

**O Regulamento n.º 1259/2010 da União Europeia: breves  
considerações sobre a lei aplicável em matéria de divórcio e  
separação judicial e a autonomia das partes na escolha da lei  
aplicável**

**Council Regulation (EU) n.1259/2010: some considerations about  
applicable law to divorce and legal separation and party choice of law**

**Fernanda Muraro Bonatto**

Advogada; Doutora em Comparazione Giuridica e Storico-giuridica pela Università degli Studi  
di Ferrara, Itália; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul

Outubro 2013

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar, ainda que de maneira breve, o Regulamento n.1259/2010 do Conselho da União Europeia que institui uma cooperação reforçada entre 14 dos 27 Estados-membros no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial de casais internacionais. Com o intuito de fornecer um panorama geral do referido regulamento, serão abordados os seguintes tópicos: o percurso histórico da elaboração do Regulamento, seu enquadramento como instrumento de direito internacional privado europeu, a análise da estrutura e seu âmbito de aplicação. De forma mais particular será examinada a faculdade que o Regulamento concede às partes de celebrar acordo de escolha da lei aplicável ao divórcio ou separação judicial, pois tal possibilidade significa uma abertura sem precedentes à autonomia privada no âmbito do direito internacional privado de família.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito internacional privado europeu, Regulamento n.1259/2010, Dissolução do matrimônio, Autonomia privada no direito de família

**ABSTRACT:** This paper examines, albeit briefly, Council Regulation (EU) n.1259/2010 that authorizes an enhanced cooperation among 14 of 27 member states on the subject of law applicable to divorce and legal separation of international couples. In order to provide an overview of the regulation the following topics are addressed: the historical path of the Regulation's development, its context as an instrument of European private international law as well as the analysis of its structure and scope. Will be also examined the exercise of party autonomy in choice of law through a simple agreement, since such a possibility means unprecedented openness to private autonomy in the context of private international family law.

**KEY WORDS:** European International Private Law, European regulation Rome III, Divorce and legal separation, Private autonomy in family law.

## **SUMÁRIO:**

1. Introdução
  2. Percurso histórico da elaboração do Regulamento n.1259/2010
  3. O Regulamento n.1259/2010 como é hoje: estrutura geral, aplicação e relação com o Regulamento Bruxelas II-*bis*
  4. Autonomia das partes na escolha da lei aplicável e o direito internacional privado de família
  5. Considerações finais
- Bibliografia
- Jurisprudência

## 1. Introdução

Antes de iniciarmos a análise do conteúdo do Regulamento n.º 1259/2010 do Conselho da União Europeia de 20 de dezembro de 2010, também conhecido como Regulamento “Roma III”,<sup>1</sup> é necessário referir, a título introdutivo, que o Regulamento Roma III insere-se no contexto da crescente admissão dos instrumentos de direito internacional privado em âmbito europeu.<sup>2</sup>

Fala-se, inclusive, de um irremediável processo de europeização do direito internacional privado, cuja tendência é substituir progressivamente a aplicação das legislações de direito internacional privado de cada Estado-membro pela aplicação de uma legislação europeia unificada na matéria.<sup>3</sup> Ademais, convém não olvidar a competência da União Europeia para tomar medidas na área de cooperação judicial em matéria civil, inclusive no âmbito das relações familiares.<sup>4</sup>

O Regulamento Roma III em particular é o primeiro instrumento legislativo desta natureza a introduzir uma disciplina uniforme específica para o conflito de leis na esfera das relações familiares, regulando os casos de separação e divórcio em matrimônios com elementos transfronteiriços. Anteriormente à edição do Regulamento 1259/2010o único texto legal que tratava das questões envolvendo divórcio e separação era o Regulamento Bruxelas II (Regulamento n.1347/2000 de 29 de maio de 2000) o qual foi substituído pelo atual Regulamento Bruxelas II-*bis* (Regulamento n.2201/2003 de 27 de novembro de 2003).

Ambos estes textos, no entanto, não continham regras sobre conflitos de leis, pois foram concebidos para regular a competência judicial, o reconhecimento e a execução de decisões judiciais relativas ao divórcio, à separação e à responsabilidade parental.

<sup>1</sup>A denominação “Roma” adotada para os três regulamentos europeus que determinam a lei aplicável em caso de conflito de leis na União Europeia – Regulamentos Roma I, Roma II e Roma III – deriva da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 cujo conteúdo determinava, justamente, regras uniformes em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais na União Europeia. Todavia, conforme observação de Franzina, o Regulamento n. 1259/2010 não pode ser considerado como parte da série de regulamentos “Roma”, pois, contrariamente aos Regulamentos Roma I e Roma II, não recebeu essa denominação de maneira oficial (ver FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, p. 87, nota n.4.). Apesar da respeitável e juridicamente precisa posição de Franzina acima referida, é necessário esclarecer ao leitor que no curso do presente artigo ambas as denominações (Regulamento n.1259/2010 e Regulamento Roma III) serão utilizadas como sinônimos para designar o texto legal objeto de nosso estudo, sem prejuízo da corretíssima ressalva feita pelo eminente professor Franzina. Cabe ainda mencionar que a doutrina brasileira estudiosa do assunto não faz qualquer distinção ou ressalva nesse sentido, conforme vemos em diversas passagens da recente obra de Augusto Jaeger Junior: JAEGER JUNIOR, AUGUSTO, *Europeização do direito internacional privado*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, pp. 74-76, p. 182 e pp. 415-416.

<sup>2</sup>Nádia de Araújo afirma (com base, inclusive, em autores europeus como François Rigaux) que o direito internacional privado constitui instrumento de grande valia para o sistema de fontes do Direito Europeu, pois está presente em convenções, diretivas e com bastante intensidade também nos regulamentos. (ver: ARAUJO, NADIA DE, *Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011, p. 61.).

<sup>3</sup>JAEGER JUNIOR, AUGUSTO, *Europeização do direito internacional privado*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, pp. 74-76, p. 27.

<sup>4</sup> Da leitura conjunta do art. 3º n. 2 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 [...]”) e do art. 81º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o qual estabelece as diretrizes para que a União promova uma cooperação judicial em matérias civis que tenham incidência transfronteiriça, como uma das maneiras de proporcionar a plena existência do espaço de liberdade, segurança e justiça determinado pelo art. 3º n. 2 do Tratado da União Europeia, verifica-se a plena competência da União Europeia para regular o direito de família. De fato, o n.3 do art. 81 traz a previsão específica sobre as medidas relativas ao direito de família.

Importante ressaltar desde já que o Regulamento Roma III não unifica o direito material dos Estados-membros em matéria de divórcio e separação judicial, pois sua função como instrumento de direito internacional privado é uniformizar as regras de conflitos de leis no campo do direito de família matrimonial, sem a pretensão de criar um "Código Civil europeu".<sup>5</sup>

Uma vez delimitado o contexto legal no qual o Regulamento Roma III se insere, faz-se necessário entender por que a União Europeia resolveu, ainda que através de uma cooperação reforçada<sup>6</sup> da qual participam somente 14 Estados-membros,<sup>7</sup> regular o delicado tema do direito de família, ou melhor, a particularmente delicada questão da lei aplicável em matéria de divórcio e separação em casamentos com elementos de estraneidade. Quais são afinal as razões de ordem prática que determinaram a uniformização das regras que tratam do conflito de leis nos casos de separação e divórcio?

Em uma breve consulta aos atos preparatórios do Regulamento Roma III<sup>8</sup> é possível encontrar alguns dados que nos dão a pista inicial para a compreensão desse fenômeno, muitas vezes referido como o surgimento de um direito de família europeu.<sup>9</sup>

Por exemplo, uma Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e outras instituições europeias de março de 2011<sup>10</sup> refere que dos cerca de 122 milhões de casamentos em andamento na União Europeia, 16 milhões (13%) apresentam caráter transnacional. Além disso, segundo o mesmo documento, em 2007, dos 2,4 milhões de casamentos celebrados na União, 300 mil pertenciam a essa categoria e o mesmo se pode dizer dos divórcios: 13%

<sup>5</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85. p. 63.

<sup>6</sup> O instrumento da cooperação reforçada é previsto pelo art. 20 do Tratado da União Europeia e é regulado em maior detalhe nos art. 326 e 334 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Trata-se de mecanismo aberto a todos os Estados-membros, o qual é acionado como última opção quando alguns dos Estados-membros estão preparados para avançar no processo de integração, mas outros não estão seguros de fazer o mesmo. Portanto, ao invés de barrar o avanço por falta de concordância de alguns Estados-membros, a cooperação reforçada permite, nas palavras de Giulia Tiberi, uma "integrazione progressiva aperta a tutti gli Stati membri, volto ad autorizzare e incoraggiare un gruppo di Stati membri a cooperare nel quadro dell'Unione, anziché fuori da essa, creando organizzazioni di Stati membri dirette a promuovere gli obiettivi dell'Unione, a proteggere e a servire i suoi interessi, rafforzando così il processo di integrazione." Ver: TIBERI, GIULIA, "L'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione Europea", in BASSANINI, Franco/TIBERI, Giulia (Org.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010, cap. 15, pp. 306.

<sup>7</sup>Originalmente eram 14 os Estados-membros que aderiram à cooperação reforçada: Bélgica, Bulgária, Alemanha, Espanha, França, Itália, Letônia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Áustria, Portugal, Romênia e Eslovênia. Em novembro de 2012 a Comissão autorizou que a Lituânia participasse da cooperação reforçada, sendo que o Regulamento passa a ser aplicável àquele país somente a partir de 22 de maio de 2014, totalizando em 15 os Estados participantes.

<sup>8</sup> Para a lista dos documentos e atos preparatórios do Regulamento n.1259/2010 acessar: [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=div%C3%B3rcio+e+separa%C3%A7%C3%A3o&arg1=&arg2=&titre=titretexte&chlang=pt&RechType=RECH\\_mot&idRoot=1&refinecode=ACT\\*T1%3DV100%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=div%C3%B3rcio+e+separa%C3%A7%C3%A3o&arg1=&arg2=&titre=titretexte&chlang=pt&RechType=RECH_mot&idRoot=1&refinecode=ACT*T1%3DV100%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar) (acessado em: 07 de outubro de 2013).

<sup>9</sup> Para um aprofundamento sobre o nascente direito de família europeu consultar as seguintes obras como um todo: ANDRINI, MARIA CLAUDIA (Org.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007; PATTI, SALVATORE/ CEBEDDU, MARIA GIOVANNA (Org.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008; BOELE-WOELKI, KATHARINA, "The principles of European family law: its aims and prospects", in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n. 2, dez. 2005, pp. 160-168; NÍ SHÚILLEABHÁIN, MÁIRE, "Ten years of European family law: retrospective reflections from a common law perspective", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, out. 2010, pp. 1021-1053; STALFORD, HELEN, "Concepts of family under EU law - Lessons from ECHR", in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 16, 2002, pp. 410-434.

<sup>10</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Eliminar as incertezas ligadas aos direitos patrimoniais dos casais internacionais, Bruxelas 16.3.2011 - COM (2011) 125 final, p.02.

dos divórcios pronunciados nesse mesmo ano eram de casais com cônjuges de diferentes nacionalidades.

O significativo percentual de casamentos com elementos de estraneidade não é difícil de explicar: nos últimos cinquenta anos as Comunidades Europeias, sucedidas pela atual União Europeia, vêm trabalhando para criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, no qual não somente as trocas econômicas são promovidas, mas também é facilitada a livre circulação dos cidadãos dentro do espaço europeu. A livre movimentação de pessoas induz o contato entre indivíduos de Estados diversos proporcionando maior número de “casamentos mistos” (entre cônjuges de nacionalidades diferentes) e “casamentos deslocalizados” (entre cônjuges de mesma nacionalidade, mas que residem habitualmente em outro país).<sup>11</sup> Com o crescente número de matrimônios dessa natureza aumentam também o número de divórcios internacionais.<sup>12</sup>

Acrescenta-se a tais fatos a existência concomitante de “diversos modelos legais de divórcio”<sup>13</sup> vigentes em cada Estado-membro da União Europeia. As diferenças legislativas entre os países nesta área são muito evidentes e ainda que atualmente o divórcio seja permitido em todos os países europeus, a forma através da qual ele é obtido e as consequências que dele derivam obedecem a critérios variados relacionados a uma combinação de fatores sociais, políticos, históricos e religiosos.<sup>14</sup> De fato, não há e nem poderia haver, uniformidade em âmbito tão delicado e sensível à fatores sociais quanto o direito de família, em particular quanto às regras de dissolução do matrimônio.

Diante de tais fatos sociais (aumento do número de casamentos transnacionais) e jurídicos (acentuadas diferenças entre os Estados-membros das regras que regem a dissolução do matrimônio) a intervenção do direito europeu na matéria encontra sua razão de ser para garantir que o indivíduo tenha reconhecido e assegurado seu *status* pessoal e suas relações familiares onde quer que escolha viver, viabilizando de fato a liberdade de circulação dentro da União Europeia.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85. p. 53.

<sup>12</sup> FINOCCHIARO, ALFIO, “Le prospettive europee del diritto di famiglia”, in ANDRINI, MARIA CLAUDIA (Org.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007, cap. 01, pp. 01-16, p.01.

<sup>13</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85. p. 53.

<sup>14</sup> FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver pp.88-89. Franzina compara as legislações da Finlândia e Suécia com o ordenamento de Malta na questão relativa ao divórcio: enquanto que nos referidos países escandinavos os cônjuges não são obrigados a apresentar qualquer tipo de motivação para a dissolução do matrimônio e o divórcio é obtido de forma direta sem a necessidade de um período de separação prévia, em Malta o divórcio é concedido somente após quatro anos de separação, desde que o Tribunal se convença de que não há qualquer chance de reconciliação entre os cônjuges.

<sup>15</sup> CEBEDDU, MARIA GIOVANNA, “I contributi al diritto europeo della famiglia”, in PATTI, SALVATORE/CEBEDDU, MARIA GIOVANNA (Org.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, p.11. De fato, conforme observação de Franzina: “In a way, mobility would be facilitated if the ‘original’ personal status of the persons in question were allowed to ‘follow’ the latter from one country to another.” (ver: FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver p.96.)

Ademais, regular o direito de família em nível europeu significa buscar maior segurança jurídica e previsibilidade para os casais evitando, assim, resultados inesperados que contrariem a legítima expectativa dos cônjuges.<sup>16</sup>

Outra razão para a adoção do Regulamento Roma é a diminuição do risco de uma “corrida aos tribunais” já que o sistema anteriormente vigente permitia à parte que fosse mais “rápida” escolher a jurisdição que mais lhe favorecesse, muitas vezes em prejuízo dos interesses do outro cônjuge.<sup>17</sup>

Tendo em vista as considerações acima o presente artigo tem por objetivo fornecer um panorama, *à vol d’oiseau*, do conteúdo do Regulamento Roma III para ao final tecer algumas considerações acerca da possibilidade, concedida pelo novo Regulamento, de escolha pelas partes envolvidas da lei aplicável ao seu divórcio ou separação judicial.

A fim de cumprir tais objetivos o trabalho está dividido em 4 itens além da presente introdução: o item n.2 relata o percurso histórico da elaboração do Regulamento. O item n.3 apresenta, ainda que de maneira breve, o texto do Regulamento, com o intuito de conhecer a sua estrutura, seu âmbito de aplicação e seu relacionamento com o Regulamento Bruxelas II-*bis*.<sup>18</sup> O item n.4 examina um ponto interessante e inovador do Regulamento: a possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável ao divórcio ou separação judicial. No item n.5 apresentamos nossas considerações finais.

## 2. Percurso histórico da elaboração do Regulamento n.1259/2010

A edição de um Regulamento como o Roma III, ainda que constitua uma cooperação reforçada entre 14 países da União (futuramente serão 15 com o recente ingresso da Lituânia), simboliza o estágio mais recente da evolução da admissão dos instrumentos de direito internacional privado no âmbito da União Europeia,<sup>19</sup> conforme indicamos na parte introdutiva acima (item n.1).

É preciso ressaltar, entretanto, que anteriormente ao Tratado de Amsterdã o direito internacional privado europeu não ocupava um lugar especial nos Tratados das Comunidades Europeias. A única menção relevante à matéria era feita no art. 220 do Tratado de Roma de

---

<sup>16</sup> A busca por maior segurança jurídica e previsibilidade para os casais internacionais no momento da separação ou divórcio é um dos principais motivos elencados pelo Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio, Bruxelas, 14.3.2005 – COM (2005) 82 (a partir da página 03) que justificam a edição de um regulamento europeu sobre o assunto.

<sup>17</sup>Tais justificativas para a elaboração de um novo diploma legal no âmbito do direito de família encontram-se formuladas no Livro Verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio de 14/03/2005 – COM (2005) 82 final. Na doutrina assinalamos a descrição dessas justificativas feita por S. Marino em capítulo de livro intitulado “I regolamenti comunitari: Bruxelles II-Bis e Roma III” no livro *Introduzione al diritto della famiglia in Europa* de PATTI, SALVATORE e CEBEDDU, MARIA GIOVANNA, Milano, Giuffrè, 2008. A parte que assinalamos encontra-se a partir da p. 81.

<sup>18</sup> Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/ 2000.

<sup>19</sup> Para um panorama completo desta evolução ver: MCELEAVY, PETER, “Current developments of private international law”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, out. 2008, pp. 969-984.

1957, o qual previa a possibilidade de os Estados-membros agirem no interior da Comunidade Europeia para simplificar as formalidades a que estavam subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos de decisões judiciais.

Segundo Patrizia De Cesari,<sup>20</sup> a técnica legislativa então empregada para pôr em prática o determinado pelo art. 220 do Tratado de Roma consistia na adoção de convenções internacionais, como foi o caso da Convenção de Bruxelas de 1968 (em vigor a partir de 1 de fevereiro de 1973) relativa à competência jurisdicional e de execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial, da qual participavam os Estados-membros da Comunidade Europeia.

Com o Tratado de Maastricht de 1992 houve um pequeno avanço, pois foi introduzida a possibilidade de “cooperação judicial em matérias civis” entre os Estados-membros, o que, no entanto, poderia ser feito apenas de maneira intergovernamental.<sup>21</sup>

Entretanto, com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã (1º de maio de 1999) abriram-se novas perspectivas para a existência do direito internacional privado europeu, pois a competência para legislar sobre a questão da cooperação judicial em matéria civil e comercial foi transferida do âmbito intergovernamental para o âmbito comunitário.<sup>22</sup>

De fato, o art. 61 do Tratado de Amsterdã permitiu ao Conselho a adoção de *medidas* no âmbito da cooperação judicial em matéria civil (art. 65). A partir de então a Comunidade e, mais tarde a União, pôde legislar no campo do direito internacional privado, promovendo o início do processo de comunitarização ou europeização do direito internacional privado que conhecemos hoje.<sup>23</sup>

O termo genérico *medidas* não foi interpretado pela então Comunidade no sentido de aprovação de normas minimamente harmonizadoras por meio de diretivas, pelo contrário. Nos últimos anos o envolvimento da União Europeia com o direito internacional privado tomou a forma de precisos e detalhados regulamentos, os quais foram sistematicamente baseados no art. 65 do TCE.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> DE CESARI, PATRIZIA, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di liberta, sicurezza e giustizia*, 2. ed., Torino, G. Giappichelli, 2005, pp. 3-5.

<sup>21</sup> No Título VI do Tratado de Maastricht a cooperação judicial em matérias civis no campo do direito internacional privado foi prevista em especial nos art. K1 e K3.

<sup>22</sup> DE CESARI, PATRIZIA, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di liberta, sicurezza e giustizia*, 2. ed., Torino, G. Giappichelli, 2005, p. 7. Para reforçar a importância desta nova competência da União Europeia reproduzimos as palavras de Peter McEleavy: “The Treaty of Amsterdam, which revised the European Community Treaties as well as the Treaty on European Union, opened new perspectives for European private international law: not only was the Maastricht Union’s objective of the development of ‘close cooperation on justice and home affairs’ replaced by the more precise aim of maintaining and developing ‘the Union as an area of freedom, security and justice, in which the free movement of persons is assured’ but, unlike its predecessor, the Amsterdam Treaty took concrete steps for the implementation of this redefined goal. Competence in the field of judicial cooperation in civil matters was transferred from the third to the first pillar, thus affording the Community power to legislate in the field of private international law.” (MCELEAVY, PETER, “Current developments of private international law”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, out. 2008, p. 973).

<sup>23</sup> Ver: JAEGER JUNIOR, AUGUSTO, *Europeização do direito internacional privado*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, p. 61-65.

<sup>24</sup> BOELE-WOELKI, KATHARINA, “The principles of European family law: its aims and prospects”, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n. 2, dez. 2005, pp. 160-168, p. 162 ss.



Prova disto é o surgimento de importantes instrumentos legislativos de direito internacional privado como os Regulamentos Bruxelas I, II-*bis*, Roma I e II.<sup>25</sup> Além destes há outros regulamentos importantes que não receberam a alcunha de “Bruxelas” ou “Roma”, como o Regulamento (CE) n. 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares e ainda o Regulamento (UE) n. 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu.

Observa-se, portanto, que todas as áreas centrais do direito internacional privado têm sido, de alguma forma, reguladas em âmbito europeu: o direito dos contratos e das obrigações, a responsabilidade civil, o direito de família e sucessões.

Quanto ao direito de família, considerado em âmbito europeu, somente a partir dos anos 90 observou-se maior atenção à matéria. De fato, como afirma Cebeddu:

“Una progressiva attenzione verso il diritto di famiglia si è registrata a partire degli anni 90 in ambito comunitario. Gli interventi in argomento segnano diverse tappe. Una prima fase, iniziale, è stata caratterizzata dall’emanazione di Risoluzioni, quali atti non vincolanti, attinenti direttamente o indirettamente ai temi della famiglia. Ad essa sono seguiti strumenti di maggiore forza comunitaria, tra cui le iniziative dell’Unione Europea, nel settore del diritto internazionale privato comunitario sullo scioglimento del matrimonio, sul mantenimento, sul regime dei beni, oltre che del diritto al nome e sulla cittadinanza europea nonché in ambito successorio.”<sup>26</sup>

Mas vejamos com mais detalhe de que maneira o direito de família, no seu aspecto de direito internacional privado, passou a ser objeto de regulação pela atual União Europeia. O primeiro instrumento comunitário adotado no domínio do direito de família foi o Regulamento (CE) n.º1347/2000, também conhecido como Regulamento Bruxelas II, que estabeleceu normas relativas à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal no âmbito de processos de natureza matrimonial. Todavia, tal texto legal não comportava regras em matéria de lei aplicável.

<sup>25</sup> O Regulamento **Bruxelas I** é o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial, o qual foi recentemente atualizado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012. O Regulamento **Bruxelas II-bis** é o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental. O Regulamento **Roma I** é o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Por último, o Regulamento **Roma II** é o Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais.

<sup>26</sup> CEBEDDU, MARIA GIOVANNA, “I contributi al diritto europeo della famiglia”, in PATTI, SALVATORE/ CEBEDDU, MARIA GIOVANNA (Org.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, p.11.

O então Regulamento Bruxelas II acabou sendo substituído pelo atual e ainda vigente Regulamento (CE) n.º 2201/2003, também chamado de Bruxelas II-*bis*<sup>27</sup>, o que não implicou em qualquer alteração em relação à lei aplicável nos procedimentos de separação ou divórcio. A questão da lei aplicável não foi sequer invocada durante as negociações do Bruxelas II-*bis*, permanecendo praticamente inalteradas as disposições em matéria matrimonial até então existentes.

O objetivo do atual Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho é permitir aos cônjuges a possibilidade de optar entre vários critérios alternativos de competência para a determinação do tribunal competente que julgará a causa de separação ou divórcio. Assim, neste momento anterior ao surgimento do Regulamento Roma III, um casal "internacional" que quisesse se divorciar ou se separar estaria sujeito somente às regras de competência do Regulamento Bruxelas II-*bis*.

Uma vez determinado o tribunal competente, segundo as regras de competência do Regulamento Bruxelas II-*bis*, a lei aplicável ao caso de divórcio e separação *sub judice* será aquela relativa ao conflito de leis em vigor no Estado-membro do tribunal competente. E isto representa um problema, pois muitas vezes as normas de conflitos de leis apresentam muitas diferenças entre os países, o que pode gerar consequências inesperadas e imprevisíveis aos cônjuges.

Tais situações de imprevisibilidade com relação à lei aplicável e da ausência de segurança jurídica para os casais internacionais já haviam sido identificadas pelo Conselho Europeu em 1998 o qual, por tais motivos, solicitou "que a possibilidade de elaborar um instrumento jurídico sobre a lei aplicável em matéria de divórcio fosse examinada no prazo de cinco anos a contar da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã".<sup>28</sup> Tinha início, assim, o "longo e sinuoso caminho"<sup>29</sup> para a elaboração do Regulamento Roma III.

Em novembro de 2004 o mesmo órgão convidou a Comissão a apresentar um Livro Verde sobre o assunto. E, de fato, a Comissão apresentou no ano seguinte seu Livro Verde sobre a lei aplicável e competência judicial em matéria matrimonial<sup>30</sup>. Tal documento lançou uma ampla consulta pública sobre as soluções possíveis para os problemas em matéria de lei aplicável ao divórcio e separação.

<sup>27</sup> Para um aprofundamento sobre os princípios fundadores e âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas II-*bis* ver: DE CESARI, PATRIZIA, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di liberta, sicurezza e giustizia*, 2. ed., Torino, G. Giappichelli, 2005, pp. 125-166.

<sup>28</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Proposta de regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial, Bruxelas, 17/07/2006 - COM (2206) 399 final, p. 02.

<sup>29</sup> A expressão é de: CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio in defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85. p. 53

<sup>30</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio, Bruxelas, 14.03.2005 - COM (2005) 82 final.

Em 17 de julho de 2006, colhidas as sugestões da consulta, a Comissão apresentou proposta de Regulamento para modificar o Regulamento n. 2201/03 (Bruxelas II-*bis*) introduzindo no texto normas relativas à lei aplicável em matéria matrimonial.<sup>31</sup>

Portanto, tratava-se de uma proposta de reforma do Regulamento Bruxelas II na parte processual e material para acrescentar um novo capítulo dedicado à harmonização das normas de conflito de leis em matéria matrimonial.

Imediatamente após a proposta da Comissão a Inglaterra e a Irlanda exerceram suas prerrogativas de *opt out*, sendo que e a Dinamarca não poderia *opt in*, pois a proposta de Regulamento trata de matéria relativa ao Título IV do Tratado (Vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas) ao qual a Inglaterra e a Irlanda têm a opção de aderir e a Dinamarca não pode, em nenhum caso, aderir.<sup>32</sup>

Dois anos se passaram da apresentação da proposta de Regulamento e mesmo dentre os 24 países remanescentes não foi possível chegar a um acordo quanto à proposta, muito embora vários Estados-membros ainda estivessem firmes no propósito de aceitá-la.<sup>33</sup> Em razão disso, a Comissão, em reunião realizada no começo de junho de 2008, constatou:

(...) a ausência de unanimidade sobre esta proposta e a existência de dificuldades insuperáveis que impossibilitavam a unanimidade, tanto nesse momento como num futuro próximo. O Conselho constatou que os objetivos da proposta não podiam ser alcançados num prazo razoável mediante a aplicação das disposições pertinentes dos Tratados.<sup>34</sup>

Diante dessa situação começou-se a pensar em uma alternativa e a solução encontrada pelos Estados que ainda estavam dispostos a adotar as medidas apresentadas pela proposta foi requerer à Comissão uma cooperação reforçada na matéria. A cooperação reforçada, como explicamos anteriormente na nota de pé de página n. 6, é um mecanismo que permite que alguns Estados-membros avancem mais rapidamente que outros no processo de integração.<sup>35</sup>

Muito embora, o aval da Comissão para o estabelecimento da cooperação reforçada tenha demorado aproximadamente dois anos para ser concedido, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009, a autorização finalmente foi outorgada.<sup>36</sup> Ao longo desse período de “gestação” a proposta inicial de emendar o Bruxelas II-*bis* foi, no entanto,

<sup>31</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Proposta de Regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial, Bruxelas, 17.07.2006 – COM(2006) 399 final.

<sup>32</sup> PEERS, STEVE, “Divorce, European Style: the first authorization of enhanced cooperation”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 339-358, p. 345.

<sup>33</sup> MCELEAVY, PETER, “Current developments of private international law”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, out. 2008, p. 979 ss.

<sup>34</sup> Conforme relata o considerando número 5 do Regulamento Roma III.

<sup>35</sup> Para mais informações sobre as funções, características e condições para a existência da cooperação reforçada no direito europeu ver: TIBERI, GIULIA, “L’integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell’Unione Europea”, in BASSANINI, Franco/ TIBERI, Giulia (Org.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010, cap. 15, pp. 303-324.

<sup>36</sup> PEERS, STEVE, “Divorce, European Style: the first authorization of enhanced cooperation”, in *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, p. 347.

abandonada e a questão passa a ser objeto de um Regulamento autônomo,<sup>37</sup> o atual Roma III: Regulamento UE n. 1259/2010, de 20 de dezembro de 2010.

O Regulamento entrou em vigor um dia após a sua publicação no diário oficial da União Europeia, porém as regras nele contidas só passaram a ser efetivamente aplicáveis a partir de 21 de junho de 2012.

### **3. O Regulamento n.1259/2010 como é hoje: estrutura geral, aplicação e relação com o Regulamento Bruxelas II-bis**

O Regulamento Roma III encontra-se dividido nas seguintes partes: Considerandos, Capítulo I (âmbito de aplicação e relação com o Regulamento Bruxelas II), Capítulo II (regras uniformes sobre a lei aplicável ao divórcio e separação judicial), Capítulo III (outras disposições) e Capítulo IV (disposições finais).<sup>38</sup>

Trataremos mais adiante - no ponto n. 4 do presente artigo - dos arts. 5º (escolha pelas partes da lei aplicável), 6º (aceitação e validade substancial do acordo de escolha da lei aplicável) e 7º (dos requisitos para a validade formal do referido acordo), pois estas normas contêm disposições interessantes e inovadoras que contemplam a admissão de certa parcela de autonomia das partes na escolha da lei aplicável ao divórcio e separação.

Por ora analisaremos, ainda que de maneira breve, os demais capítulos do Regulamento, os quais nos revelam sua estrutura, seu âmbito de aplicação e seu relacionamento com o Regulamento Bruxelas II-bis.

Pois bem, o Capítulo I fornece disposições referentes ao âmbito de aplicação do Regulamento. O art. 1º revela o primeiro ponto importante: o Regulamento é aplicável somente às situações que envolvam conflito de leis em matéria de divórcio ou separação judicial em circunstâncias "internacionais", ou seja, quando os cônjuges possuam nacionalidades distintas (matrimônios mistos) ou residam em Estados-membros diferentes de sua nacionalidade (matrimônios deslocalizados).

Por tratar-se de um Regulamento na modalidade de cooperação reforçada, atualmente possui aplicação geográfica restrita aos Estados-membros participantes, quais sejam: Bélgica, Bulgária, Alemanha, Espanha, França, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Áustria, Portugal, Romênia e Eslovênia. Isso significa que o Regulamento determinará qual será a lei aplicável ao divórcio ou separação em qualquer ação de

<sup>37</sup> Até 2010 a intenção da Comissão era de emendar um regulamento já existente (o Bruxelas II-bis) para nele introduzir a regulação da lei aplicável ao divórcio e separação judicial transnacionais. Quando se percebeu que os trabalhos e discussões não avançavam por falta de maioria, optou-se não só por propor um regulamento novo, que tratasse da matéria de forma autônoma, mas também foi feita a opção de editar tal regulamento como cooperação reforçada, de acordo com os requisitos e condições do TUE e do TFUE.

<sup>38</sup> Para entender bem a estrutura do Regulamento Roma III ver o breve, porém didático, artigo de: ARENAS GARCÍA, RAFAEL/ ORÓ MARTINEZ, CRISTIAN, *El Reglamento Roma III: la nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio*, Barcelona, 2011, in <<http://blogs.uab.cat/adipr/2011/01/02/el-reqlamento-roma-iii-la-nueva-regulacion-de-la-ley-aplicable-a-la-separacion-judicial-y-al-divorcio/>> (19.08.2013).

separação ou divórcio que envolva conflito de leis em matéria matrimonial ajuizada em tribunais destes Estados participantes.

O art. 4º nos revela também que o mesmo possui aplicação universal: a lei designada pelo Regulamento para regular o divórcio ou separação será aplicada mesmo que seja a lei de um Estado-membro não participante da cooperação reforçada. Regras dessa natureza também estão presentes em outros regulamentos como o Roma I,<sup>39</sup> Roma II,<sup>40</sup> o Regulamento n.650/2012<sup>41</sup> e ainda na Convenção da Haia de 1996.<sup>42</sup>

Complementar ao disposto no art. 4º verificamos a regra do art. 11º que determina a exclusão do reenvio, ou seja, toda vez que o Regulamento fizer remissão à lei de um Estado (não importando se o mesmo faz parte da cooperação reforçada) o faz tendo em conta o direito material daquele Estado e não suas normas internas de direito internacional privado. Desta forma, uma vez designada a lei aplicável segundo as regras do Regulamento não se deve questionar se esta lei “quer” ser aplicada ao caso.<sup>43</sup>

O art. 2º, por sua vez, se antecipa a qualquer dúvida que o novo Regulamento possa suscitar, pois determina que a vigência do Roma III não afeta a aplicação do Regulamento Bruxelas II-*bis*. Enquanto que Bruxelas II-*bis* permite aos cônjuges saber qual tribunal é competente para julgar o divórcio ou separação e de que modo essa decisão circulará em outros Estados-membros, o Regulamento Roma III veio para complementar essas regras de competência determinando, por sua vez, a lei aplicável ao divórcio ou separação.

Outra disposição muito relevante é a contida no art. 1º, n. 2. Aqui tomamos conhecimento das situações em que o Regulamento não é aplicável. Da leitura deste dispositivo verificamos que o Regulamento afasta sua aplicação em muitas matérias profundamente conectadas com a ação de separação e divórcio tais como: a capacidade jurídica das pessoas; a existência, validade ou reconhecimento do casamento; a anulação do casamento; o nome dos cônjuges; os efeitos patrimoniais do casamento; a responsabilidade parental; as obrigações alimentares, *trusts* ou sucessões.

O Regulamento, portanto, não se ocupa de todas as questões vinculadas à dissolução do vínculo matrimonial por divórcio ou separação, aliás, conforme determinado pelo art. 1º, ele se ocupa única e exclusivamente da questão principal: a dissolução do matrimônio por divórcio ou separação. Assim, as demais questões ditas incidentais ou preliminares que frequentemente estão ligadas à dissolução do matrimônio não são reguladas pelas regras de conflitos de leis estabelecidas pelo Regulamento.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Ver art. 20.

<sup>40</sup> Ver art. 24.

<sup>41</sup> Ver art. 20.

<sup>42</sup> Ver art. 20.

<sup>43</sup> FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver p. 100.

<sup>44</sup> Assim é a opinião de: FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver pp. 92 e 105.

Assim, por exemplo, um tribunal espanhol que seja competente para julgar um caso de divórcio ou separação conectado a diversos ordenamentos jurídicos deverá aplicar o Regulamento Roma III para determinar qual ordenamento rege o caso, mas aplicará outras normas de direito internacional privado (de fonte nacional ou internacional) para os efeitos da dissolução do casamento tais como a divisão dos bens, o sobrenome dos cônjuges e a responsabilidade parental (guarda, regime de visitas e administração do património dos menores) só para citar alguns exemplos.

A questão das obrigações alimentares já possui regulação europeia própria por meio do Regulamento 4/2009,<sup>45</sup> bem como o tema da responsabilidade parental (guarda, regime de visitas e administração do património dos menores) que é regulado pela Convenção da Haia de 1996,<sup>46</sup> a qual está em vigor na maioria dos Estados-membros.<sup>47</sup>

Franzina destaca que a decisão de não alargar o âmbito de aplicação do Regulamento Roma III para além da questão principal da dissolução do vínculo matrimonial pode ser explicada por razões práticas, como a dificuldade de se chegar a um acordo entre os Estados-membros relativamente a todas as questões "conectadas" ao fim do casamento e a existência de outros corpos legislativos que já regulavam essas matérias como o Regulamento 4/2009 e a Convenção de Haia de 1996 referidos acima. Ademais, o autor também alude ao perigo de acentuada incerteza jurídica que um panorama legal fragmentado como esse pode acarretar. A coordenação entre diversos sistemas legais de direito privado europeu é uma operação muito delicada que requer cuidadosa técnica de interpretação.<sup>48</sup>

Visto o âmbito de aplicação do Regulamento Roma III é hora de examinar, ainda que brevemente, os art. 8º, 9º, 10º, 13º, 14º, 15º e 16º, com o intuito de fornecer ao leitor um desenho geral do Regulamento, sem a pretensão de exaurir o conteúdo e os problemas que possam advir da interpretação do texto destes artigos.

Iniciemos, pois, pelo art. 8º que determina a lei aplicável nos casos em que os cônjuges, por algum motivo, não exercitaram seu direito de escolha nos termos do art. 5º. Para estes casos o Regulamento definiu a regra do art. 8º, a qual, segundo a concepção de Carrascosa González, institui uma "norma de conflito multilateral",<sup>49</sup> pois ela "localiza o divórcio/separação judicial no Estado com o qual o litígio apresenta os vínculos mais estreitos, (...) o que pode conduzir à aplicação da Lei de qualquer Estado, sem preferências

<sup>45</sup> Regulamento (CE) n.º 4/2009, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.

<sup>46</sup> **Convenção relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de poder paternal e de medidas de proteção de menores de 19 de outubro de 1996.**

<sup>47</sup> Portugal procedeu ao depósito do seu instrumento de aprovação à Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996, de modo que a Convenção entrou em vigor em Portugal no dia 1 de agosto de 2011.

<sup>48</sup> FRANZINA, PIETRO, "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver p. 92.

<sup>49</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85, ver p.63. Importante referir que para Franzina o Regulamento Roma III adota o sistema de conflito de leis bilateral (e não multilateral como refere Carrascosa González): "The methodological opposition we have mentioned before, between the approach based on the systematic application of the *lex fori* and the approach involving the use of bilateral conflict-of-laws rules, has been resolved, in the Regulation, in favor of the latter." FRANZINA, PIETRO, "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver p. 93.

por um ou outro”.<sup>50</sup> A opção do legislador ao definir “normas de conflitos multilaterais” no art. 8º denota sua intenção de propiciar certeza do direito e a segurança jurídica às partes envolvidas, afastando-se do método unilateral francês, o qual, na opinião de Carrascosa, dificulta a determinação lei aplicável sem trazer qualquer vantagem material.<sup>51</sup>

De fato, da leitura do art. 8º, verificamos que na ausência de acordo entre as partes sobre a lei aplicável, o divórcio e a separação serão regidos por uma “cascata”<sup>52</sup> formada por quatro elementos de conexão: (a) a residência habitual dos cônjuges quando da instauração do processo no tribunal, ou (b) a última residência habitual dos cônjuges, cujo período não tenha terminado há mais de um ano antes do início da ação de divórcio/separação, desde que um dos cônjuges ainda aí resida, ou (c) a nacionalidade de ambos os cônjuges, ou, em último caso (d) a lei do foro.

O Regulamento Roma III não contém, entretanto, nenhuma disposição quanto ao significado exato da expressão “residência habitual dos cônjuges”. O mais correto seria recorrer ao que estabelece o Regulamento Bruxelas II-*bis* nesse sentido, ou seja, a residência habitual dos cônjuges é o lugar onde o casal fixou voluntariamente o centro de seus interesses sociais permanentes.<sup>53</sup> Além disso, da leitura dos elementos de conexão dispostos no art. 8º percebe-se o afastamento da nacionalidade como elemento de conexão principal comparado à posição protagonista adquirida pela residência habitual.<sup>54</sup>

Nota-se também que o art. 8º evitou a solução simplista de aplicação direta da *lex fori* para dirimir os casos de divórcio e separação,<sup>55</sup> pois as duas primeiras soluções oferecidas recaem sob a lei do Estado de residência habitual do cônjuges (itens a e b), na sua ausência é aplicada a lei da nacionalidade de ambos os cônjuges (item c) e apenas residualmente é aplicada a lei do foro.<sup>56</sup>

Sobre a questão de saber quando a lei do foro deve ser aplicada ao caso de separação ou divórcio o Regulamento possui uma regra específica no art. 10º: deve ser aplicada a lei do foro sempre que a lei designada pelos art. 5º e 8º não preveja o divórcio, não conceda igualdade de condições aos cônjuges no acesso ao divórcio ou separação em razão do sexo.

<sup>50</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85, ver p.63 (tradução nossa).

<sup>51</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85, ver p.64.

<sup>52</sup> A expressão é de DE VIDO, SARA, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 222-232, ver p. 228.

<sup>53</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85, ver pp.73-74.

<sup>54</sup> DE VIDO, SARA, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 222-232, ver p.231.

<sup>55</sup> Para Franzina, no entanto, o uso da *lex fori* tem suas motivações, as quais não podem ser deixadas em segundo plano. Para a análise elaborada pelo autor quanto aos prós e contras em se usar a *lex fori* ou regras de conflito de leis de caráter bilateral ver: FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver p. 93-96.

<sup>56</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85, ver p.64.

Aplicar a lei do foro sempre que um ordenamento designado não preveja o divórcio constitui uma previsão claramente orientada pelo princípio do *favor divortii*, ou seja, o Regulamento dá preferência às legislações que permitem o divórcio em detrimento daquelas que por razão políticas, sociais e culturais não o permitem. Verifica-se que o Regulamento não oferece elementos de conexão neutros quanto às escolhas legislativas dos Estados, pelo contrário atua de forma materialmente orientada.<sup>57</sup>

Por outro lado, aplicar a lei do foro sempre que a lei designada colocar obstáculos ou discriminar os cônjuges para obter o divórcio em razão de sexo vai ao encontro do respeito aos direitos fundamentais assegurados nos Tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.<sup>58</sup> No entanto, essa disposição pode ser considerada um pouco redundante, pois nesses casos de discriminação em razão do gênero deve ser considerada como contrária à ordem pública, ao menos segundo a perspectiva dos direitos internos dos Estados que participam da cooperação reforçada.

Passemos agora para a análise do art. 9º, item 1, o qual introduz regra que não estava presente na proposta original apresentada pela Comissão e é específica para os casos de conversão da separação em divórcio. Dispõe o referido artigo que a lei que for aplicada para regular a separação também regulará o divórcio, salvo se as partes tenham estipulado em contrário por acordo ou se a lei que determinou a separação não preveja a conversão em divórcio. Nesse último caso será aplicada a lei escolhida pelas partes (art. 5º) ou a lei que o Regulamento determina (art. 8º).

O critério por traz desta disposição é a manutenção de uma unidade ou continuidade entre os procedimentos da separação e do divórcio, de forma que o art. 9º institui um “elemento de conexão acessório”,<sup>59</sup> pois a lei aplicável ao divórcio é designada de acordo com a lei aplicada à separação.

Seguindo a leitura do art. 9º encontramos o item n.2 que estabelece que “se a lei que foi aplicada à separação judicial não previr conversão dessa separação em divórcio, aplica-se o art. 8º, salvo acordo em contrário entre as partes em conformidade com o art.5º”. Tal disposição deve ser lida em conjunto com o art. 13º que determina que os Estados-membros participantes que não prevejam em seu ordenamento o divórcio não são obrigados a pronunciá-lo nos termos do Regulamento.

Assim, se um Estado concede a separação judicial, mas não pode convertê-la em divórcio por ausência de previsão legal, ele não será obrigado a isso. Mas nem por isto as partes envolvidas serão prejudicadas, pois o art. 9º, item n.2, determina que nesses casos as

<sup>57</sup> QUEIROLO, ILARIA, *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, Catania, 2009, in <[http://www.cde.unict.it/sites/default/files/15\\_2009.pdf](http://www.cde.unict.it/sites/default/files/15_2009.pdf)> (15.08.2013), p.10.

<sup>58</sup> A Carta foi proclamada solenemente pelo [Parlamento Europeu](#), pelo [Conselho da União Europeia](#) e pela [Comissão Europeia](#) em 07 de dezembro de 2000, porém não possuía valor jurídico vinculante aos seus signatários. Com a assinatura do Tratado de Lisboa a Carta passou a ser juridicamente vinculativa em todos os países, exceto na [Polónia](#) e no [Reino Unido](#).

<sup>59</sup> FRANZINA, PIETRO, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129, ver. p.118.



partes possam escolher a lei a ser aplicada ou na ausência dessa escolha o Regulamento determina qual será a lei aplicável segundo os elementos de conexão do art. 8º.

Outras regras dignas de nossa atenção são as contidas nos art. 14º, 15º e 16º que dizem respeito às situações nas quais o Regulamento determina como aplicável a lei de um Estado cujo ordenamento interno tenha caráter plurilegislativo.

Os ordenamentos plurilegislativos são caracterizados pela vigência contemporânea de sistemas normativos distintos dentro de um mesmo Estado que regulam a mesma matéria. Essas diferenças podem se basear em termos territoriais ou pessoais, segundo diferentes etnias e religiões. Mas por que o Regulamento Roma III se preocupou os Estados plurilegislativos? Por dois motivos, em nossa opinião.

O primeiro diz respeito ao fato que a União Europeia é constituída de vinte e sete países, mas os direitos de família vigentes são mais de vinte e sete, pois alguns Estados-membros possuem mais de um ordenamento jurídico nesse âmbito: são os Estados plurilegislativos. Um exemplo de Estado participante da cooperação reforçada que apresenta sistemas normativos diversos dentro do mesmo território é a Espanha, composta por Comunidades Autônomas, que possuem a condição de "nacionalidades históricas".<sup>60</sup>

Há ainda outros países europeus que também são Estados plurilegislativos. Conforme relata Finocchiaro, no Chipre:

(...) ogni comunità religiosa (ortodossa, islamica, cattolica) ha un suo diritto matrimoniale; analogamente vi sono differenze del diritto matrimoniale in Gran Bretagna, nelle diverse realtà territoriali che la compongono (Inghilterra, Scozia, Galles, Irlanda del Nord) e in Spagna (Castiglia e Aragona).<sup>61</sup>

O segundo motivo para a previsão de regras relacionadas aos Estados plurilegislativos no Regulamento Roma III é que, como mencionado anteriormente, o Regulamento tem caráter universal, podendo ser aplicado mesmo quando a lei aplicável individuada seja de um Estado-membro que não participa da cooperação reforçada ou mesmo seja um estado terceiro. Em consideração a esse caráter universal não se excluiu um eventual direcionamento a um ordenamento não unificado pelo Regulamento. Daí a necessidade de prever no texto do Regulamento uma regra específica para os ordenamentos plurilegislativos com base territorial e com base pessoal.

Isso fica mais claro através da leitura do art. 14º (estados plurilegislativos com base territorial) e art. 15º (com base pessoal), como veremos a seguir.

<sup>60</sup> A Constituição espanhola de 1978 reconhece em seu art. 2º a autonomia das nacionalidades e regiões que integram a nação espanhola: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas". No Título VIII da Constituição esse reconhecimento é regulado de forma mais específica, pois são determinadas quais são as competências exclusivas do Estado e das Comunidades Autônomas.

<sup>61</sup> FINOCCHIARO, ALFIO, "Le prospettive europee del diritto di famiglia", in ANDRINI, MARIA CLAUDIA (Org.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007, cap. 01. pp. 01-02.

O art. 14º se ocupa dos conflitos interterritoriais e estabelece uma regra de remissão direta nas letras 'a' e 'b', ou seja, sempre que o Regulamento referir à lei de um Estado ou à residência habitual em um Estado que possua caráter plurilegislativo considera-se que a referência é à lei da unidade territorial pertinente às partes envolvidas. Mas também o art. 14º estabelece uma regra tríplice com caráter alternativo na letra 'c', assim, sempre que o Regulamento referir à nacionalidade diz respeito à unidade territorial pertinente, ou, unidade territorial escolhida pelas partes, ou, unidade territorial que apresentar ligação mais estreita com os cônjuges.

O art. 15º, por outro lado, se ocupa dos conflitos de leis nos estados plurilegislativos com base pessoal. Assim, sempre que o Regulamento fizer referência à aplicação da lei desses estados ela deve ser entendida como aquela determinada pelas normas em vigor nesse estado ou, na falta dessa, à lei com a qual os cônjuges tenham uma ligação mais estreita.

Aqui nos permitimos fazer uma crítica: tendo em conta que o Regulamento valoriza a autonomia das partes para a designação da lei aplicável ele poderia também abrir essa possibilidade de escolha em relação à definição de qual estatuto jurídico do Estado plurilegislativo as partes querem ver aplicadas ao seu caso. No entanto, verifica-se que quando o elemento de conexão é a nacionalidade (art.14º, c) ou é a lei aplicável a uma certa categoria de pessoas o Regulamento opta pela remissão indireta em detrimento de uma maior autonomia das partes.

À primeira vista esse conjunto de regras relativo aos Estados com ordenamento plurilegislativos pode parecer secundário ou residual para quem não é habituado aos instrumentos legais de direito internacional privado. Entretanto, sua importância é muito grande devido não somente à existência de Estados plurilegislativos dentro da União Europeia, mas também ao já consolidado fenômeno de imigração observado em muitos países europeus como a Itália, França, Espanha e Alemanha. Estes países são destinos comuns para imigrantes de todo o mundo e tal fato aumenta as chances de que um juiz italiano ou alemão, por exemplo, tenha que aplicar para a resolução de um caso as regras jurídicas de países como China, Índia, Paquistão, etc.

Há ainda pouca jurisprudência relativa a casos envolvendo Estados plurilegislativos conforme regulados pelo Regulamento Roma III, visto que o mesmo é aplicável há pouco mais de um ano (junho de 2012), e por isso proponho um exercício de analogia com um caso real ajuizado no Tribunal de Belluno, Itália em 2006<sup>62</sup> para que se tenha uma ideia da segurança jurídica que o texto do Regulamento traz.

Um casal de cidadania indiana, com residência habitual e regular na Itália, decide se divorciar e para isso propõe demanda às autoridades judiciais italianas pedindo que o divórcio seja decretado em conformidade com a lei indiana.

---

<sup>62</sup> Tribunal de Belluno, sentença n. 106 de 6 de março de 2009. Caso referido por Carola Ricci em: "La legge applicabile al divorzio tra cittadini di stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee", p.71.

A Índia é um exemplo clássico de Estado plurilegislativo com base pessoal, no qual coexistem sistemas jurídicos com base nas diferenças religiosas e étnicas. O casal pediu ao juiz que pronunciasse o divórcio direto por consenso mútuo, sem separação prévia, com base em determinada lei indiana, pois se fosse aplicada a lei italiana o divórcio só aconteceria três anos depois da separação judicial.<sup>63</sup>

Em primeiro lugar, o juiz determinou que o foro competente com base no Regulamento Bruxelas II era o da residência habitual dos cônjuges, no caso, a Itália e declarou-se competente para julgar a causa. Na determinação da lei aplicável o juiz italiano utilizou-se das regras internas de direito internacional privado, inclusive no que se referiam aos estados plurilegislativos e concedeu o divórcio ao casal segundo a lei indiana.

Caso essa ação tivesse sido ajuizada após 21 de junho de 2012, em plena vigência do Regulamento Roma III, o resultado não teria sido muito diferente. Como as partes desejavam expressamente aplicar a lei indiana para o seu divórcio elas poderiam fazer uso da faculdade de escolher a lei aplicável (art. 5º, 'c') escolhendo a lei de sua nacionalidade comum (indiana).

E, tendo em vista que o elemento de conexão é a nacionalidade de um Estado plurilegislativo, qualquer dúvida que se tenha sobre o que se entende por nacional deste Estado será resolvida pelas normas internas a esse respeito na Índia. No caso em tela, foi aplicado o estatuto legal da lei hinduísta, tendo em vista que os cônjuges pertenciam a esta religião.

Finalmente, relativamente aos Capítulos III e IV do Regulamento Roma III a disposição mais relevante é a que estabelece que o Regulamento entra em vigor em 20 de dezembro de 2010, mas só será aplicável aos processos de separação e divórcio e aos acordos de escolha de lei aplicável a partir de 21 de junho de 2012.

Apresentada a evolução histórica da aprovação do Regulamento (item n.2) bem como o seu âmbito de aplicação, estrutura, características e relação com o Regulamento Bruxelas II (item n.3), no item n. 4 passaremos a analisar a autonomia das partes na escolha da lei aplicável.

---

<sup>63</sup> Segundo a lei italiana para a obtenção do divórcio o casal deve estar separado judicialmente há três anos, portanto, nos casos ditos 'normais' não há divórcio direto por mútuo consenso. A única possibilidade de divórcio direto é a incidência em um dos casos previstos taxativamente pela Lei n. 898 de 1970. Como explica Ilaria Queirolo: "In Italia lo scioglimento del vincolo coniugale può essere pronunciato solo con sentenza, dopo che il giudice abbia accertato, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 898 del 1970, sia l'esistenza di una delle cause tassativamente previste, sia la concreta impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione di vita tra i coniugi; le cause di divorzio previste dalla legge sono, come noto, la separazione legale protrattasi ininterrottamente per un triennio, la condanna per taluni reati gravissimi a carico di un coniuge, la non consumazione del matrimonio, il mutamento di sesso di un coniuge, l'aver ottenuto il divorzio o un nuovo matrimonio all'estero da parte del coniuge, cittadino straniero." ("Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria", p. 19.)

#### 4. Autonomia das partes na escolha da lei aplicável e o direito internacional privado de família

Se a harmonização da lei aplicável em matéria de divórcios e separações já representa por si só um passo importante para garantir a previsibilidade e segurança jurídica para os casais internacionais na União Europeia, podemos afirmar que uma conquista ainda maior foi a afirmação da autonomia das partes na hora de escolher, através de um acordo entre o casal, a lei que será aplicada na eventualidade do desfazimento do vínculo matrimonial por meio da separação ou divórcio.<sup>64</sup> Esta é a conquista que ficou expressa no Capítulo II do Regulamento Roma III e que será objeto de análise a seguir.

Mas antes de observarmos de que maneira e sob quais condições os cônjuges podem escolher a lei aplicável ao seu divórcio internacional devemos fazer um pequeno aparte sobre a delicada questão de se autorizar o exercício da autonomia privada<sup>65</sup> em um âmbito do direito que é tradicionalmente regulado por regras cogentes, revestidas de interesse público, as quais as partes na maioria dos casos não podem afastar de acordo com a sua vontade.

A doutrina assinala que nos últimos vinte anos o direito internacional privado europeu tem admitido pouco a pouco a possibilidade da autonomia privada em matéria de conflitos familiares.<sup>66</sup> De maneira cada vez mais frequente são oferecidas opções, ainda que

<sup>64</sup> Ao menos essa é a opinião dominante nos textos consultados para a elaboração do presente artigo. Cabe ressaltar que a maioria dos artigos e capítulos de livros consultados foi escrito anteriormente à aprovação final do Regulamento Roma III, entretanto, como observamos acima, o processo de elaboração do atual Regulamento foi longo e poucas modificações foram feitas ao texto. Por essa razão essas obras são fontes seguras de consulta, pelo menos enquanto bibliografia mais recente sobre o assunto não é produzida. Segue o elenco dos autores consultados que entendem como um avanço a admissão da autonomia privada na escolha da lei aplicável em material de divórcio e separação: BONOMI, ANDREA, "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario", in BARATTI, STEFANI/ RICCI, CAROLA (Org.), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, cap.5, pp. 91-106.; GAERTNER, VERONICA, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments", in *Journal of Private International Law*, vol. 02, n. 01, abril 2006, pp. 99-136.; PEERS, STEVE, "Divorce, European Style: the first authorization of enhanced cooperation", in *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 339-358.; YETANO, TONI MARZAL, "The constitutionalization of autonomy in european family law", in *Journal of Private International Law*, vol. 06, n. 01, abril 2010, pp. 155-193.

<sup>65</sup> Cumpre observar que a expressão "autonomia privada" não é equivalente à expressão "autonomia da vontade" no âmbito do direito civil. Esta última diz respeito à concepção voluntarista da autonomia enquanto liberdade de contratar, correspondendo a diversos e concomitantes significados segundo Judith Martins-Costa: "a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo 'um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos'; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que "espontânea" composição dos interesses econômicos interprivados." (Ver: MARTINS-COSTA, JUDITH, "Reflexões sobre o princípio da funação social dos contratos", in *Revista Direito GV*, vol. 1, n.1, maio 2005, pp. 41-66, ver p. 43). A autonomia privado, por outro lado, deve desconectar-se do voluntarismo, pois "encontra necessária conexão funcional no alargamento da idéia de responsabilidade" (Ver: MARTINS-COSTA, JUDITH, "Reflexões sobre o princípio da funação social dos contratos", in *Revista Direito GV*, vol. 1, n.1, maio 2005, pp. 41-66, ver pp. 44-45).

<sup>66</sup> Alguns exemplos de autores que assinalam essa mudança de postura: BOELE-WOELKI, KATHARINA, "The principles of European family law: its aims and prospects", in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n. 2, dez. 2005, p. 162 ss.; RICCI, CAROLA, "La legge applicabile al divorzio tra cittadini di stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee", in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 47, n. 1, 2010, pp. 55-80. p. 64 ss.; QUEIROLO, ILARIA, *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, Catania, 2009, in <[http://www.cde.unict.it/sites/default/files/15\\_2009.pdf](http://www.cde.unict.it/sites/default/files/15_2009.pdf)> (15.08.2013), p. 13 ss.

previamente limitadas, para a escolha da lei aplicável<sup>67</sup> e geralmente a escolha se dá entre elementos de conexão significativos para o caso.

Como se sabe, tradicionalmente, o direito de família por tratar de questões como filiação, casamento e sucessão é o ramo do direito civil menos aberto à autonomia privada e esta tradição essencialmente civilista se estende para as regras de direito internacional privado que tratam destes mesmos assuntos.

Tal fenómeno é absolutamente compreensível, pois o direito de família está intimamente ligado aos valores e às tradições jurídicas de uma sociedade. De maneira que há legítimo interesse público em editar normas imperativas, por exemplo, quanto ao reconhecimento de filhos, pagamento de alimentos, guarda de menores, etc. O mesmo interesse não se verifica com tanta intensidade em outros ramos do direito civil como o direito dos contratos e direito das obrigações, áreas em que a autonomia privada não só é admitida, mas também incentivada.

Era dado como óbvio que a harmonização europeia das regras sobre lei aplicável em matéria de divórcio era uma medida necessária para garantir a livre circulação dos cidadãos europeus garantindo a previsibilidade da lei que regerá uma situação socialmente complicada como o divórcio ou a separação judicial. A constatação dessa situação, como mencionado anteriormente, ficou bem clara quando a Comissão elaborou o Livro Verde sobre o assunto em 2005 e também quando alguns Estados-membros, mesmo diante de um impasse insuperável, resolveram adotar uma cooperação reforçada para regular a matéria.

O que chama a atenção, portanto, não é o fato de ter-se adotado um Regulamento sobre a lei aplicável em matéria de divórcio, isso ocorreria mais cedo ou mais tarde. O ponto marcante do Regulamento Roma III é que suas disposições representam uma ruptura com a tradição do direito de família possibilitando que as partes possam escolher a lei aplicável ao seu divórcio ou separação, muito embora essa liberdade de escolha se dê de forma excepcional e com pouca flexibilidade quanto às opções. Muitos autores saúdam essa mudança, mas ainda com certa desconfiança.<sup>68</sup>

A introdução da autonomia privada em matéria de direito de família pode trazer efeitos potencialmente perigosos: como o efeito de permitir que os indivíduos façam um *opt out* do direito de família doméstico o que contraria fortemente a índole cogente das disposições de

<sup>67</sup> Além do Regulamento Roma III também há outros regulamentos que também autorizam às partes envolvidas a faculdade de realizar acordos de escolha da lei aplicável e do tribunal competente para julgar o caso. Para uma análise completa destes Regulamentos bem como a comparação entre eles consultar: CARRUTHERS, JANEEN, "Party autonomy in legal regulation of adult relationships: what place for party choice in private international law?", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, out. 2012, pp. 881-913, ver. pp. 896-906.

<sup>68</sup> Os seguintes textos descrevem e analisam de maneira clara os aspectos negativos e positivos da autonomia privada na escolha da lei aplicável ao divórcio e separação judicial no complexo e heterogêneo contexto europeu no qual existem países muito liberais acerca do divórcio e outras questões familiares como a Finlândia e Suécia e outros muito restritivos como Malta: RICCI, CAROLA, "La legge applicabile al divorzio tra cittadini di stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee", in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 47, n. 1, 2010, pp. 55-80.; GAERTNER, VERÓNICA, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments", in *Journal of Private International Law*, vol. 02, n. 01, abril 2006, pp. 99-136.

direito de família. Ou ainda o efeito de gerar uma “competição” entre sistemas legais, os quais competiriam para atrair o “consumidor” com seus “produtos de direito de família” mais liberais, menos restritivos. Isso sem mencionar o efeito da liberalização das relações de direito de família, pois se a parte tem autonomia para escolher a lei aplicável, ela certamente escolherá a lei menos restritiva fazendo com que as restrições intencionadas pela lei nacional percam sua efetividade.

De qualquer maneira, os considerandos 14, 15 e 16 do Regulamento Roma III evidenciam que a possibilidade de escolha da lei aplicável constitui um dos objetivos principais do Regulamento e tem o intuito de facilitar a mobilidade dos cidadãos através da flexibilização de certos aspectos (escolha da lei aplicável) e o aprimoramento da segurança jurídica por outro.

Tendo em vista as considerações acima resta saber segundo quais condições o Regulamento possibilita a escolha da lei aplicável pelas partes envolvidas no divórcio ou separação.

Vejamos, primeiramente, o art. 5º que determina quais são os elementos de conexão dentre os quais cônjuges podem exercer a sua autonomia: (a) a lei do estado de residência habitual do casal quando se celebra o acordo de escolha da lei, ou (b) a lei do estado da última residência habitual dos cônjuges desde que um deles ainda aí resida, ou (c) a lei do estado de nacionalidade de um dos cônjuges à data de celebração do acordo, ou (d) a lei do foro (*lexfori*).

Importante referir que qualquer um dos elementos de conexão acima pode ser escolhido pelos cônjuges. Nenhum precede o outro.

Observa-se que o Regulamento limita a escolha da lei aplicável e esse limite leva em consideração a lei do país com o qual o casal tem especial conexão (seja pela residência habitual seja pela nacionalidade) ou a lei do foro. Além disso, o considerando 16 deixa claro outra limitação: a lei escolhida deverá respeitar os direitos fundamentais reconhecidos nos Tratados e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Assim, como determina o art. 10º, caso a lei aplicável segundo os critérios do art. 5º não preveja o divórcio ou não trate os cônjuges com igualdade em relação ao sexo aplicar-se-á a lei do foro.

O Regulamento também enfatiza que essa escolha deve ser uma escolha esclarecida,<sup>69</sup> ou seja, cada cônjuge deve estar consciente e conhecer as consequências judiciais e sociais de sua escolha. Para garantir isso, o considerando 17 determina que a Comissão deve atualizar constantemente um sítio eletrônico destinado ao público com informações sobre os aspectos essenciais das leis nacionais e comunitárias relativas ao divórcio e separação.

---

<sup>69</sup> Conforme explicita claramente o considerando 18 do Regulamento: “**A escolha esclarecida de ambos os cônjuges constitui um princípio essencial do presente regulamento.** Cada cônjuge deverá saber exatamente quais são as consequências jurídicas e sociais da escolha da lei aplicável. A possibilidade de escolher de comum acordo a lei aplicável não deverá prejudicar os direitos e a igualdade de oportunidades dos cônjuges. A este respeito, os tribunais dos Estados-Membros participantes deverão estar conscientes da importância da escolha esclarecida de ambos os cônjuges no que diz respeito às consequências jurídicas do acordo de escolha de lei.” (grifos nossos)

Determinadas as opções disponíveis para a lei aplicável o Regulamento também dispõe de que forma essa escolha deverá ser feita. Em primeiro lugar, o casal deverá celebrar um acordo decidindo isto, o qual, para ser válido deve ser escrito, datado e assinado por ambos os cônjuges. Equivale à forma escrita qualquer comunicação por via eletrônica que permita registro duradouro.

Tal acordo pode ser celebrado ou alterado a qualquer momento até a data de instauração do processo de separação ou divórcio no tribunal. Caso a lei do foro permita, as partes também podem designar a lei aplicável durante o processo.<sup>70</sup> Formalidades adicionais para a validade do acordo só deverão ser cumpridas se a lei de um Estado-membro participante no qual ambos ou apenas um dos cônjuges possua residência habitual assim o exigir.

E o que ocorre quando o casal não escolhe a lei aplicável? O art. 8º cuida dessas situações determinando de forma obrigatória qual será a lei aplicável: a lei do estado de residência habitual dos cônjuges à data de instauração do processo, ou, na sua falta, a lei do estado da última residência habitual dos cônjuges desde que o período de residência não tenha terminado há mais de um ano antes do processo e que um dos cônjuges ainda resida ali, ou, na sua falta, a lei da nacionalidade de ambos os cônjuges, ou, na sua falta, a lei do foro.

## 5. Considerações finais

Muito embora a europeização do direito internacional privado seja um fenômeno recente, trata-se, na verdade, de uma tendência que se dirige a uma consolidação. Prova disso são os numerosos instrumentos comunitários (agora ditos europeus) que ao longo dos últimos anos buscaram harmonizar as regras de direito internacional privado dos Estados-membros. Está em andamento, portanto, um processo de unificação do direito internacional privado em nível europeu e o instrumento usado para levar a cabo tal tarefa é o Regulamento. Por ser aplicável diretamente dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros sem a

---

<sup>70</sup> Essa determinação está contida no art. 5º, alínea 3, e é assim expressa: "Se a lei do foro assim o determinar, os cônjuges podem ainda designar a lei aplicável perante o tribunal durante o processo. Nesse caso, essa designação será registada em tribunal nos termos da lei do foro." Em recente sentença de um Tribunal italiano (Ordinanza del Tribunale di Milano, 11.12.2012, *in* <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8616.pdf>) levantou-se a questão de saber como agir nos casos em que a lei do foro não contenha nenhuma disposição que estabeleça de maneira específica se os cônjuges podem ou não acordar a lei aplicável ao seu divórcio ou separação com o respectivo processo já em andamento. Em outras palavras, o que fazer quando a lei nacional não é suficientemente explícita nesse sentido? O caso em questão trata do pedido de divórcio feito por um casal de equatorianos, com residência fixa na Itália, que queria ter seu divórcio decretado segundo a legislação do Equador. Da leitura da sentença é interessante observar que o juiz determina a aplicação do Regulamento Roma III ao caso, estabelecendo não só sua competência para julgar o feito, mas também determinando um prazo para que as partes juntem aos autos um acordo sobre qual lei desejam aplicar ao processo de divórcio em andamento, sem que as partes tenham manifestado qualquer vontade nesse sentido. Para justificar tal decisão o magistrado invoca os considerandos 18 e 19 do Regulamento que determinam que os Tribunais dos países membros tem o dever de informar às partes sobre a importância dos acordos de escolha de lei aplicável. Além disso, na ausência de qualquer vedação expressa da lei italiana, o juiz interpretou dispositivo do Código de Processo Civil italiano de maneira a permitir que as partes possam celebrar acordo de escolha da lei aplicável no curso do processo.

necessidade de posteriores atos ratificadores o Regulamento permite uniformizar completamente as regras nacionais.<sup>71</sup>

Referimos ao longo do presente artigo que muito antes de se pensar em regular o âmbito das relações familiares transnacionais através da edição do recente Regulamento Roma III, a então Comunidade Europeia, hoje União Europeia, preocupou-se primeiramente em regular outras áreas do direito internacional privado: como o reconhecimento de sentenças judiciais em matéria civil e comercial, o direito das obrigações e dos contratos e a responsabilidade civil, por meio dos Regulamentos Bruxelas I, II, Roma I e II.

Portanto, podemos dizer que se as questões de direito de família foram tratadas com relativo atraso em relação às demais matérias civilísticas isso se deve à natural resistência das sociedades em modificar leis que são fortemente ligadas às tradições, costumes e aspectos culturais e religiosos.<sup>72</sup>

Não obstante a presença dessa barreira cultural, o legislador europeu, em face das competências atribuídas pelo Tratado de Amsterdã e posteriormente confirmadas e reforçadas pelo atual Tratado de Lisboa, não fechou os olhos à realidade social dos países-membros. A facilidade dos deslocamentos, o sempre crescente número de casamentos entre pessoas de nacionalidades diversas, o incremento das trocas econômicas e culturais dentro do espaço europeu são os fatores que justificaram a ação do legislador europeu para garantir a existência do espaço de segurança, liberdade e justiça como determinado pelo texto do Tratado.

Como primeira resposta ao problema foi editado o Regulamento Bruxelas II (substituído pelo Regulamento Bruxelas II-bis) o qual representou o primeiro marco na harmonização do direito privado internacional europeu no âmbito do direito de família. Entretanto o Regulamento Bruxelas II-bis não abordou a questão de maneira completa, pois somente previa regras quanto à jurisdição competente, a execução e reconhecimento recíproco de sentenças em matéria matrimonial.

No entanto, era preciso avançar, pois em nível europeu ainda faltava um Regulamento que uniformizasse as regras que disciplinam efetivamente a dissolução do matrimônio, ou seja, uniformizar a lei aplicável ao divórcio e separação judiciais. Com esse objetivo foi editado o Regulamento Roma III, que, apesar de ser uma cooperação reforçada com validade em somente 14 dos 27 Estados-membros, contém regras importantes como a possibilidade de os cônjuges escolherem antes ou após a celebração do casamento a lei aplicável a um eventual divórcio ou separação, abrindo espaço para a autonomia privada dos sujeitos envolvidos.

Conforme abordamos acima, a doutrina se encontra dividida quanto à admissão da autonomia privada em matéria de relações familiares em um Regulamento europeu que visa

<sup>71</sup> MOSCONI, FRANCO/ CAMPIGLIO, CRISTINA, *Diritto internazionale e privato processuale. Parte generale e obbligazioni*, 5. ed. vol. I, Torino, UTET Giuridica, 2010, p.15.

<sup>72</sup> PATTI, SALVATORE/ CEBEDDU, MARIA GIOVANNA (Org.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. XII (capítulo introdutório).



justamente à uniformização das regras de direito internacional privado dos países participantes. E resta ainda a dúvida quanto ao âmbito muito estreito de aplicação do Regulamento, pois ele somente incide sobre a dissolução do vínculo matrimonial. Todas as demais questões que envolvem o fim do casamento como: o nome dos cônjuges, os efeitos patrimoniais do casamento, a capacidade jurídica das partes, etc, não se encontram unificadas pelo Regulamento e devem ser objeto de apreciação segundo outras regras de direito internacional privado, de fonte interna ou internacional.

Estas e outras questões relativas ao Regulamento Roma III devem ser objeto de estudo nos próximos anos, quando os primeiros casos e, conseqüentemente, as primeiras dúvidas quanto a sua aplicação e interpretação chegarão aos tribunais dos Estados-membros participantes.

## Bibliografia

ANDRINI, MARIA CLAUDIA (Org.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007.

ARAUJO, NADIA DE, *Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

ARENAS GARCÍA, RAFAEL/ ORÓ MARTINEZ, CRISTIAN, *El Reglamento Roma III: la nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio*, Barcelona, 2011, in <<http://blogs.uab.cat/adipr/2011/01/02/el-reglamento-roma-iii-la-nueva-regulacion-de-la-ley-aplicable-a-la-separacion-judicial-y-al-divorcio/>> (19.08.2013).

BOELE-WOELKI, KATHARINA, "The principles of European family law: its aims and prospects", in *Utrecht Law Review*, vol. I, n. 2, dez. 2005, pp. 160-168.

BONOMI, ANDREA, "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario", in BARATTI, STEFANI/ RICCI, CAROLA (Org.), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007. cap.5, pp. 91-106.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 52-85.

CARRUTHERS, JANEEN, "Party autonomy in legal regulation of adult relationships: what place for party choice in private international law?," in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, out. 2012, pp. 881-913.

CEBEDDU, MARIA GIOVANNA, "I contributi al diritto europeo della famiglia", in PATTI, SALVATORE/ CEBEDDU, MARIA GIOVANNA (Org.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Eliminar as incertezas ligadas aos direitos patrimoniais dos casais internacionais, Bruxelas 16.3.2011 - COM (2011) 125 final.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro verde sobre a lei aplicável e a competência em matéria de divórcio, Bruxelas, 14.03.2005 - COM (2005) 82 final.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Proposta de regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 no que diz respeito à competência e introduz regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial, Bruxelas, 17/07/2006 - COM (2206) 399 final.

DE CESARI, PATRIZIA, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di liberta, sicurezza e giustizia*, 2. ed., Torino, G. Giappichelli, 2005.

DE VIDO, SARA, "The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n.1, mar. 2012, pp. 222-232.

FINOCCHIARO, ALFIO, "Le prospettive europee del diritto di famiglia", in ANDRINI, MARIA CLAUDIA (Org.), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007, cap. 01, pp. 01-16.

FRANZINA, PIETRO, "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of December 2010", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.2, out. 2011, pp. 85-129.

GAERTNER, VERONICA, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments", in *Journal of Private International Law*, vol. 02, n. 01, abril 2006, pp. 99-136.

JAEGER JUNIOR, AUGUSTO, *Europeização do direito internacional privado*, Curitiba, Juruá Editora, 2012.

MARTINS-COSTA, JUDITH, "Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos", in *Revista Direito GV*, vol. 1, n.1, maio 2005, pp. 41-66.

MCELEAVY, PETER, "Current developments of private international law", in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, out. 2008, pp. 969-984.

MOSCONI, FRANCO/ CAMPIGLIO, CRISTINA, *Diritto internazionale e privato processuale. Parte generale e obbligazioni*, 5. ed. vol. I, Torino, UTET Giuridica, 2010.

NÍ SHÚILLEABHÁIN, MÁIRE, “Ten years of European family law: retrospective reflections from a common law perspective”, *in International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, out. 2010, pp. 1021-1053.

PATTI, SALVATORE/ CEBEDDU, MARIA GIOVANNA (Org.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008.

PEERS, STEVE, “Divorce, European Style: the first authorization of enhanced cooperation”, *in European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 339-358.

QUEIROLO, ILARIA, *Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria*, Catania, 2009, *in* <[http://www.cde.unict.it/sites/default/files/15\\_2009.pdf](http://www.cde.unict.it/sites/default/files/15_2009.pdf)> (15.08.2013).

RICCI, CAROLA, “La legge applicabile al divorzio tra cittadini di stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee”, *in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 47, n. 1, 2010, pp. 55-80.

STALFORD, HELEN, “Concepts of family under EU law – Lessons from ECHR”, *in International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 16, 2002, pp. 410-434.

TIBERI, GIULIA, “L’integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell’Unione Europea”, *in* BASSANINI, Franco/ TIBERI, Giulia (Org.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010.

YETANO, TONI MARZAL, “The constitutionalization of autonomy in european family law”, *in Journal of Private International Law*, vol. 06, n. 01, abril 2010, pp. 155-193.

## Jurisprudência

Ordinanza del Tribunale di Milano, 11.12.2012, *in* <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8616.pdf>