugal). Por outro lado, divórcios fundamentados pela culpa, existindo uma violação culposa dos deveres e obrigações dos cônjuges de tal forma que compromete a vida em comum, encontram-se em países como a Bélgica, França, Luxemburgo, Áustria, Dinamarca, Chipre, Lituânia, e Portugal (nos divórcios litigiosos). Importa, ainda, salientar o regime peculiar da Suécia e da Finlândia, em que não é necessário fundamentar o pedido, e o tribunal não examina nem as relações entre os cônjuges, nem os motivos, apenas podendo ser concedido aos cônjuges um período de reflexão de duração de seis meses. Desta forma, “in Sweden, and also in Finland, the right to divorce is considered to be a fundamental right.”²¹. E é, por fim, de não olvidar o caso de Malta, em que o divórcio não existe (embora o casamento possa ser anulado), e a separação judicial de pessoas e de bens, significa, na prática, que o casamento permanece, mas sem existir o dever, para os cônjuges, de viverem juntos. Em relação ao procedimento, podemos igualmente encontrar algumas diferenças, cumprindo deixar nota de Portugal, em que, no divórcio por mútuo consentimento, o processo pode ser instaurado na conservatória do registo civil.

A fim de entender melhor as complicações que gera o divórcio dos “casais internacionais” no contexto internacional, teremos de analisar como funcionam as regras de conflito nos outros países²². Com efeito, “there is a comparable divergence with regard to conflict of laws rules, from the regular application of the *lex fori* to the

²⁰ Cf. “Commission staff working paper - Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters”, documento COM(2005)82 final, Bruxelas, 14 Março de 2005, p.5.

²¹ Cf. Katharina Boele-Woelki, “To be, or not to be...”, cit. p.785; neste sentido “a spouse should be free to end a marriage without risking time-consuming or costly proceedings”, *idem*, cf. nota de rodapé 24 Jänterä-Jareborg, above n.28, 340.

²² Cf. “Commission staff working paper - Annex to the Green Paper...”, table 4, p.17 ss.

application of the national law of the spouses, the law of their habitual residence or the law with the “closest connection”²³.

Existem determinados países que dão preferência à *lex fori* (Reino Unido, Irlanda, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Chipre e Letónia) - uma vez intentada a ação, aplicam o direito do foro, ou seja, a lei do país onde foi intentada a ação será a lei aplicável. Outros estabelecem elementos de conexão que considerem mais adequados (Áustria, Bélgica, Estónia, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Holanda, Espanha, República Checa, Polónia, Portugal, Eslováquia, Eslovénia); podemos reparar, que alguns, como é o caso de Portugal, estabeleceu-se como elemento de conexão a nacionalidade que os cônjuges têm em comum²⁴. França, por sua vez, apresenta-se como um caso atípico, na medida em que a regra de conflito aponta as situações em que a lei francesa se aplica. Salientamos que a Alemanha, Holanda, Espanha, e Bélgica, têm umas regras interessantes porquanto concedem uma certa margem de liberdade ao oferecer uma escolha. Na Alemanha, a escolha é atribuída aos cônjuges que não têm nacionalidade em comum e em que nenhum deles é nacional do Estado onde residam ou, ainda, no caso de os cônjuges residirem em Estados diferentes. Na Holanda, têm a opção entre a lei holandesa ou a lei nacional comum. Na Espanha, no caso de os cônjuges serem estrangeiros, podem escolher a lei espanhola a título de *lex fori*, a partir do momento que um deles é de nacionalidade espanhola ou reside na Espanha, intentando a ação nos tribunais espanhóis. No entanto, o caso da Bélgica parece ser o mais inovador, ao oferecer uma certa autonomia às partes, embora limitada²⁵. De facto, podem escolher a lei da nacionalidade ou a lei belga (como *lex fori*), sendo que na ausência de uma opção, será aplicada a lei da residência habitual.

Analisando estas formas diversas de tratar o divórcio, parece-nos muito difícil regular esta matéria no âmbito do direito internacional privado e resolver as dificuldades que possam surgir.

²³ Cf. Katharina Boele-Woelki, “To be, or not to be...”, cit. p.781.

²⁴ Artigo 52.º, n.º1 do Código Civil.

²⁵ “Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1° le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2° le droit belge”, Art. 55.º, parágrafo 2 da “Loi portant le Code de droit international privé” de 16 de Julho 2004.

4. Problemas emergentes no divórcio no contexto internacional. Necessidade de um quadro jurídico do divórcio

O divórcio causa algumas dificuldades devido à diversidade das regulamentações, pois, de facto, nem sempre a lei que se vai concretamente aplicar corresponde à lei que os cônjuges tinham previsto. O certo é que, tratando-se de uma matéria de estatuto pessoal, é primordial que o indivíduo se identifique com a lei aplicável, uma lei que ele tinha previsto e que corresponde às suas expectativas.

O principal inconveniente, relativamente ao qual se afigura imprescindível encontrar uma solução, é combater a insegurança jurídica, criada essencialmente pela “relatividad de soluciones en Derecho internacional privado”²⁶, que induz à criação do fenómeno que referimos anteriormente, o *forum shopping*. Se à primeira vista, o *forum shopping* parece ser aliciante, tendo em conta que podemos escolher qual a lei mais (ou menos) favorável para servir o nosso interesse, o fenómeno pode, todavia, apresentar-se como muito nefasto, em termos de segurança jurídica, uma vez que é impossível prever, com antecedência, com que lei podemos contar (relembramos que um dos objetivos da União Europeia é criar um espaço de segurança jurídica²⁷). Além do mais, o fenómeno é suscetível de originar profundas injustiças devido à disparidade económica que pode existir entre os cônjuges, na medida em que o cônjuge com maior poder económico poderá facilmente obter todas as informações que necessita para saber qual lei seria mais vantajosa para ele, e aceder aos tribunais com maior rapidez e eficácia. O “divórcio Eurostar”²⁸ retrata a situação de dois cônjuges de nacionalidade francesa, que residem habitualmente em Londres, a jurisdição inglesa é competente (quando a ação é intentada no Reino Unido) mas a jurisdição francesa é igualmente competente (por causa da nacionalidade francesa). Perante uma desigualdade económica entre os cônjuges, há um interesse significativo em intentar a ação nos tribunais franceses ou ingleses²⁹.

²⁶ O autor Calvo Caravaca, explica o fenómeno “la ley aplicable al divorcio en los casos internacionales puede ser distinta según cual sea el Estado Miembro cuyos tribunales o autoridades públicas sean competentes para decidir sobre el divorcio”, Cf. Calvo Caravaca e Carrascosa González, “La ley aplicable...”, cit. p.47.

²⁷ Vide “Carta do Direitos Fundamentais da União Europeia”.

²⁸ Cf. Calvo Caravaca e Carrascosa González, “La ley aplicable...”, cit., p.48.

²⁹ Deste modo, “o *forum shopping* assim proporcionado pode contribuir para a criação de um sistema que favorece os cidadãos que dispõem de melhores condições económicas, o que, em última instância,

Por outro lado, neste exemplo, constata-se que este tipo de situação pode provocar uma “corrida aos tribunais”, hábil a prejudicar o requerido, nas situações em que um cônjuge se apresse a intentar a ação antes do outro, com a finalidade de que seja aplicada a lei do Estado que ele deseja para servir melhor os seus interesses³⁰.

A segurança jurídica e a previsibilidade jurídica são igualmente comprometidas, no caso de os cônjuges não terem nem residência habitual, nem nacionalidade em comum, ou quando se separam e vivem cada um num Estado diferente³¹.

Em relação às expectativas legítimas dos cônjuges, encontramos algumas situações que não respeitam estas expectativas, nomeadamente no caso de cônjuges de nacionalidades diferentes se instalarem num Estado-Membro de que nenhum é nacional, como é o exemplo do casal sueco-finlandês que se instala na Irlanda³². De facto, neste caso, aplica-se a lei irlandesa (lei do foro), que tem uma regulamentação radicalmente diferente em relação à Suécia e à Finlândia. Como já constatamos anteriormente, o divórcio na Suécia e na Finlândia tem um procedimento bastante simples que apenas exige um período de reflexão; por outro lado, a lei irlandesa exige um período de separação de uma duração de quatro anos, provando-se o “irretrievable or irreparable breakdown of the marriage”. Ora, os cônjuges, ao instalarem-se noutra Estado-Membro por razões profissionais, não teriam imaginado que esse facto poderia ter um tal impacto na vida pessoal deles. Nesta medida, violam-se as expectativas destes cidadãos ao, de certa forma, impor uma determinada visão do divórcio, com a qual não se identificam.

Em último lugar, podemos referir o problema com o qual se confrontam os casais (cidadãos europeus) de nacionalidades diferentes, que residem num Estado terceiro, quando nenhuma das jurisdições dos Estados-Membros é competente, deixando a competência para pronunciar o divórcio a um Estado terceiro. Decorre deste facto, dificuldades ao nível do reconhecimento do divórcio nos outros Estados-Membros³³.

redundará numa injusta diferenciação no acesso à justiça”, Cf. Helena Isabel Dias Bolieiro, parecer sobre o “Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, remetido ao Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, por despacho do Exmº Vice-Presidente de 28/9/2005, p.5.

³⁰ Vide exemplo 5 do marido polaco que vai trabalhar para a Finlândia, “Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, documento COM(2005) 82 final, Bruxelas, 14 de Março de 2005, p.6.

³¹ Vide exemplo 1 do casal luso-italiano residente em Estados-Membros diferentes, “Livro Verde...”, cit., p.4.

³² Cf. Exemplo 3, “Livro Verde...”, cit., p.5.

³³ Vide exemplo 4 do Casal germano-neerlandês residente num país terceiro, “Livro Verde...”, cit., p.5.

Para corrigir estes problemas e criar um espaço comunitário de segurança jurídica, preservando a harmonia jurídica internacional, parece ser necessário uniformizar as normas de conflito dos Estados-Membro (e não se trata de unificar as normas substantivas dos Estados-Membros). Desta forma, a liberdade de circulação do mercado interno fica reforçada, podendo o cidadão circular livremente sem temer qualquer aplicação de lei que lhe pareça absurda. Relembramos que é através do princípio da subsidiariedade³⁴ que a União Europeia funde a sua competência, e já no Regulamento Roma I se constatava que “ao reforçar a segurança jurídica sem, no entanto, exigir uma harmonização do direito material dos contratos, a técnica da harmonização das normas de conflitos de leis respeita plenamente o princípio da proporcionalidade previsto no referido artigo”³⁵.

Perante a necessidade de um quadro jurídico comunitário em matéria de divórcio, põe-se a questão crucial de saber como uniformizar as normas de conflito.

³⁴ Vide Artigo 5.º do Tratado da União Europeia.

³⁵ Cf. “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)”, documento COM(2005) 650 final, Bruxelas, 15 de Dezembro de 2005, p.4.

II Autonomia da vontade

1. Noção e características

O princípio da autonomia da vontade corresponde a uma liberdade conferida às partes para escolher a lei aplicável que vai reger a situação internacional para reger melhor os seus interesses. As partes procedem a uma escolha da lei aplicável, sendo que esta escolha radica da vontade das partes, uma escolha feita para servir de uma forma mais adequada os seus interesses, o que vai permitir uma certa segurança e previsibilidade jurídica. O princípio da autonomia da vontade apresenta-se, assim, como um instrumento flexível, respondendo às necessidades das partes.

A principal característica desta autonomia da vontade é a produção de efeitos jurídicos *ex voluntate*³⁶, isto é, os efeitos são concordantes com o conteúdo da vontade de ambas as partes. A segunda característica a salientar é que, apesar da competência de um determinado tribunal depender da vontade, é necessário que as ordens jurídicas reconheçam este princípio. Deste modo, a autonomia da vontade não é absoluta, encontrando-se sujeita aos limites previstos nas ordens jurídicas.

Enquanto princípio no âmbito do direito internacional privado, é conveniente analisar como a autonomia se articula com os objetivos do direito internacional privado, ao qual compete “reduzir essa instabilidade ao mínimo possível, assegurando o respeito das referidas relações jurídicas onde quer que um interesse legítimo – designadamente o de evitar que as justas expectativas das partes e de terceiros sejam frustradas – faça surgir a necessidade de obter para elas a protecção da lei.”³⁷

Em primeiro lugar, podemos constatar que a autonomia da vontade contribui para uma justiça mais efetiva, dando previsibilidade jurídica, e respeitando as pessoas nas suas relações privadas internacionais. De facto, quando falamos de respeito pela pessoa, significa que respeitamos as expectativas legítimas das partes³⁸, e é este respeito que leva à previsibilidade jurídica. O princípio da autonomia é perfeitamente compatível com a ideia de justiça material, uma vez que as partes escolhem apenas uma lei

³⁶ Vide Carlos Alberto Arrue Montenegro, “L’autonomie de la volonté...”, cit., p.6.

³⁷ Cf. A. Ferrer Correia, “Lições de Direito Internacional Privado, I”, Almedina, 2000, p.31.

³⁸ “Le respect de la personne implique également qu’il soit donné suite à l’expectative des parties”, cf. Jean-Yves Carlier, “Autonomie...”, cit., p.250.

aplicável³⁹, não suscita-se problemas que possam eventualmente surgir, resultantes da convocação de duas leis diferentes.

Porém, o objetivo primordial permanece o da harmonia jurídica internacional, que “responde à intenção primeira do direito de conflitos, que é assegurar a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas”⁴⁰. Para estabelecer esta harmonia, não é necessário, contudo, uma unidade das regras de conflito, mas sim “formuler des principes de nature à susciter une certaine harmonisation des règles de conflit en vigueur dans les différents États”⁴¹. Nesta procura de princípios que possam suscitar alguma harmonização, descobrimos que se relacionamos a harmonia internacional com o princípio da proximidade, o princípio da autonomia da vontade pode perfeitamente ser um instrumento para uniformizar as regras de conflito, ou seja se a opção pode ser feita entre vários elementos de conexão pré-determinados, a harmonia jurídica internacional é estabelecida, de acordo com a paridade de tratamento das ordens jurídicas.

O princípio da autonomia da vontade que acabamos de expor teve uma importância primordial no âmbito dos contratos. Pois bem, uma análise da evolução do direito internacional privado permite-nos compreender como a autonomia da vontade se infiltrou em outros ramos do direito⁴².

2. A autonomia da vontade no direito internacional privado da família

2.1. Justificação

A autonomia da vontade apareceu em primeiro lugar na área dos contratos, o Instituto do Direito Internacional na Resolução de 1908, concedeu a autonomia apenas para os efeitos do contrato, a autonomia da vontade estava assim circunscrita à esfera

³⁹ Segundo A. Ferrer Correia, a harmonia material exprime “a ideia da unidade do sistema jurídico, a ideia de que no seio do ordenamento jurídico as contradições ou *antinomias normativas* são intoleráveis.”, Cf. A. Ferrer Correia, “Lições de Direito Internacional Privado...”, cit. , p.35.

⁴⁰ *Ibidem*, p.33.

⁴¹ Cf. Preâmbulo da Resolução do Instituto do direito internacional sobre “La dualité des principes de nationalité et de domicile endroit international prive”, Sessão do Cairo, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1987 (<http://www.idi-iil.org>).

⁴² Vide Pierre Gannagé, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, in *Revue critique du droit international privé* t.81, 1992, p.425-453.

contratual; após alguns anos, conheceu uma grande evolução com a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, de 19 de Junho de 1980; mais tarde, durante a sessão de Basileia, em 1991, adotou-se a resolução sobre “L’*autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*”⁴³, que reconhece a autonomia da vontade como um dos princípios fundamentais do direito internacional privado. No preâmbulo da resolução adoptada, constatamos que o fundamento da autonomia é a “*liberté individuelle par plusieurs conventions et par diverses résolutions des Nations Unies*”⁴⁴, logo como explicou o autor ERIK JAYME através do Artigo 29, parágrafo 1, da Declaração universal dos direitos humanos de 10 de Dezembro de 1948⁴⁵, trata-se de uma liberdade limitada, daí que trata-se como já referimos de uma autonomia da vontade que não é absoluta, e que é circunscrita “*dans leurs affaires personnelles et commerciales*”⁴⁶.

Se tradicionalmente o princípio da autonomia era limitado ao domínio contratual, e o direito da família era considerado como “*forteresse de l’ordre public, où la liberté individuelle ne pouvait pratiquement jouer aucun rôle*”⁴⁷, mas paulatinamente introduz-se no direito da família, e com toda legitimidade, como explica ERIK JAYME, não se tratando apenas de uma questão económica (“*affaires commerciales*”), mas igualmente de questões pessoais (“*affaires personnelles*”).

A autonomia da vontade introduziu-se no Direito da família de uma forma progressiva, tendo sido através dos textos internacionais sobre os direitos do homem que se tomou consciência que a autonomia da vontade, enquanto expressão da liberdade do homem, também tinha um papel significativo no direito da família.

De facto, o princípio da autonomia da vontade no âmbito do Direito da família justifica-se através do individualismo. Se o Direito da família, enquanto matéria do

⁴³ Cf. *Annuaire de l’Institut de droit international* (<http://www.idi-iil.org>). Para uma análise da Resolução de Basileia, Vide Alfred E. von Overbeck, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, p.624-627.

⁴⁴ Cf. Preâmbulo da Resolução do Instituto do direito internacional sobre “L’*autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*”, Sessão de Basileia, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1991 (<http://www.idi-iil.org>).

⁴⁵ No qual se pode ler: “O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”

⁴⁶ Erik Jayme, “Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne - Cours général de droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye t. 251*, 1995, p.147.

⁴⁷ Cf. Erik Jayme, “Identité culturelle et intégration...”, cit. , p.149.

estatuto pessoal, tem uma ligação directa com a esfera privada do indivíduo, parece natural que ele se possa autodeterminar escolhendo a lei aplicável. A escolha do indivíduo tem uma repercussão directa na sua esfera privada, tendo em conta que não afecta o bem ou interesse comum, não aniquila o Estado. Efetivamente, está aqui em questão uma “liberté inoffensive”⁴⁸, segundo PASQUALE STANISLAO MANCINI, ou seja, uma liberdade gozada na medida que respeita os direitos e as liberdades de outrem, e como se trata de uma esfera privada o Estado não tem interesse a promover este tipo de relações⁴⁹. Neste sentido, já o autor MOURA RAMOS explicava “O poder assim garantido aos sujeitos privados arranca em certa medida da ideia de que a ordem jurídica deve tutelar a liberdade destes, e as suas manifestações, apenas intervindo onde quando a utilização dessa liberdade possa degenerar em abuso, contrariando a liberdade dos demais.”⁵⁰.

Ora, a justificação do papel da autonomia da vontade no âmbito do direito internacional privado da família ganha ainda mais relevo quando relacionamos esta esfera privada com os fluxos migratórios (de onde derivam as relações privadas internacionais), na medida em que a identidade das pessoas se modifica⁵¹. Os emigrantes, e principalmente os filhos dos emigrantes, ao viverem durante um certo período de tempo no país de acolhimento, apropriam-se da cultura do país de acolhimento. Como explica o autor JEAN-YVES CARLIER, “la famille unitaire paraît une fiction”⁵², dando ainda o exemplo dos jovens muçulmanos que, ao viverem na Bélgica, se encontram num contexto em que religião se confronta com a laicização do mundo ocidental. Face a uma identidade e a uma certa imagem da família, que não permite criar um estatuto familiar único, a vontade das partes pode tornar as soluções mais efectivas, uma vez que a escolha vai ser tomada em concordância com os

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ “L’action du pouvoir social s’arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers. En conséquence, l’autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s’exerce cette liberté inoffensive”, Cf. Pasquale Stanislao Mancini, “De l’utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles”, in *Journal du droit international*, 1874, p. 221 ss., p.292.

⁵⁰ Cf. Rui Manuel Moura Ramos, “Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional”, Coimbra: Almedina, 1990, p. 458-459.

⁵¹ “Si certains de leurs membres ont pu assimiler la mentalité et les modes de vie du pays d’accueil, d’autres demeurent attachés à leur milieu d’origine et restent fidèles dans le pays de leur résidence à leurs statuts traditionnels. ”, cf. Pierre Gannagé, “La pénétration de l’autonomie...”, cit. , p.426.

⁵² Cf. Jean-Yves Carlier, “Autonomie...”cit. , p240.

interesses das parte e a imagem que eles têm da família⁵³. Além disso, ao permitir uma opção de uma determinada jurisdição, respeita o princípio da igualdade. CARLIER dá um exemplo da comunidade muçulmana, no sentido em que uma mulher muçulmana que reside há vários anos na Bélgica deveria ter os mesmos direitos do que uma mulher com nacionalidade belga, sendo que a lei da nacionalidade da própria lhe seria (obviamente) mais desfavorável.

No contexto multicultural em que nos encontramos hoje, exige-se uma resposta mais flexível preservando a previsibilidade jurídica que se adequa aos interesses das partes, e, com a construção da União Europeia, a autonomia das partes permite criar um espaço jurídico funcional e harmonioso, com respeito pelo direito à privacidade e à vida familiar⁵⁴. É por causa deste direito que a autonomia da vontade se estende igualmente ao âmbito do direito da família⁵⁵. Numa sociedade multicultural, onde é impossível saber que visão da família têm os cidadãos de um determinado Estado, este mecanismo torna-se mais seguro juridicamente, estabelecendo uma coesão no regime jurídico familiar.

Concluimos nas palavras de ASCENSÃO SILVA: “corresponderia a consagração do princípio da autonomia em matéria de direito da família a uma necessidade, face às características sociológicas e demográficas da vida internacional contemporânea”⁵⁶.

2.2 Manifestações da autonomia da vontade no direito internacional privado da família

Através da *professio iuris* do direito dos Estados da África negra, podemos constatar como a autonomia da vontade das partes atua e resolve situações de conflito de leis. A *professio iuris* apresenta-se como uma opção de direito entre duas ou várias

⁵³ Vide *Ibidem.*, p.233-243.

⁵⁴ “Moreover party autonomy is said to provide the necessary dose of flexibility in a multicultural society, facilitating integration”, cf. Toni Marzal Yetano, “The constitutionalisation of party autonomy in european family law”, in *Journal of Private International Law* vol.6 n. °1, 2010, p.185.

⁵⁵ Vide, Alfred E. von Overbeck, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, p.619-636.

⁵⁶ Cf. Nuno Ascensão Silva, “A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos”, Coimbra Editora, 2000, p.206.

leis que são propostas dentro dos elementos de conexão, que permite efetuar uma opção entre o direito moderno influenciado pelos ocidentais, e o direito consuetudinário que está ainda bastante enraizado⁵⁷. Exemplificamos com o Senegal, em que o marido no casamento, pode escolher entre a modalidade monogâmica ou poligâmica (segundo o Artigo 133 do Código da família do Senegal⁵⁸). Desta forma, conciliam-se duas políticas legislativas, que correspondem a duas ideias diferentes sobre o estatuto familiar.

Por outro lado, nas legislações ocidentais, a autonomia da vontade tem-se claramente manifestado. Podemos aqui destacar três principais manifestações, relativas a três Estados, no âmbito da dissolução do casamento⁵⁹.

Em primeiro lugar, referimos o caso holandês, em que, com a lei holandesa de 25 de Março de 1981, as partes podem, no divórcio, afastar a lei aplicável para aplicarem a lei holandesa a título de *lex fori*, quando se trate de casais estrangeiros com a nacionalidade comum, e que tenham perdido o “*lien social effectif*”⁶⁰ com o país de origem. Esta autonomia concedida justifica-se pelo facto de permitir obter uma aplicação eficiente da lei, uma vez que o juiz aplica de forma mais eficaz quando se trata da sua própria lei; contudo, há igualmente aqui a preocupação de aplicar uma lei que esteja em concordância com o centro de vida das partes, e é por esta razão que a autonomia se aplica apenas quando há a tal perda da ligação social (“*lien social effectif*”) com o país de origem.

No Artigo 14 do Código alemão (lei de 25 de Julho de 1986) pode retirar-se que, em algumas situações, as partes podem escolher a lei aplicável (para regular os efeitos pessoais do casamento) por ser aquela com a qual os cônjuges têm ligações mais estreitas, no caso de não terem nem nacionalidade em comum nem residência habitual em comum. Porém, trata-se de uma autonomia que permanece limitada aos cônjuges de

⁵⁷ Na época colonial, a técnica da *professio iuris* era uma forma de renúncia do direito consuetudinário pelos aborígenes, Vide Pierre Gannagé, “La pénétration de l’autonomie...”, cit., p.432 e seguintes.

⁵⁸ “Le mariage peut être conclu: soit sous le régime de la polygamie, auquel cas l’homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses; soit sous le régime de la limitation de polygamie; soit sous le régime de la monogamie. Faute par l’homme de souscrire l’une des options prévues à l’article 134, le mariage est placé sous le régime de la polygamie.” (<http://www.justice.gouv.sn/droitp/CODE%20FAMILLE.PDF>)

⁵⁹ Vide Pierre Gannagé, “La pénétration de l’autonomie...”, cit. , p.444-450.

⁶⁰ *Ibidem*, p.445.

nacionalidades diferentes e, cumpre salientar, a escolha apenas poderá ser feita entre as leis das nacionalidades dos cônjuges.

Na lei espanhola de 15 de Outubro de 1990, a autonomia da vontade foi levada a outro patamar, tendo um papel mais preponderante. De facto, os efeitos do casamento estão submetidos, em primeiro lugar, à lei da nacionalidade comum dos cônjuges, mas, faltando esta, a autonomia da vontade das partes entra em ação, podendo aqueles escolher entre a lei nacional ou a lei da residência habitual de um deles - apenas no silêncio desta vontade a lei da residência habitual comum é aplicada⁶¹. Esta lei vem resolver os conflitos que possam surgir quer a nível internacional, mas igualmente a nível interno, uma vez que Espanha tem comunidades autónomas espanholas. Constatamos que se trata aqui de uma autonomia já mais alargada, com um leque de leis possíveis mais amplo. No entanto, e apesar desta grande evolução, é importante notar que o papel da autonomia permanece discreto, aplicando-se a título subsidiário (de facto, a autonomia da vontade é exercida quando não existe nacionalidade comum), mas não podemos ignorar a forma como este princípio resolve situações peculiares e complicadas, através da sua flexibilidade e mantendo uma certa previsibilidade.

3. O princípio da proximidade e o leque das leis possíveis

O princípio da autonomia da vontade está ligado ao princípio da proximidade, a fim de respeitar as exigências de proximidade e de justiça, a escolha deve ser restringida a um leque de leis aplicáveis que ostentam uma ligação mais estreita com o caso *subjudice*. Já na autonomia no âmbito contratual, podemos constatar que “restringir o campo de *electio iuris*, prevenindo a hipótese de os contraentes darem provas de um excesso de imaginação na sua escolha.”⁶². É importante, assim, reconhecer esta

⁶¹ Cf. Artigo 9.º, n.º2 do Código Civil espanhol, “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.” (http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/cc_0107.htm#CAP%C3%8DTULO%20PRIMERO.%20Fuentes%20del%20derecho).

⁶² Cf. Rui Manuel Moura Ramos, “Da lei aplicável ao contrato...”, cit., p. 474-475.

ligação⁶³, sendo que podemos encontrá-la nas manifestações da autonomia da vontade que estudamos anteriormente, de facto, o leque de leis que podem ser escolhidas pelas partes é limitado, porque a autonomia da vontade insere-se no princípio da proximidade.

Fazendo uso da metáfora da bússola de JEAN-YVES CARLIER, a agulha que indica o norte dentro dos vários pontos cardeais, indica a ordem jurídica cuja lei é aplicável, e o íman da bússola representa a vontade do indivíduo que tem o poder de desviar a trajetória da agulha; o íman é somente um intermediário, isto é, dá-nos uma direção mas não é ele mesmo que designa esta direção. De acordo com o princípio da autonomia da vontade, uma escolha pode ser feita, mas é uma escolha limitada feita dentro de um leque de leis aplicáveis, logo é o princípio da proximidade que serve de limite à autonomia da vontade das partes. Nas palavras de PAUL LAGARDE, “Le principe d’autonomie, seul, échappe à ces reproches, mais c’est parce que, le plus souvent, il est le complément rationnel du principe de proximité”⁶⁴. Ora, é precisamente esta ideia de “complemento racional” que devemos reter.

Nas leis mais “próximas” que poderão ser submetidas a uma escolha das partes, encontramos a lei nacional e a lei da residência habitual, ambas leis aplicáveis no âmbito do estatuto pessoal. De facto a Resolução “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”⁶⁵, deu especial relevância à aplicabilidade destas duas leis no âmbito do estatuto pessoal.

Quanto à lei do foro, é relevante questionar se ela tem legitimidade para integrar o leque das leis possíveis. De facto, a lei do foro pode ser distinta da lei nacional ou da lei da residência habitual, o que parece afastar o princípio da proximidade. Não obstante, a aplicação da lei do foro só se torna nefasta quando é aplicada exclusivamente ou a título principal, e até porque as partes podem ter um sentimento de pertença em relação a determinado Estado independentemente de ser a lei nacional ou a lei da residência habitual. Com efeito, quando é apresentada a *lex fori* a título subsidiário (dando prioridade à lei nacional e à lei da residência habitual, sendo que uma vez que as partes não procedem à escolha, aplicar-se-ia a lei do foro

⁶³ Vide Paul Lagarde, “Cours général de droit international privé”, in Recueil des Cours t.196, 1986, p61 e seguintes.

⁶⁴ Cf. *Ibidem*, p.64.

⁶⁵ Resolução do Instituto do direito internacional sobre “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, Sessão do Cairo, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 1987 (<http://www.idi-iil.org>).

subsidiariamente), alarga-se o domínio da escolha, um alargamento que, segundo o autor JEAN-YVES CARLIER está perfeitamente em concordância com a autonomia da vontade⁶⁶.

Na autonomia da vontade no âmbito do estatuto pessoal podemos reparar que a escolha é limitada oferecendo uma opção entre a lei nacional e a lei da residência habitual⁶⁷, o que salienta o carácter complementar da proximidade que limita a autonomia. Assim, “Le choix, qui n’est pas absolu mais limité aux deux lois qui présentent nécessairement un lien avec la situation, doit constituer une présomption irréfragable de proximité, sous réserve des limites extérieures, dont les dispositions impératives d’un ordre juridique présentant des liens manifestement plus étroits avec la situation”⁶⁸.

4. A autonomia da vontade e os seus limites

Quando a autonomia da vontade é limitada quanto à própria escolha que é feita pelas partes trata-se de um limite inerente ao princípio da autonomia da vontade; contudo, podemos encontrar, outros limites externos ao princípio da autonomia. É olhando para o princípio da proximidade e da justiça que descobrimos quais são estes limites externos. Analisaremos os três principais limites: o papel das leis imperativas, a exceção da ordem pública, e a fraude à lei.

4.1. As leis imperativas

Como o princípio da autonomia oferece uma escolha limitada, é necessário averiguar as leis imperativas existentes, nomeadamente das leis que não foram designadas e as da *lex fori*, de facto as “leis imperativas constituem uma das condições

⁶⁶Vide Jean-Yves Carlier, “Autonomie...”, cit. , p.265.

⁶⁷Cabe aqui referir o debate entre a lei nacional e a lei da residência habitual em matéria de estatuto pessoal, sendo que a lei da residência habitual torna-se mais eficaz devido aos fluxos migratórios e que a lei nacional perde cada vez mais importância. Através da autonomia ao oferecer uma escolha entre as duas leis permite um certo equilíbrio.

⁶⁸ Cf. Jean-Yves Carlier, “Autonomie...”, cit. , p.266.

de existência da sociedade que as dita”⁶⁹. Além disso, devemos lembrar que existem bastantes leis imperativas no âmbito do estatuto pessoal, o que pode originar um conflito entre a lei escolhida e outras leis. Quando fala-se de normas imperativas não podemos deixar de referir, as normas de aplicação necessária e imediata, que são normas de aplicação imperativa que afasta as regras de conflito e as leis que estas designam como competentes. Segundo FRANCESKAKIS, são normas “cuja observação é necessária para a salvaguarda da organização política, social ou económica do país”⁷⁰.

Em caso de conflito entre as normas imperativas da lei escolhida e as leis imperativas da lei do foro ou das leis que não foram designadas, deverá dar-se prioridade às normas imperativas da lei que foi escolhida pelas partes⁷¹. Efetivamente, ao escolher a lei, as partes têm que se sujeitar à lei determinada, é esta a ratio desta prioridade que dá-se as normas imperativas da lei escolhida.

4.2. A exceção da ordem pública

A ordem pública internacional pode afastar a aplicabilidade de uma lei estrangeira. Com efeito, “o juiz precisa de ter à sua disposição um meio que lhe permita precluir a aplicação de uma norma de direito estrangeiro, quando dessa aplicação resulte uma intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna ou uma contradição flagrante com os princípios fundamentais que informam a sua ordem jurídica.”⁷², existe portanto este efeito excludente ao excluir a aplicação de uma norma jurídica estrangeira.

Note-se, será importante reter, que só quando a situação concreta em apreço apresente uma estreita ligação “suficientemente” estreita com a lei do foro se poderá fazer funcionar a exceção da ordem pública.

A acrescer, a exceção da ordem pública aplica-se aos casos onde existe incompatibilidade manifesta, daí que esta figura goza de um carácter excecional. Assim,

⁶⁹ Cf. Rui Manuel Moura Ramos, “Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional”, Coimbra: Almedina, 1990, p.432.

⁷⁰ Cf. Luís de Lima Pinheiro, “Direito Internacional Privado”, volume I, Almedina, 2012, p.194.

⁷¹ Vide Jean-Yves Carlier, “Autonomie...”, cit., p.270.

⁷² Cf. J. Baptista Machado, “Lições de Direito Internacional Privado”, Coimbra: Almedina, 2006, p.256.

e a propósito do campo de atuação da ordem pública, explica o autor FERRER CORREIA que “Do que se trata não é propriamente de ajuizar da “justiça” da lei estrangeira (da sua conformidade com a justiça da *lex fori*), mas da compatibilidade com as conceções ético-jurídicas fundamentais da *lex fori* da situação que adviria da aplicação da lei estrangeira aos factos da causa.”⁷³.

4.3. Fraude à lei

“A fraude à lei consiste em alguém iludir a competência da lei de aplicação normal, a fim de afastar um preceito de direito material dessa lei (preceito rigorosamente imperativo), substituindo-lhe outra lei onde tal preceito, que não convém às partes ou a uma delas, não existe.”⁷⁴. O meio fraudulento empregue passa pela manipulação dos fatores de conexão, logo a norma de conflito desempenha um papel instrumental⁷⁵. De facto, há uma manipulação das conexões relevantes, de forma a escapar à aplicação de um preceito que as partes não desejam.

No âmbito da autonomia da vontade no estatuto pessoal, esta fraude à lei torna-se relevante, em relação à conexão da nacionalidade e da residência habitual, pois as partes, através de uma intenção fraudulenta, poderiam alterar a nacionalidade ou a residência, com vista a evitar a aplicação de determinado preceito. Sendo que o princípio da autonomia limita a escolha oferecendo duas leis, o campo de aplicação da fraude é reduzido e, naturalmente, o risco de dar lugar a uma fraude à lei é menor.

Além disso, nesta sociedade multicultural inserida na União Europeia, torna-se muito fácil alterar a residência, de facto em nome da liberdade da circulação das pessoas⁷⁶, é portanto natural querer circular livremente dentro do espaço europeu, como então provar a intenção fraudulenta através da manipulação do elemento de conexão.

⁷³ Cf. A. Ferrer Correia, “Lições de Direito Internacional Privado...”, cit., p.412.

⁷⁴ *Idem*, p.421.

⁷⁵ Vide J. Baptista Machado, “Lições de Direito...”, cit., p.273 – 286.

⁷⁶ Cf. Artigo 3.º, n.º2 do Tratado da União Europeia: “A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”.

Desta forma, constatamos que torna-se complicado invocar a fraude à lei, na medida em que ela choca com o princípio da livre circulação das pessoas.

Não obstante, não se poderá deixar de considerar a fraude à lei como um limite da autonomia da vontade.

III A viabilidade do Regulamento Roma III na sociedade multicultural

Perante o exposto, surge a necessidade de criar um quadro jurídico que resolva os problemas inerentes aos divórcios de casais “internacionais”, os quais são cada vez mais numerosos devido às crescentes migrações a que assistimos. Como já pudemos estudar precedentemente, o Regulamento (CE) n.º2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003 (“Bruxelas II bis”) não propõe regras quanto à lei aplicável em matéria de divórcio, o que se traduz numa tarefa árdua tendo em conta a diversidade de regulamentações nos vários Estados-Membros.

A União Europeia tentou regular esta matéria através da proposta do Regulamento do Conselho de 17 de Julho de 2006, mas rapidamente se confrontou com um dilema - o veto da Suécia e as fortes objeções dos países do *common law* (que valorizam a competência da *lex fori*). É por esta razão que, pela primeira vez, se recorreu ao procedimento da cooperação reforçada, que permite uma cooperação mais próxima entre os Estados-Membros (respeitando o ritmo de cada um), ao tornar um ato jurídico europeu aplicável apenas para os Estados-Membros envolvidos; o procedimento foi instaurado pelo Tratado de Amsterdão, e é hoje previsto no Artigo 20.º do Tratado da União Europeia⁷⁷. Foi através desta iniciativa⁷⁸ (de Espanha, França, Itália, Áustria, Grécia, Hungria, Luxemburgo, Roménia e Eslovénia) que a União Europeia admitiu, em Maio 2008, lançar mão da cooperação reforçada em matéria de divórcio, o que viria a culminar na adoção do Regulamento (CE) n.º1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro de 2010, mais conhecido por Roma III, entre Bélgica, Bulgária, Alemanha, Espanha, França, Itália, Letónia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Áustria, Portugal, Roménia e Eslovénia.

⁷⁷ “Os Estados-Membros que desejem instituir entre si uma cooperação reforçada no âmbito das competências não exclusivas da União podem recorrer às instituições desta e exercer essas competências aplicando as disposições pertinentes dos Tratados, dentro dos limites e segundo as regras previstas no presente artigo e nos artigos 326.o a 334.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. As cooperações reforçadas visam favorecer a realização dos objectivos da União, preservar os seus interesses e reforçar o seu processo de integração. Estão abertas, a qualquer momento, a todos os Estados-Membros, nos termos do artigo 328.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.”, Artigo 20.º n.º1 do Tratado da União Europeia.

⁷⁸ A fim de desencadear o procedimento de cooperação reforçada, convém igualmente lembrar que é necessário que haja iniciativa de pelo menos nove Estados-Membros (Artigo 329.º do TFUE).

O Regulamento oferece às partes a possibilidade de escolher a lei aplicável para regular o divórcio, através de vários elementos de conexão previstos; mas, de facto, a mais importante inovação foi a consagração da autonomia da vontade.

1. Fundamento e objetivos

Em primeiro lugar, importa referir que o Regulamento Roma III se insere na ótica da comunitarização do direito internacional privado, para criar um “espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros” (Artigo 67.º n.º1 do Tratado da União Europeia), que consiste em “tornar mais simples a vida dos cidadãos, sobretudo nas situações que afetam o seu dia-a-dia, tais como o divórcio”⁷⁹. Porém, sendo certo que as instituições comunitárias ganham competência para estabelecer normas de DIP, como veremos em momento posterior, poderá pensar-se que, em vista desta competência, paulatinamente se retira a possibilidade, aos EM, de criar normas de DIP. Em favor desta comunitarização, alguma doutrina explica que “la comunitarización del Derecho internacional privado es tanto una exigência tanto de la integración europea, como una necesidad de los mismos ciudadanos de la Unión Europea”⁸⁰.

O Regulamento fundamenta-se neste espaço de justiça, para responder aos problemas que expusemos anteriormente, ao criar um quadro jurídico uniforme ao nível comunitário, o que favorecendo a livre circulação das decisões judiciais em matéria de divórcio. A unificação das normas de conflito contribui, assim, para o “bom funcionamento do mercado interno”⁸¹. Acrescentamos o papel importante do princípio da subsidiariedade, de facto a União Europeia intervém através do Regulamento para cumprir de forma mais eficaz o objetivo de “bom funcionamento do mercado interno” quanto à matéria de divórcio, sendo que os Estados-Membros dificilmente conseguiam alcançar este objetivo.

⁷⁹ Cf. “Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, documento COM (2005) 82 final, Bruxelas, 14 de Março de 2005, p.2.

⁸⁰ Cf. Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume I, Março 2009, p. 43.

⁸¹ Cf. Artigo 81.º, n.º2 do Tratado da União Europeia.

O preâmbulo de Roma III expõe claramente os objetivos do Regulamento. Assim, “garantir aos cidadãos soluções adequadas em termos de segurança jurídica, previsibilidade e flexibilidade, bem como impedir situações em que um cônjuge pede o divórcio antes do outro para que o processo seja regido por uma lei específica, que considera mais favorável à salvaguarda dos seus interesses” (ponto 9 do preâmbulo).

Ora, retomando o dito em linhas precedentes, os grandes problemas decorrentes do divórcio “internacional” derivam, então, essencialmente, da insegurança jurídica, nomeadamente devido aos fenómenos do *forum shopping* e da “corrida aos tribunais”. Pois bem, a uniformização das normas de conflito permite estabelecer uma maior segurança e previsibilidade jurídicas, respeitando as expectativas legítimas dos cidadãos. O *forum shopping* fica mais controlado, sendo que já não se trata de escolher a lei substantiva que irá regular o caso⁸², mas sim de escolher uma jurisdição que é competente devido a determinados elementos de conexão. Quanto à “corrida aos tribunais”, com a uniformização das regras de conflito, os elementos de conexão são os mesmos em todos os Estados-Membros, não existindo mais, conseqüentemente, a necessidade de uma “corrida” para um tribunal. Utilizando as palavras de HELENA ISABEL DIAS BOLIEIRO, 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 fator de estabilidade e de segurança jurídica para os cidadãos, a quem a administração da justiça deve servir.”⁸³.

Mas o que cumprirá verdadeiramente acentuar, como indicado em linhas precedentes, é o facto de os objetivos de Roma III se terem pretendido lograr através do recurso ao princípio da autonomia da vontade, que, como se viu, está cada vez mais presente no direito internacional privado da família. E quando lemos o Livro Verde, entendemos rapidamente que a autonomia da vontade se fundamenta na necessidade de estabelecer uma maior segurança jurídica. Por outro lado, explica GWENDOLINE

⁸² Relembramos que o *forum shopping* resume-se pela “tendência das pessoas para se dirigirem àquela jurisdição nacional, de entre as que se julguem competentes para conhecer do caso, cuja decisão se lhes antolha mais favorável». Cf. António Ferrer Correia, “Direito Internacional Privado - Alguns problemas”, Coimbra, 1985 (separata dos volumes LI, LII, LIII, LIV do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), p.112, nota 5.

⁸³ Cf. Helena Isabel Dias Bolieiro, parecer sobre o “Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, remetido ao Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, por despacho do Exmº Vice-Presidente de 28/9/2005, p.9.

LARDEUX que o divórcio pertence à matéria dos direitos disponíveis quanto às suas consequências – embora, claro, quando se trate das causas os direitos em questão serão incontestavelmente direitos indisponíveis -, e, portanto, os cônjuges deverão poder regular diretamente o divórcio (ao nível das consequências), tornando o casamento num contrato – e parecendo, assim, mais do que natural incluir o princípio da autonomia no divórcio⁸⁴.

A fim de averiguar se a autonomia constitui um instrumento eficaz para estabelecer um “espaço de liberdade, segurança e justiça, assente no respeito pelos direitos fundamentais e pelos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros” (Artigo 67.º n.º1 do Tratado da União Europeia), cumprirá dissecar o Regulamento relativamente ao seu funcionamento.

2. Como funciona Roma III?

2.1 Âmbito de aplicação

Relativamente ao âmbito de aplicação material do Regulamento, constatamos que Roma III é aplicável às “situações que envolvem um conflito de leis, ao divórcio e à separação judicial”⁸⁵. Deverá verificar-se, por conseguinte, um carácter internacional, deixando de lado os conflitos de leis internos (como se pode ler no artigo 16.º do Regulamento). A acrescentar, importa salientar que Roma III é apenas aplicável à dissolução ou suspensão do vínculo matrimonial⁸⁶, regulando-se apenas a desunião, isto é a quebra deste vínculo, mas não os efeitos do divórcio (considerando 10 do preâmbulo de Roma III). A norma designada através de Roma III, regula, então, questões como: a admissibilidade do divórcio ou da separação judicial, efeitos da reconciliação sobre o

⁸⁴ Vide Gwendoline Lardeux, “Actualités du droit international prive de la famille”, in Actes du Colloque organisé par le centre Pierre Kayser (Aix n Provence, 21 Décembre 2007), dirigido por Anne Leborgne e Isabelle Brousse, edição Presses universitaires d’Aix-Marseille: 2009, p.112 – 115.

⁸⁵ Cf. Artigo 1.º, n.1 do Regulamento (UE) n.º1259/2010 do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010 (Roma III)

⁸⁶ Podemos observar que Roma III não se aplica à anulação do casamento (matéria que Bruxelas II bis tratava), uma vez que está em questão uma escolha das partes, e as partes dificilmente iriam escolher a lei aplicável à validade do casamento.

divórcio, regime do divórcio ou da separação em caso de desacordo, etc. ...⁸⁷ Por outro lado, como se lê no artigo 1.º, n.º2, certas matérias encontram-se expressamente excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento, a saber: a capacidade jurídica de pessoas singulares; a existência, validade ou reconhecimento de um casamento (alínea b); a anulação de um casamento (alínea c); o nome dos cônjuges (alínea d); os efeitos patrimoniais do casamento⁸⁸ (alínea d); a responsabilidade parental⁸⁹ (alínea f); ad obrigações alimentares⁹⁰ (alínea g); e os *trusts* ou sucessões (alínea h). Ora, é possível deduzir que, quando estejam em causa (estas) matérias, que Roma III exclui do seu âmbito de aplicação, dever-se-á olhar para as regras de conflito dos Estados-Membros. Por fim, a propósito do âmbito de aplicação, seria pertinente questionar se o elenco das matérias excluídas é taxativo ou meramente indicativo. Realmente, ao ler o considerando 10 parágrafo 3 do Regulamento, poder-se-ia perguntar se não se tratará de um elenco meramente indicativo - como poderá, aliás, sugerir a expressão: “ou outras eventuais medidas acessórias”.

No relativo ao campo de aplicação territorial, devemos prestar especial atenção à cooperação reforçada que foi desencadeada pela União Europeia. Efetivamente, Roma III é aplicável somente aos Estados-Membros que participam nesta cooperação reforçada. Atualmente, os Estados-Membros participantes são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Espanha, França, Hungria, Itália, Luxemburgo, Malta, Portugal, Roménia, Letónia, Eslovénia, e Lituânia (é o décimo quinto e último Estado-Membro a ter aderido à cooperação reforçada em Novembro de 2012).

Por outro lado, convém saber o que acontecerá às convenções bilaterais em matéria de divórcio. O Artigo 19.º do Regulamento prevê duas exceções ao princípio da primazia das convenções internacionais estabelecidas entre os Estados-Membros. Assim, Roma III prevalece sobre as convenções quando exista uma violação das obrigações dos Estados-Membros participantes segundo o artigo 351.º do Tratamento

⁸⁷ Vide Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio...”, cit., p.64.

⁸⁸ Os efeitos do divórcio ou da separação sobre o património são regulados através do artigo 52.º e 53.º do Código Civil, Vide Luís de Lima Pinheiro, “Direito Internacional Privado”, volume III, Almedina, 2012, p.301- 302.

⁸⁹ Aplicam-se a Convenção da Haia Relativa à Competência das Autoridades, a Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, e o Artigo 57.º do Código Civil, no que diz respeito ao poder paternal sobre os filhos do casal; Vide Luís de Lima Pinheiro, “Direito Internacional...”, cit., p.301- 302.

⁹⁰ Quanto à obrigação de alimentos, deveremos remeter-nos à Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (1973), Vide Luís de Lima Pinheiro, “Direito Internacional...”, cit., p.301- 302.

sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); e, por outro lado, e logicamente, o Regulamento prevalece sobre as convenções que foram celebradas exclusivamente entre os Estados-Membros participantes.

Para concluir, e agora quanto ao âmbito de aplicação temporal, cumpre referir que o Regulamento se tornou aplicável a partir do dia 21 de Junho de 2012, aplicando-se, portanto, aos processos instaurados a partir da data referida⁹¹. Não obstante, note-se que do artigo 18.º, n.º2 se retira que o Regulamento poderá ser aplicável caso a celebração de um acordo de escolha da lei aplicável haja sido celebrado antes de dia 21 de Junho de 2012, se a ação for instaurada a partir desta data, e se respeitar o artigo 6.º e 7.º do Regulamento.

2.2. A escolha da lei aplicável

O princípio da autonomia da vontade presente no Regulamento não tem, porém, consagração em toda a sua amplitude, uma vez que a escolha em questão, a que se aludiu, se encontra limitada às leis elencadas no artigo 5.º, n.º1 - leis dos países com o qual têm especial conexão. Os cônjuges podem escolher e, assim, estabelecer por acordo a lei aplicável, entre as quais se poderá encontrar a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo (artigo 5.º, n.º1, alínea a), a lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges desde que um deles ainda aí resida no momento da celebração do acordo (artigo 5.º, n.º1, alínea b), a lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo (artigo 5.º, n.º1, c), e a lei do foro (artigo 5.º, n.º1, d).

Importa referir, ainda, que a escolha terá que ser válida substancialmente e formalmente nos termos do artigo 6.º e 7.º do Regulamento. De facto, a existência do acordo é determinada pela lei que seria aplicável se o acordo fosse válido nos termos do Regulamento (artigo 6.º, n.º1)⁹²; porém, o cônjuge que não tenha dado seu consentimento, poderá prová-lo invocando a lei do Estado em que tenha a sua residência

⁹¹ Vide Artigo 18.º, n.º1 de Roma III.

⁹² A prova da existência do acordo faz-se por exemplo em caso de perda do acordo.

habitual (artigo 6.º, n.º2)⁹³. Quanto à validade formal do acordo, é “reduzido a escrito, datado e assinado por ambos os cônjuges. Qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do acordo equivale à forma escrita”⁹⁴, e para redigir o acordo não será necessário fazer apelo a um profissional jurídico, uma vez que os cônjuges têm acesso a informações de qualidade e atualizadas sobre o assunto⁹⁵. No entanto, porque podem surgir algumas dificuldades, é por esta razão que o regulamento previu a possibilidade dos Estados-Membros participantes acrescentarem requisitos formais suplementares (Artigo 7.º, n.º 3 e 4).

O acordo que designa a lei aplicável escolhida pelas partes pode ser celebrado a “qualquer momento, o mais tardar à data da instauração do processo em tribunal”⁹⁶. Antes da celebração do casamento, a escolha pode ser introduzida no contrato de casamento, ou até antes da instauração da ação de divórcio⁹⁷. Por fim, não podemos deixar de referir o n.º3 do artigo 5.º, onde se lê que o acordo poderá ser celebrado (mesmo) durante o processo - “se a lei do foro assim o determinar, os cônjuges podem ainda designar a lei aplicável perante o tribunal durante o processo”.

2.3. Ausência de escolha

Na ausência de escolha por parte dos cônjuges, cumprirá atentar no que se encontra estabelecido no artigo 8.º de Roma III, que integra uma regra de conflito que ostenta uma escala de elementos de conexão, inspirado pelo princípio de proximidade. Visto que deve existir uma relação estreita entre os cônjuges e a lei em causa, os elementos de conexão estão hierarquizados consoante a ligação estreita que possa existir. Assim, na ausência de escolha (da lei aplicável), deverá aplicar-se a lei da residência habitual (Artigo 8.º, alínea a)) e, na falta desta, a da última residência

⁹³ O número 2 do artigo foi previsto em vista da proteção do consentimento das partes.

⁹⁴ Cf. Artigo 7.º, n.º1 do Regulamento Roma III.

⁹⁵ Vide considerando 17 do preâmbulo do Regulamento Roma III.

⁹⁶ Cf. Artigo 5.º, n.º2 de Roma III.

⁹⁷ Vide Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio...”, cit., p.57.

habitual dos cônjuges⁹⁸ (Artigo 8.º, alínea b). Ora, não sendo possível determinar nem a residência habitual nem a última residência habitual, dever-se-á recorrer à lei da nacionalidade (Artigo 8.º, alínea c). Em último caso, verificando-se a impossibilidade de mobilizar qualquer um dos critérios acabados de referir, será aplicável a lei do foro (Artigo 8.º, alínea d).

Ora, é possível constatar que, claramente, se deu prevalência ao critério da residência em detrimento do da nacionalidade. Contudo, como já referido anteriormente, ambos os critérios se apresentam como legítimos, e a autonomia da vontade permite, assim, às partes, escolher a lei aplicável consoante a ligação que tenham com o Estado. Pois bem, aquela prevalência constitui uma clara manifestação da europeização do direito internacional privado da família⁹⁹; e é incontestável que o critério da residência apresenta muitos aspetos positivos¹⁰⁰, “com as suas vantagens de assimilação, facilidade de conhecimento, simplicidade e promoção da coincidência entre o *forum* e o *ius* – afigura-se mais consentâneo com as hodiernas sociedades internacionalizadas e de massas”¹⁰¹. Efetivamente, a simplicidade deste critério é inequívoca, porquanto é na residência habitual que a pessoa tem o seu “centro efetivo e estável da vida pessoal”¹⁰², onde normalmente se situa o núcleo da família, os seus bens, os seu trabalho – em suma, o país da residência habitual é portanto um país que a pessoa conhece bem e no qual lhe será fácil instaurar uma ação. A acrescentar, cumpre lembrar que não é por ter a nacionalidade de um determinado país que uma determinada pessoa viveu no e/ou conhece o dito país. A lei da residência apresenta-se como uma lei neutra, que é comum aos cônjuges, e que oferece uma certa estabilidade jurídica. De resto, trata-se de um critério (critério da residência) que colhe o seu valor da própria

⁹⁸ É aplicável a lei da última residência, “desde que o período de residência não tenha terminado há mais de um ano antes da instauração do processo em tribunal, na medida em que um dos cônjuges ainda resida nesse Estado no momento da instauração do processo em tribunal”, *cf.* Artigo 8.º, alínea b.

⁹⁹ *Vide* Alain Devers e Michel Farge, “À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, *in La semaine juridique Edition Générale n.º 26*, edição LexisNexis, 25 de Junho 2012, p.12.

¹⁰⁰ *Vide* Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio...”, *cit.*, p.59 – 61.

¹⁰¹ *Cf.* Nuno Ascensão Silva, “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, Coimbra editora, 2006, p. 563.

¹⁰² *Cf.* Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, volume I, Almedina, 2005, p.352.

configuração das sociedades atuais, caracterizadas pela grande e crescente mobilidade cultural e “mobilidade intraeuropa”¹⁰³.

O critério da nacionalidade é, assim, relegado para segundo plano. Com efeito, Autores como CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, consideram-no um critério demasiado rígido, na medida em que associam a residência habitual a uma “nacionalidade sociológica”, que se opõe à “nacionalidade formal” – assim, “La nacionalidade formal “se ostenta”, pero la nacionalidade sociológica “se vive”¹⁰⁴.

Finalmente, refira-se a lei do foro que, situando-se em último lugar na escala conflitual, será mobilizada quando não se lograr determinar a residência habitual ou a última residência – não podendo, assim, aplicar os critérios correspondentes nos termos do Regulamento -, e quando os cônjuges não tiverem uma nacionalidade comum – isto é, quando não se determinou nem a “nacionalidade formal” nem a “nacionalidade sociológica”.

3. Um Regulamento eficiente através da sua autonomia?

Ao estudar as manifestações da autonomia da vontade no seio do direito internacional privado da família, apercebemo-nos que a autonomia se apresenta como um instrumento flexível, que progressivamente se tem vindo a introduzir na área da família. Ora, o Regulamento Roma III constitui, precisamente, prova desta introdução, consagrando uma verdadeira autonomia as partes. A regra da autonomia oferece indubitavelmente muitas vantagens (como por exemplo o respeito pelas legítimas expectativas das partes), desde que seja uma autonomia limitada nos termos que referimos anteriormente.

Mas bom, chegados a este ponto, para que se possa verdadeiramente, chegar ao cerne da questão, será importante explorar um pouco mais a forma como a autonomia

¹⁰³ Cf. Jean-Yves Carlier, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, in *Estatuto personal y multiculturalidade de la familia*, Alfonso-Luis Calvo Caravaca e José Luis- Iriarte Ángel, Madrid: colex, 2000, p.29.

¹⁰⁴ Cf. Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio...”, cit., p.62.

da vontade opera no âmbito do Regulamento, como contribui para a segurança jurídica e, por fim, se uniformiza a regulamentação do divórcio na UE.

3.1 Os problemas de Roma III no cumprimento do objetivo de segurança jurídica

Roma III pretende encontrar soluções para as disparidades de regulamentações em matéria de divórcio, a fim de estabelecer uma segurança jurídica; esta é a grande preocupação do Regulamento, utilizando principalmente a autonomia da vontade como instrumento para atingir esse objetivo.

3.1.A. A autonomia da vontade e a segurança jurídica

A autonomia da vontade no contexto de Roma III parece ser um excelente instrumento no combate contra a “corrida aos tribunais” e o *forum shopping*, e “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.”¹⁰⁵. A autonomia, assim descrita, permite aos cidadãos circular livremente dentro de espaço europeu, porque sabem que as suas legítimas expectativas irão ser respeitadas, podendo conhecer e escolher de entre as leis aplicáveis em caso de divórcio. Numa sociedade com uma forte mobilidade, o facto de os cônjuges poderem gozar desta autonomia permite reforçar a segurança e a previsibilidade jurídicas. Constatamos, por conseguinte, que a autonomia está ao serviço da universalização das regras de conflito, que por sua vez consegue criar uma harmonia jurídica internacional, e, desta forma, lograr a estabilidade jurídica¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cf. Helena Isabel Dias Bolieiro, parecer sobre o “Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, remetido ao Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, por despacho do Exmº Vice-Presidente de 28/9/2005, p. 13.

¹⁰⁶ Helena Isabel Dias Bolieiro explica esta ideia: “A harmonia jurídica internacional, que constitui um dos princípios estruturantes do direito internacional privado, é primacialmente conseguida através da

Ora, não obstante, um grande obstáculo se coloca em termos de segurança jurídica. É que se é verdade que a escolha da lei será plenamente eficaz no caso de as partes terem designado a lei de um Estado-Membro participante na cooperação reforçada, por outro lado bastará intentar a ação no tribunal de um Estado não participante para escapar à aplicação do Regulamento - prejudicando-se assim a segurança jurídica. Com efeito, devido ao carácter universal do Regulamento – “carácter universal, ou seja, deverá ser possível que as suas normas de conflitos de leis uniformes designem a lei de um Estado-Membro participante, a lei de um Estado-Membro não participante ou a lei de um Estado que não é membro da União Europeia.”¹⁰⁷-, os cônjuges podem escolher a lei de um Estado que não participa na cooperação reforçada, tal como a Irlanda ou Reino Unido. Por outro lado, cumpre lembrar que os países do *common law*, dão preferência à lei do foro. Assim, “The pragmatic argument of simplicity, as encompassing the idea that courts cannot possibly apply a foreign law properly, can also be countered as it proves too much and too little. There is some undeniable truth in the argument; a court will never apply a foreign law as well as its own.”¹⁰⁸ – ou seja, a melhor maneira de obter uma certa segurança jurídica, SERÁ aplicar a lei do foro, porque o juiz nunca poderá aplicar uma lei estrangeira tão bem como a sua própria lei.

Mas poder-se-á afirmar que a autonomia da vontade prejudica a segurança jurídica? Não, a resposta só pode ser negativa. A cooperação reforçada é que, verdadeiramente, se torna um obstáculo para a segurança jurídica visada pelo Regulamento, na medida em que a lei dos Estados-Membros não participantes pode ser designada pelas partes.

A acrescentar, não é demais lembrar que não se pode ter uma visão utópica da cooperação reforçada, pois “Obviously, there are no simple answers and miraculous solutions for the issue of managing diversity in Europe. Nonetheless, it is misleading and deceitful to insist on complete harmony and unity as the exclusively guiding

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.”, *Ibidem*, p.9

¹⁰⁷ Cf. Considerando 12 do Regulamento Roma III.

¹⁰⁸ Cf. Aude Fiorini, “Rome III – Choice of law in divorce: is the europeanization of family law going too far?”, in *International Journal of Law, Policy and the Family* vol. 22, Oxford University Press, 2008, p.189

principles of European integration.”¹⁰⁹. Assim, a conclusão será a de que, de facto, se a autonomia da vontade integrada no Regulamento só pode contribuir no sentido de oferecer uma maior segurança jurídica, solucionando os problemas de *forum shopping* e de “corrida aos tribunais”, não é possível, por outro lado, ignorar que a cooperação reforçada pode gerar alguma insegurança quando a lei de um Estado não participante é escolhida (no âmbito do Regulamento) pelas partes.

3.1.B. O problema da pluralidade de nacionalidades

A estabilidade jurídica pode ser especialmente prejudicada nos casos de pluralidade de nacionalidades. A nacionalidade constitui um fator de conexão muito relevante, é certo. Mas impõe-se, então, a questão: qual escolher (sobretudo) quando os cônjuges têm várias nacionalidades em comum? Várias soluções ou hipóteses de soluções poderão equacionar-se, sim, mas as respostas permanecem incertas... Deverá aplicar-se a nacionalidade que é comum? A nacionalidade comum mais efetiva, isto é, em que a ligação seja mais estreita? A nacionalidade do foro?

No considerando 22 do Regulamento pode ler-se que “Sempre que o presente Regulamento remeta para a nacionalidade enquanto fator de conexão para a aplicação da lei de um Estado, a questão do tratamento dos casos de múltipla nacionalidade é regulada pelo direito nacional, no pleno respeito pelos princípios gerais da União Europeia”. Pois bem, este considerando remete-nos, de certa forma, para a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que, assim, convém analisar. Ora, a solução clássica para este tipo de situações seria a de dar prevalência à nacionalidade do foro, solução que é, porém, posta em questão, porque as nacionalidades não são tratadas de forma igual - existe aquela ideia de restrição das nacionalidades¹¹⁰. Por outro lado, no acórdão *García Avello*¹¹¹, nota-se a afirmação

¹⁰⁹ Cf. Norberto Nuno Gomes de Andrade, “Enhanced cooperation: the ultimate challenge of managing diversity in Europe – New perspectives on the European integration process”, in *Intereconomics*, Springer Science + Business Media, 2005, p.215.

¹¹⁰ Vide Jürgen Basedow, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union Européenne”, in *Revue Critique du droit international privé*, Juillet - Septembre 2010, p.427 – 456.

¹¹¹ Acórdão do Tribunal de 2 de Outubro de 2003, processo C-148/02, Carlos García Avello contra Estado Belga. (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/). Estava em questão o nome de crianças que tinham a dupla

clara do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, ideia essa reforçada no artigo 18.º do TFUE. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considera, portanto, que em caso de pluralidade de nacionalidades, têm que se considerar as nacionalidades em coexistências umas com as outras, oferecendo um tratamento igual às pessoas¹¹².

Mas o acórdão mais recente relativo à matéria do divórcio é o acórdão *Hadadi*¹¹³, ao qual cumpre dedicar algumas linhas. Resumidamente, tratando-se de um casal que tinha dupla nacionalidade (francesa e húngara) e residência habitual em França, colocava-se a questão de saber se se podia dar prevalência à “nacionalidade mais efetiva”. A ideia era, então, fazer prevalecer a “nacionalidade mais efetiva”, isto é, supostamente a nacionalidade do Estado com o qual os cônjuges apresentassem ligações mais estreitas, sendo que a lei deste Estado seria a única aplicável a título de nacionalidade. Pois bem, o TJUE considerou esta ideia de “nacionalidade mais efetiva” pouco clara, sendo uma maneira de tratar de forma desigual as nacionalidades dos Estados em questão em vista da atribuição da competência. Consequentemente, concluiu-se que não se poderá afastar uma nacionalidade por se considerar que outra apresenta uma ligação mais estreita com o caso, até porque esta nacionalidade já é, em si, um fator de conexão legítimo – “la nationalité, même si non effective, est considérée comme un lien suffisant de proximité avec un État membre qui permet à cet état d’octroyer les droits réservés par celui-ci à ces ressortissants.”¹¹⁴.

Regressando à questão da segurança jurídica, e olhando para a jurisprudência do TJUE, constatamos que não há necessidade de nos interrogarmos sobre a qual das nacionalidades devemos dar prevalência (lei da nacionalidade do foro, lei da “nacionalidade mais efetiva”). A jurisprudência é clara: não se pode afastar uma nacionalidade (escolhendo uma nacionalidade que conduz a uma solução discriminatória ou escolhendo outra por se mais efetiva), mas deve-se olhar para todas as nacionalidades, respeitando, desta forma, o próprio indivíduo.

nacionalidade espanhola e belga, conclui-se que dar prioridade a uma das nacionalidades iria contra o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, tem que considerar-se a nacionalidade estrangeira.

¹¹² Vide Jürgen Basedow, “Le rattachement à la nationalité...”, cit., p.436 – 437.

¹¹³ Acórdão do Tribunal de 16 de Julho de 2009, processo C-168/08, Laszlo Hadadi (Hadady) contra Csilla Marta Mesko, esposa Hadadi (Hadady). (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

¹¹⁴ Cf. Jürgen Basedow, “Le rattachement à la nationalité...”, cit., p.442.

De facto, na primeira fase em que os cônjuges podem escolher que lei aplicar ao divórcio, eles podem escolher qualquer uma das nacionalidades¹¹⁵. Esta escolha enquadra-se perfeitamente na visão do princípio da autonomia da vontade, e, portanto, não podemos concluir, aqui, que a pluralidade de nacionalidades prejudique a segurança jurídica.

Por outro lado, quando não houve escolha e teve lugar a aplicação do artigo 8.º alínea c de Roma III, designa-se a lei da nacionalidade comum dos cônjuges. É neste patamar que sentimos algumas dificuldades que ficam por resolver, quando estamos em presença de uma pluralidade de nacionalidades em comum. Segundo a jurisprudência - olhando, nomeadamente, para o acórdão *Hadadi*, parece-me impensável dar preferência à nacionalidade comum mais efetiva¹¹⁶. Com efeito, o facto de o Regulamento não ter servido para iluminar devidamente o caminho a seguir em situações de pluralidade de nacionalidades, no âmbito do artigo 8.º, alínea c, poderá considerar-se uma falha de relevo no que diz respeito à prossecução do objetivo da segurança jurídica. Devem, portanto, equacionar-se algumas soluções, como por exemplo aplicar a alínea d) do artigo 8.º (o que, não obstante, não parece correto, uma vez que, de facto, existe nacionalidade em comum – aliás, é mesmo esse o problema: demasiadas nacionalidades), ou, então, dar-se a possibilidade, aos cônjuges, de designar, conjuntamente, qual é a nacionalidade comum para o efeito (de acordo com o artigo 8.º do Regulamento).

3.2. A autonomia no Regulamento Roma III

3.2.A. A autonomia da vontade e o controlo sobre a conceção da família

Vimos anteriormente que a necessidade de harmonizar as regras de conflito em matéria de divórcio surgiu devido à diversidade das regulamentações do divórcio. E é

¹¹⁵ Cf. Artigo 5.º, n.º1, alínea c de Roma III: “A lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo”

¹¹⁶ Apesar de tê-la qualificada como incerta, é uma das soluções que elencou Alain Devers e Michel “primer la nationalité commune la plus effective au motif qu’elle presente les liens les plus étroits avec la relation matrimoniale (...) les réponses sont incertaines”, cf. Alain Devers e Michel Farge, “À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, in *La semaine juridique Edition Générale n.º 26*, edição LexisNexis, 25 de Junho 2012, p.13.

por esta razão que a autonomia da vontade entrou, também, em palco, permitindo estabelecer uma certa coerência e uma coexistência dos diversos sistemas.

No entanto, importa insistir que cada Estado tem uma visão diferente da família e de todas as questões atinentes (podemos exemplificar com o debate dos casamentos entre duas pessoas do mesmo sexo - Portugal reconhece o casamento, porém, outros países não, como por exemplo Itália). O direito da família é, indubitavelmente, uma área em que a “sensibilidade”¹¹⁷ jurídica é mais elevada, tornando-se, assim, muito difícil regular esta matéria.

Ora, não podemos negar que existe, no âmbito do direito da família, uma certa ligação entre o direito substantivo e a regra de conflito de leis. Poder-se-á oferecer, até, o exemplo que HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON referiu, da lei alemã de 25 de Julho de 1986¹¹⁸: no divórcio, quando as regras de conflito designavam uma lei que não permitia à pessoa divorciar-se, a pessoa, tendo a nacionalidade alemã, podia fazer apelo ao artigo 17.º para aplicar a lei alemã. Logo, podemos concluir que, ao unificar determinadas regras de conflito na matéria do direito da família, tal poderá ter uma repercussão sobre o direito interno dos Estados-Membros. Mas será esse, aqui, o caso, com o Regulamento Roma III?

Para a autora BOELE-WOELKI, a harmonização das regras de conflito tem uma repercussão nos direitos internos dos Estados, os sistemas de direito da família são muito diferentes e o Regulamento Roma III parece ser demasiado ambicioso, sendo que respeitar os sistemas dos diversos Estados-Membros deverá ser a prioridade. Assim, “In trying to achieve these aims the unification of private international law rules within the European Union as such and at all costs should never be a goal in itself. The content of rules is more important. In addition, it should be respected that for some Member States higher values than the uniformity of rules and a coherent approach prevail”¹¹⁹. Poder-se-á exemplificar com o sistema jurídico da Suécia (Estado que, relembramos, não aderiu à cooperação reforçada), que considera o divórcio como um direito fundamental, tendo

¹¹⁷ Cf. Erik Jayme, “Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne - Cours général de droit international privé”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye t. 251*, 1995, p. 13.

¹¹⁸ Vide Hélène Gaudemet-Tallon, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne?”, in *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel Magalhães Collaço – org. Rui Manuel de Moura Ramos volume I*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 175 – 178.

¹¹⁹ Cf. Katharina Boele-Woelki, “To be, or not to be: enhanced cooperation in international divorce law within the european union”, in *Victoria University of Wellington law review Vol. 3*, 2008, p.786.

um processo muito simplista. Ora, para BOELE-WOELKI, importa dar prioridade a este valor que a Suécia dá ao divórcio sobre a harmonização. Neste sentido, HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON fala de “respect des identités nationales”¹²⁰, explicando que o direito da família é muito delicado, e que, para regular esta matéria, quando se trata de direito internacional privado comunitário, é primordial ter alguma prudência. Por fim, na opinião de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A atribuição de competência legislativa à Comunidade Europeia em matéria de Direito Internacional Privado (...) está, (...), em contradição com o respeito da cultura, das tradições e da identidade nacional dos Estados-Membros”¹²¹.

Não obstante, recordamos que o princípio da autonomia se define como “uma regra de conflitos e, por isso, “...um factor pertinente de concretização da relação estreita entre a relação da vida internacional e uma ordem jurídica”¹²². Logo, é através da autonomia da vontade que se pode designar a lei considerada como a mais próxima da situação – e através desta nota voluntária, a harmonização das normas de conflito não parece desrespeitadora da diversidade das identidades nacionais. A acrescentar, por meio da autonomia da vontade, os Estados não perderiam assim tanto o *domínio* no âmbito da definição da conceção da família, sendo que são os próprios interessados que apontam para o sistema jurídico de que se sentem mais próximos, para o efeito de regular o conflito. Caberia, depois, a cada Estado, regular o divórcio nos seus próprios termos. A este propósito, note-se que de uma análise do Regulamento Roma III, se pode constatar que houve o cuidado de não definir termos, tal como “vínculo matrimonial” ou “cônjuge”, a fim de respeitar a identidade de cada Estado, numa área que, como já vimos, permanece muito delicada.

Concluindo, estabelecendo-se, *a priori*, uma autonomia da vontade, tal é suscetível de contribuir para preservação da identidade de cada Estado pois, deixando a escolha da lei às partes, supostamente não se pretendeu ter um controlo absoluto da conceção da família, mantendo os Estados-Membros uma margem de liberdade relativamente à sua definição.

¹²⁰ Cf. Hélène Gaudemet-Tallon, “De l’utilité d’une unification du droit...”, cit., p.175.

¹²¹ Cf. Luís de Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, volume III, Almedina, 2005, p.178.

¹²² Cf. Nuno Ascensão Silva, “A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos”, Coimbra Editora, 2000, p.206.

3.2.B. A autonomia como instrumento de uma política familiar

Põe-se a questão de saber se o Regulamento Roma III permanece completamente neutro e respeita realmente os particularismos nacionais. Embora já tenhamos visto que a autonomia da vontade, em si mesma, não deveria prejudicar esta neutralidade, tudo dependerá, em último termo, da forma como esta autonomia é articulada. Ora, é olhando principalmente para dois artigos do Regulamento (o artigo 9.º e 10.º) que se poderá apurar a neutralidade (ou não) do Regulamento.

O artigo 9.º, n.º1 do Regulamento Roma III remete para a lei que foi aplicada à separação judicial nos casos de conversão da separação judicial em divórcio (isto é, se não houve acordo nos termos do artigo 5.º). No entanto, se esta lei aplicável (por ser a lei que se aplicou à separação judicial), não prevê a conversão para o divórcio (como é o caso de Malta), então aplicar-se-á a lei designada pelo artigo 8.º, ou, se houve lugar a acordo, aplicar-se-á a lei designada pelas partes (nos termos do artigo 5.º)¹²³. Desde já, notamos que se insiste em encontrar uma lei que permita o divórcio, e, se a lei não o permite, o Regulamento põe em funcionamento os artigos 5.º e 8.º, que são as próprias manifestações da autonomia da vontade. Deduz-se que o artigo 9.º facilita o acesso ao divórcio quando não é possível.

Por outro lado, ao ler o artigo 10.º, deduzimos que, quando a lei que as partes escolheram nos termos do artigo 5.º, ou a lei que foi designada pelo artigo 8.º, não preveja o divórcio, deverá aplicar-se a lei do foro¹²⁴.

Constatamos que ambos artigos (9.º e 10.º) afastam as leis que não permitam o divórcio, o que indica um *favor divortii*, ou seja, indica um espírito de facilitismo do divórcio, ajudando os cônjuges a obtê-lo - “il s’agit d’aplanir tous les obstacles à la volonté des conjoints souhaitant divorcer le plus facilement et le plus rapidement possible”¹²⁵. Desta forma, cria-se como que um imperativo de acesso ao divórcio,

¹²³ “No entanto, se a lei que foi aplicada á separação judicial não previr a conversão dessa separação em divórcio, aplica-se o artigo 8.º, salvo acordo em contrário entre as partes em conformidade com o artigo 5.º”, Cf. Artigo 9.º, n.º2 do Regulamento Roma III.

¹²⁴ “Sempre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do seu sexo, aplica-se a lei do foro.”, Cf. Artigo 10.º do Regulamento Roma III.

¹²⁵ Cf. Gwendoline Lardeux, “Actualités du droit international privé de la famille”, in Actes du Colloque organisé par le centre Pierre Kayser (Aix n Provence, 21 Décembre 2007), dirigido por Anne Leborgne e Isabelle Brousse, edição Presses universitaires d’Aix-Marseille: 2009, p.115.

apresentando-se a dissolução do casamento como algo imposto¹²⁶, e, a partir do artigo 10.º, podemos constatar que, claramente, o critério primordial da lei aplicável não é propriamente a proximidade ou sequer a previsibilidade jurídica, mas sim a designação de uma lei que permita o divórcio, assistindo-se, desta feita, e como referido, a uma imperatividade do acesso ao divórcio - o importante é a possibilidade de divorciar. Ora, portanto, ao consagrar o estipulado no artigo 10.º, o Regulamento vai em sentido contrário à grande inovação da autonomia da vontade. Deduzimos que o artigo 10.º limita completamente a escolha da lei pelas partes, cortando as asas à autonomia da vontade, que, relembramos, é “...um factor pertinente de concretização da relação estreita entre a relação da vida internacional e uma ordem jurídica”¹²⁷, devendo reger-se através de critérios de proximidade.

Não é propriamente a autonomia que perde da sua neutralidade, mas sim o modo como ela é articulada com a característica da imperatividade do divórcio, que leva a designar uma regra de conflito que não é neutra. A autonomia da vontade torna-se instrumento político da União Europeia no âmbito do Regulamento Roma III, denotando um *favor divortii*, que, inevitavelmente, retira aos Estados o domínio para a definição da família, impondo a sua conceção da família.

Não se pode negar que o Regulamento favorece indubitavelmente o divórcio (criando uma imperatividade do divórcio). Porém, convém acrescentar que o imperativo do acesso ao divórcio conhece dois limites, deixando um espaço ao direito nacional da família que, assim, permite relativizar a impacto da vontade política da União Europeia. Dever-se-á, em primeiro lugar, referir o artigo que foi introduzido devido à adesão de Malta ao Regulamento - o artigo 13.º - , que explica que o Estado que não preveja o divórcio ou que considere um determinado casamento inválido para efeitos de divórcio¹²⁸, não é obrigado a pronunciar o divórcio. Por outro lado, conjugando este artigo 13.º com o artigo 10.º, cria-se um dilema quando a lei do foro é designada imperativamente nos termos do artigo 10.º, quando não prevê o divórcio, ou quando não considera válido um determinado casamento para efeitos de divórcio. Embora não seja possível nesta sede desenvolver a questão com pormenor, deixa-se a ideia de que seria

¹²⁶ Vide Gwendoline Lardeux, “Rome III est mort. Vive Rome III!”, in Recueil Dalloz n.º27, edição Dalloz, 14 de Julho de 2011, p.1835 – 1842.

¹²⁷ Cf. Nuno Ascensão Silva, “A constituição da adopção...”, cit., p.206.

¹²⁸ Pensamos nomeadamente no caso de um Estado não reconhecer válido o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

sem dúvida fundamental a previsão de um *forum necessitatis* para este tipo de situações¹²⁹.

¹²⁹ O Regulamento Roma III, não estabeleceu *forum necessitatis*, que poderia designar a lei nacional na hipótese da lei em questão não prever o divórcio, e a lei do Estado onde foi celebrado o casamento, na hipótese da lei não reconhecer o casamento como válido para efeitos de divórcio. *Vide* Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, “La ley aplicable al divorcio...”, cit., p.67.

Conclusão

A sociedade na qual nos encontramos hoje é uma sociedade multicultural devido aos fluxos migratórios (cada vez mais importantes), e por isso os casamentos entre casais “internacionais” são cada vez mais numerosos e causam cada vez mais problemas, prejudicando a segurança jurídica do espaço europeu.

Face à disparidade de regulamentações numa matéria de estatuto pessoal (que se liga intimamente à esfera privada do indivíduo), as legítimas expectativas das partes não são respeitadas, e cria-se, desta forma, um clima de insegurança e de imprevisibilidade. As diferenças das regulamentações manifestam-se quer seja ao nível substantivo do direito da família - sendo que cada Estado-Membro tem uma ideia própria do divórcio, um procedimento específico e critérios diversos -, quer ao nível do direito conflitual - alguns Estados valorizam a lei do foro (como é o caso da Irlanda, por exemplo), outros a lei da residência. No estatuto pessoal, relembramos que é essencial haver uma lei aplicável com a qual o indivíduo se identifique. No entanto, mas como pudemos observar, existem grandes divergências.

Com efeito, necessita-se de alguma harmonização, nomeadamente para resolver graves problemas ligados à insegurança jurídica, tal como o *forum shopping* e a “corrida aos tribunais”.

Ao longo do estudo do princípio da autonomia da vontade, constatou-se que a autonomia poderia representar um mecanismo extraordinário para resolver o tipo de problemas com os quais estamos confrontados. Embora a introdução da autonomia no âmbito do direito internacional privado da família tenha sido discreta, a autonomia justifica-se nesta nova sociedade multicultural.

Oferecendo a escolha da lei aplicável às partes, uma escolha evidentemente limitada em concordância com o princípio da proximidade (relembramos que a autonomia é igualmente limitada através das leis imperativas, da exceção da ordem pública e da fraude à lei), seria possível harmonizar as regras de conflito respeitando a identidade de cada Estado-Membro.

Não obstante, será que a autonomia da vontade inserida no Regulamento Roma III confere toda a eficácia para regular uma matéria tão delicada que é o divórcio?

Podemos notar que o Regulamento padece de duas grandes falhas. Por um lado, no que toca ao objetivo que pretende alcançar - a segurança jurídica -, e por outro, ao nível da uniformização.

A meu ver, o princípio da autonomia da vontade é um excelente instrumento para estabelecer uma segurança jurídica, respeitando na perfeição as expectativas das partes. Numa matéria tão “pessoal”, que melhor solução do que dar a possibilidade ao indivíduo de escolher a lei aplicável, escolha esta que poderá fazer dentro dos limites estabelecidos e de acordo com o seu “sentimento de pertença”. De facto, a autonomia da vontade, em si, não prejudica a segurança jurídica. Referimos que a cooperação reforçada constitui um entrave à segurança, na medida que as partes designam a lei de um Estado não participante; porém, não é uma uniformização total que se pretende, mas sim alguma harmonia que solucione os problemas que possam surgir entre os Estados participantes. A verdadeira falha situa-se ao nível da pluralidade de nacionalidades comuns no âmbito do artigo 8.º do Regulamento, que exige uma resposta à questão de saber que nacionalidade comum aplicar. Estando dentro de um espírito voluntarista, talvez fosse conveniente deixar as partes escolher qual nacionalidade escolher, e, em caso de desacordo, poder-se-ia aplicar a lei do foro.

Por outro lado, constatou-se que a autonomia da vontade de cariz liberal e com os limites apontados, deveria constituir um ótimo mecanismo para estabelecer uma harmonia, sem ferir a “sensibilidade” jurídica dos Estado-Membros, deixando-lhes uma margem de controlo sobre a conceção da família.

Não obstante, a forma como a autonomia da vontade é articulada torna o Regulamento desrespeitador dos particularismos nacionais. De facto, é nomeadamente com a consagração do artigo 10.º, que se cria como que uma regra imperativa do direito ao divórcio. Embora seja uma imperatividade limitada (principalmente através do artigo 13.º), o Regulamento não é neutro, favorecendo claramente o divórcio. Na minha opinião, o artigo 10.º corta as asas à autonomia que poderia perfeitamente revelar-se como um mecanismo ideal de harmonia jurídica. A forma como a autonomia é articulada no Regulamento retira a eficácia e a legitimidade ao Regulamento. A autonomia é, em suma, instrumentalizada e articulada de forma a exprimir uma política familiar.

Bibliografia:

- **ASCENSÃO SILVA**, Nuno Gonçalo, “A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos”, Coimbra Editora, 2000;
- **ASCENSÃO SILVA**, Nuno, “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos de reforma de 1977”, Coimbra Editora, 2006;
- **BAPTISTA MACHADO**, João, “Lições de Direito Internacional Privado”, Coimbra: Almedina, 2006;
- **BASEDOW**, Jürgen, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union Européenne”, *Revue Critique du droit international privé*, Juillet - Septembre 2010, p.427 – 456;
- **BOLIEIRO**, Helena Isabel Dias, parecer sobre o “Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio”, remetido ao Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, por despacho do Exmº Vice-Presidente de 28 de Setembro de 2005;
- **BOELE - WOELKI**, Katharina, “To Be, or Not to Be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union”, *Victoria University Wellington Law Review* vol. 3, 2008;
- **CARLIER, Jean-Yves**, “Autonomie de la volonté et statut personnel: étude prospective de droit international privé”, Bruxelles: Bruylant, 1992;
- **CALVO CARAVACA**, Alfonso-Luis, e **CARRASCOSA GONZÁLEZ**, Javier, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume I, Março 2009;
- **CALVO CARAVACA**, Alfonso-Luis, e **IRIARTE ÁNGEL**, “Estatuto personal y multiculturalidade de la familia”, 2000, Madrid: Editorial Colex;
- **DEVERS**, Alain e **FARGE**, Michel, “À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, in *La semaine juridique Edition Générale* n.º 26, edição LexisNexis, 25 de Junho 2012;
- **DURANTE**, Francesco, “Problèmes contemporains du divorce en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* t.152, 1976;

- **FERRER CORREIA**, António, “Lições de direito internacional privado I”, edição Almedina, 2000;
- **FIORINI**, Aude, “Rome III – Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?”, *International Journal of Law, Policy and the Family* vol. 22, Oxford University Press, 2008;
- **GANNAGÉ**, Pierre, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue critique du droit international privé* t.81, 1992 ;
- **GAUDEMET-TALLON**, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne?”, *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel Magalhães Collaço – org. Rui Manuel de Moura Ramos volume I*, Coimbra: Almedina, 2002;
- **JAYME**, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* t. 251, 1995;
- **LAGARDE**, Paul, “Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* t.196, 1986;
- **LARDEUX**, Gwendoline, “Actualités du droit international privé de la famille”, *Actes du Colloque organisé par le centre Pierre Kayser (Aix en Provence, 21 Décembre 2007)*, dirigido por Anne Leborgne e Isabelle Brousse, edição Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2009;
- **LARDEUX**, Gwendoline, “Rome III est mort. Vive Rome III!”, *Recueil Dalloz* n.º27, edição Dalloz, 14 de Julho de 2011;
- **LIMA PINHEIRO**, Luís de, “Direito Internacional Privado”, vol. I, II e III, Almedina, 2005;
- **MANCINI**, Pasquale Stanislao, “De l’utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journal du droit international*, 1874 ;

- **MONTSERRAT GUZMÁN**, Peces, “Reflexiones a la luz del derecho internacional privado español”, Anuario español de Derecho Internacional Privado, Iprolex, 2010;
- **MONTENEGRO**, Carlos Alberto Arrue, “L’autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions”, Bibliothèque de droit privé t.531, edição LGDJ Lextenso editions, 2010 ;
- **MOURA RAMOS**, Rui Manuel, “Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional”, Coimbra: Almedina, 1990;
- **NORBERTO**, Nuno Gomes de Andrade, “Enhanced cooperation: the ultimate challenge of managing diversity in Europe – New perspectives on the European integration process”, Intereconomics, Springer Science + Business Media, 2005;
- **VON OVERBECK**, Alfred E., “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux, Bruxelles : Bruylant, 1993;
- **YETANO**, Toni Marzal, “The constitutionalisation of party autonomy in european family law, Journal of Private International Law vol. 6, 2010.