

FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA

110

AD HONOREM — 8

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
MANUEL DA COSTA ANDRADE

VOLUME III

Outros Temas de Direito,
de Economia e de História

Organizadores:

JOSÉ DE FARIA COSTA
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
MARIA JOÃO ANTUNES
HELENA MONIZ
NUNO BRANDÃO
SÓNIA FIDALGO



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR
MANUEL DA COSTA ANDRADE

III

ISBN: 978-989-8891-10-5



Edição apoiada pela

jurídica” (a paternidade registada) com uma verdade social e familiar (que sabe que aquele registo não corresponde à realidade biológica).

III. Conclusões

1. O Tribunal Constitucional tem invocado, habitualmente, a necessidade constitucional de “proteção da família constituída”. Porém, a lei ordinária não lhe fornece os instrumentos para saber se a família – a relação paterno-filial – realmente existe com uma densidade tal que a torne digna de proteção jurídica, capaz de sobrelevar a procura da verdade biológica;

A lei ordinária devia prever os meios necessários para distinguir os casos em que há uma família – uma relação paterno-filial – para proteger, daqueles em que não há e, portanto, deve prevalecer a procura da verdade biológica; o que daria origem a dois regimes diferentes quanto ao prazo para agir;

2. Os meios indicados poderiam assentar na demonstração da “posse de estado”, mas aqui entendida como um índice da “verdade sociológica” e não como um índice da verdade biológica; ou na prova direta da ausência de uma família para proteger;

3. O regime dedicado à impugnação da paternidade do marido satisfaz o interesse constitucional da “proteção da família constituída”, mas o regime dedicado à impugnação da paternidade do perfilhante ignora este valor constitucional; então, pode dizer-se que o direito português trata com desigualdade as famílias fundadas no casamento e as outras famílias, ou seja, parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio.

4. Tendo em conta a evolução da tutela das famílias não fundadas no casamento, e também o número de filhos cuja paternidade se estabelece por perfilhação (50,7%), poderia organizar-se uma só ação de impugnação da paternidade (embora com a distinção de haver ou não haver uma família, uma relação paterno-filial, para proteger);

5. O direito de impugnar do filho devia ser imprescritível, em qualquer caso.

Coimbra, 15 de dezembro de 2016

A AUTONOMIA CONFLITUAL DOS PLURINACIONAIS NO REGULAMENTO (UE) N.º 1259/2010 SOBRE LEI APLICÁVEL AO DIVÓRCIO^(*)

Afonso PATRÃO

I. Identificação do problema

O direito internacional privado em matéria de divórcio vigente em Portugal, de fonte europeia, consagra a *autonomia conflitual* como critério principal para determinação da lei aplicável ao divórcio⁽¹⁾. Isto é, admite-se que os cônjuges escolham a lei que vai regular o seu divórcio (*maxime* determinando os respectivos

^(*) Muito devemos ao Senhor Doutor MANUEL DA COSTA ANDRADE. Não nos referimos apenas às clarividentes lições de direito penal com que nos formámos como jurista ou à cultura infindável de que fomos beneficiando nos muitos momentos em que o Senhor Doutor conosco partilhou a sua sapiência. Mais do que tais qualidades, guardamos o privilégio da convivência pessoal, dos conselhos sempre generosos que nos dirigiu e dos gestos amigos com que nos cultivou. Pelo seu exemplo, o Senhor Doutor MANUEL DA COSTA ANDRADE foi sempre um modelo, razão pela qual temos a mais profunda gratidão ao homenageado.

O presente estudo reporta-se a Novembro de 2016.

⁽¹⁾ Referimo-nos ao Regulamento (UE) 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável ao divórcio e separação judicial.

Ao contrário de outros instrumentos de unificação europeia de regras de conflitos de leis (como os Regulamentos Roma I e Roma II, respectivamente sobre lei aplicável às obrigações contratuais e às obrigações extracontratuais), o Regulamento (UE) n.º 1259/2010 tem um âmbito de aplicação espacial limitado, não abrangendo todos os Estados-Membros da União Europeia. Na verdade, o Regulamento constitui uma *cooperação reforçada* entre alguns Estados-Membros (autorizada pela Decisão n.º 2010/405/UE, do Conselho). Assim, o Regulamento começou por aplicar-se à Bélgica, Bulgária, Alemanha, Espanha, França, Itália, Letónia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Áustria, Portugal, Roménia e Eslovénia; por força da Decisão 2012/714/UE, da Comissão, passou a aplicar-se à Lituânia desde 22 de Maio de 2014; nos termos da Decisão 2014/39/UE, da Comissão, o regulamento é aplicável à Grécia desde 29 de Julho de 2015; por efeito da Decisão 2016/1366/UE, o normativo aplicar-se-á à Estónia a partir de 11 de Fevereiro de 2018, pelo que serão 17 os Estados-Membros por ele vinculados. Cfr. RUI MOURA RAMOS, “Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português*

e Brasileiro, Tomo LXII, n.º 332, 2013, pp. 413-461, p. 418, e *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 209.

Este Regulamento recebe, muitas vezes, o epíteto de *Regulamento Roma III*, apesar de rigorosamente não envergar tal designação. Efectivamente, o *Programa da Haia: reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia* (2005/C 53/01), adoptado pelo Conselho Europeu, previa a aprovação de um instrumento conflitual unificado em matéria de divórcio, para que estaria reservado o nome de *Regulamento Roma III*. Nessa sequência, a Comissão propôs um Regulamento (Proposta COM 2006 399 final) destinado a estabelecer um regime internacionalprivatístico transversal no domínio do divórcio mediante alteração ao Regulamento Bruxelas II-bis (Regulamento CE 2201/2003), que passaria a ter normas *quer* em matéria de competência internacional e reconhecimento de decisões, *quer* regras de conflitos de leis. Tal proposta não chegou, todavia, a convolar-se em acto jurídico vinculativo. As razões do seu insucesso ligaram-se às muito distantes concepções dos direitos dos Estados-Membros em matéria de divórcio, que se reflectem nas respectivas opções conflituais, não sendo possível alcançar a unanimidade exigida neste domínio para a adopção do Regulamento (MOURA RAMOS, *ibidem*, p. 437; HELENA MOTA, “O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2015, disponível na internet via www.cije.up.pt/revistared, consultado em 28 de Julho de 2016, p. 5, nota n.º 7; KATHARINA BOELE-WOELKI, “For better or for worse: the europeanization of international divorce law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 17-41, pp. 25ss, e “To be, or not to be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 39, 2008-2009, pp. 779-792, p. 783; ALAIN DEVERS E MICHEL FARGE, “Le nouveau droit international privé du divorce; à propos du Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, *La Semaine Juridique – Edition générale*, 25 de Junho de 2012, 2012, n.º 26-778, cap. 1; PIETRO FRANZINA, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) n.º 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 85-129, p. 88; GWENDOLINE LARDEAUX, “Rome III est mort. Vive le Rome III !”, *Recueil Dalloz*, vol. 187, n.º 27 (7476), 2011, pp. 1835-1841, p. 1835; THALLA KRUGER, “Rome III and Parties’ Choice”, *Familie & Recht*, Janeiro de 2014, 2014, disponível na internet via <http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00010.pdf>, consultado em 25 de Outubro de 2016, p. 2; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de Diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 15, n.º 39, 2011, pp. 561-587, p. 562; AUDE FIORINI, “Harmonizing the law applicable to divorce and legal separation – enhanced cooperation as the way forward?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, pp. 1143-1158, p. 1144; STEVE PEERS, “Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation”, *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 339-358, p. 346; ILARIA OTTAVIANO, “La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. XVI, n.º 1/2011, 2011, pp. 113-144, p. 124; ILARIA VIARENGO, “Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLVII, n.º 3, 2011, pp. 601-624, p. 602; MAEBH HARDING, “The harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the character out of Family Law?”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 1, 2011, pp. 203-229, p. 212). Por outro lado, era controversa a competência da União Europeia para unificar regras de conflitos de leis no domínio do direito da família (cfr. MARIA CATERINA BARUFFI, “Il regolamento sulla legge applicabile ai «divorzi europei»”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, vol. XVI, n.º 4/11, 2011, pp.

fundamentos⁽²⁾), confirmando neste domínio a *irresistível expansão da autonomia conflitual*⁽³⁾.

867-893, p. 870, e “La competenzaa dell’Unione Europea in materia di separazione e divorzio, con particolare riferimento alla legge applicabile”, *Papers di diritto europeo – Università degli Studi di Verona*, n.º 2/2013, 2013, pp. 1-31, p. 9; AUDE FIORINI, “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, n.º 2, 2008, pp. 178-205, e ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36-71, p. 37).

Diferentemente do que sucedia na proposta de 2006, o Regulamento (UE) n.º 1259/2010 regula apenas o problema da lei aplicável ao divórcio, não afectando as normas de competência internacional e de reconhecimento de sentenças estrangeiras constantes no Regulamento Bruxelas II-bis. Ainda assim, a existência de dois Regulamentos europeus sobre a matéria (um para a lei aplicável; outro para a competência internacional e o reconhecimento de decisões), articulados entre si, implica que haja uma disciplina integrada dos três problemas do direito internacional privado – sobre a relação entre os três problemas, *vide* LUIS DE LIMA PINHEIRO, “A triangularidade do direito internacional privado”, *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I – Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 225-293.

Não faremos uma análise do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, deixando de fora deste trabalho o estudo das opções tomadas pelo legislador conflitual comunitário, bem como o seu âmbito de aplicação e os problemas da sua mobilização. Para uma análise do seu regime, *vide* RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, pp. 438ss, e *Estudos de Direito Internacional...*, pp. 208ss; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Direito de Conflitos – Parte Especial, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 661ss; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, pp. 86ss; ALAIN DEVERS E MICHEL FARGE, “Le nouveau droit...”, n.º 26-778; MARIA CATERINA BARUFFI, “Il regolamento...”, pp. 871ss; KATHARINA BOELE-WOELKI, “For better or for worse...”, pp. 28ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, pp. 36ss; GWENDOLINE LARDEAUX, “Rome III...”, pp. 1836ss; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, pp. 564ss; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 100, n.º 2, 2011, pp. 291-338, pp. 297ss; ILARIA VIARENGO, “Il Regolamento UE sulla legge...”, pp. 604ss; THOMAS TRAAER, “Rom III – EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen”, *Österreichische Juristen Zeitung*, vol. 18, 2011, pp. 805-814, pp. 806ss.

⁽²⁾ Sobre o âmbito material do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, cfr. PIETRO FRANZINA, “The Law...”, pp. 101ss; KATHARINA BOELE-WOELKI, “For better or for worse...”, p. 28; GWENDOLINE LARDEAUX, “Rome III...”, p. 1836; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 565; ANA PALOMA ABARCA JUNCO, “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber Amicorum Alegria Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 45-57, p. 50.

⁽³⁾ A expressão é de ALFRED E. VAN OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux Itinéraires en Droit – Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 619-636, p. 619, e adoptada por RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 440; DÁRIO MOURA VICENTE, “A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico”, *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado – Direito*

A autonomia conflitual no divórcio não é, todavia, *ilimitada*. Isto é, ao contrário do que sucede no quadro das obrigações contratuais e da responsabilidade extracontratual, o legislador limitou a *professio iuris* a um conjunto de ordenamentos que apresentem com o caso uma conexão forte, designadamente de natureza pessoal⁽⁴⁾, não permitindo por isso a designação de uma lei exótica,

de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras, LUIS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 63-77, p. 73; HELENA MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 419; M. DE BOER, "Party Autonomy and its limitations in the Rome II Regulation", *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, 2007, pp. 19-29, p. 20; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle de conflit et théorie économique", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 3, 2012, pp. 521-538, p. 524, e "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La ley*, Año XXXIII, n.º 7874 – 27 Abril 2012, 2012, pp. 1913ss, n.º 13; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980", *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 86; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3.ª Edição, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 273; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto Privato Uniforme e Diritto Internazionale Privato", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 33-64, p. 59; PETER NORTH, "Choice in Choice of Law", *King's College Law Journal*, Vol. 3, 1992, pp. 29-48, pp. 41ss; GUILLERMO PALAO MORENO, "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012", *Diario La ley*, Año XXXIII, N.º 7847 – 27 de Abril de 2012, 2012, pp. 10-12, p. 10; PAUL LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, n.º 2, 2004, pp. 225-243, p. 236; ANDREA BONOMI, "Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile – Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Vol. XIV, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 1-54, pp. 40ss; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, "Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation", *Latest Developments in EU Private International Law*, BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, et al., Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 23-48, p. 40; HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBL E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 241-292, p. 245; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "Droit International Privé Holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 330, 2007, pp. 9-474, p. 99.

⁽⁴⁾ Cfr. RUI MOURA RAMOS, "Um novo...", p. 442; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 661; HELENA MOTA, "A autonomia...", p. 6; ALAIN DEVERS E MICHEL FARGE, "Le nouveau droit...", n.º 26-772; MARIA CATERINA BARUFFI, "Il regolamento...", p. 882, e "La competenzaa...", p. 23; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, "El Reglamento (UE) n.º 1259/2010", p. 572; PETRA HAMMJE, "Le nouveau règlement", p. 313; ILARIA VIARENGO, "The Rome III Regulation in legal practice: case law and comments", *ERA Forum*, vol. 14, 2014, pp. 547-559, p. 552; MAEBH HARDING, "The harmonisation of Private...", p. 225; OLIVIA LOPES PEGNA, "La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 126-139, p. 134; MAARJA TORGA, "Party autonomy of the spouses under the Rome III Regulation in Estonia – can private international law change substantive law?", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012/4, n.º 4, 2012, pp. 547-554, p.

que não apresentasse qualquer ligação àquela situação. Assim, os cônjuges apenas podem optar pela lei da residência habitual comum, pela lei da última residência conjugal (desde que um dos cônjuges ainda aí resida), pela lei da nacionalidade de um dos cônjuges e pela lei do Estado cujas autoridades são competentes para o processo de divórcio (lei do foro), sendo a jurisdição atribuída pelos critérios do Regulamento Bruxelas II-bis⁽⁵⁾.

Nesta sequência, um problema pode colocar-se: quando um dos cônjuges tenha mais do que uma nacionalidade⁽⁶⁾, *poderão as partes escolher qualquer uma das suas nacionalidades* ou, ao invés, há que solucionar o conflito positivo de nacionalidades e determinar qual a *nacionalidade relevante* para efeitos de escolha de lei? Isto é, perante o divórcio de A, português, e B, simultaneamente portuguesa e brasileira, importa saber se podem os cônjuges escolher como *lex divortii* as leis

547; THOMAS TRAAAR, "Rom III...", p. 809. Aliás, tal decorre do Considerando n.º 14 do Regulamento, onde expressamente se determina que os cônjuges escolhem uma lei "com a qual tenham uma conexão estreita".

Na verdade, mesmo a alínea d) do art. 5.º, que permite aos cônjuges optar pela lei do foro, não é em princípio desligada de uma conexão pessoal, porquanto o Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio está articulado, neste ponto, com o Regulamento Bruxelas II-bis (Regulamento CE n.º 2203/2001), que estabelece a competência internacional para o processo de divórcio no seu art. 3.º. Assim, o foro será, salvo no caso das *competências residuais* (art. 7.º do Regulamento Bruxelas II-bis), o Estado da residência (actual ou anterior) de um ou de ambos os cônjuges ou, em alternativa, o Estado de que ambos os cônjuges são nacionais. Neste sentido, CAMPUZANO DÍAZ, *ibidem*; ILARIA VIARENGO, "Il Regolamento UE sulla legge...", p. 615; GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 5.º – Commentario al Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro Franzina (ed)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.º 6, 2009, pp. 1470-1484, p. 1481.

⁽⁵⁾ Cfr. art. 5.º do Regulamento n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro e 2010. Vide o que dizemos na nota anterior quanto à conexão aos cônjuges da *lex fori*.

⁽⁶⁾ Deve notar-se que o fenómeno da plurinacionalidade vem aumentando, sobretudo no espaço europeu, até porque desapareceram (ou pelo menos afrouxaram) "os mecanismos que, no seio dos ordenamentos nacionais, visavam impedir o aparecimento das situações de plurinacionalidade" (cfr. RUI MOURA RAMOS, "Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa", *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 317-344, p. 473). Neste sentido, THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, "Dual Nationality = Dual Trouble?", *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 3, 2011, pp. 601-626, p. 601; VERONIKA GAERTNER, "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", *Journal of Private International Law*, vol. 2, 2006, pp. 99-136, p. 124; MARCO RAITERI, "Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters", *Journal of Private International Law*, vol. 10, n.º 2, 2014, pp. 309-334, p. 320. Sobre as razões do seu surgimento, vide a RUI MOURA RAMOS, "La double nationalité et les liens spéciaux avec d'autres pays", *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 317-344, p. 320.

de qualquer das nacionalidades de B (portuguesa ou brasileira) ou se apenas uma delas releva no exercício da autonomia conflitual⁽⁷⁾.

Sobre este problema, não pode olvidar-se o considerando n.º 22 do Regulamento (UE) n.º 1259/2010. Na verdade, o legislador comunitário estabeleceu que “*sempre que o presente regulamento remeta para a nacionalidade enquanto factor de conexão para a aplicação da lei de um Estado, a questão do tratamento dos casos de múltipla nacionalidade é regulada pelo direito nacional, com pleno respeito pelos princípios gerais da União Europeia*”. Isto é, numa primeira aproximação, parecerá que *só uma das nacionalidades* do plurinacional está ao dispor dos cônjuges, cabendo ao direito interno, com os critérios que fixar (desde que conformes aos princípios do direito da União Europeia) determinar *qual a nacionalidade que pode ser escolhida*.

Voltemos então ao nosso exemplo. Sendo um dos cônjuges português e o outro simultaneamente português e brasileiro, no que concerne ao leque de leis ao dispor das partes ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º (que permite escolher “*a lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges*”) importa saber se é possível designar a lei brasileira como *lex divortii*, por ser a nacionalidade de um dos cônjuges. Assim, aplicando a este domínio o critério do considerando n.º 22, é o direito interno que vai determinar se a nacionalidade do cônjuge B é, para estes efeitos, *portuguesa* ou *brasileira*. Ora, o direito interno português (art. 27.º da lei da nacionalidade portuguesa⁽⁸⁾) estabelece, quanto ao plurinacional, que sendo portuguesa uma das suas nacionalidades, só esta releva. Nessa medida, se o raciocínio proceder, não é possível aos cônjuges eleger a lei brasileira como *lex divortii*.

Temos muitas dúvidas quanto a este resultado, sendo este o problema objecto do nosso trabalho. Discutiremos a questão de saber se, num divórcio internacional em que um dos cônjuges tenha mais do que uma nacionalidade, está a liberdade de escolha dos cônjuges limitada à *nacionalidade relevante* por força do direito interno⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Repare-se que a escolha da nacionalidade *de um dos cônjuges* não parece constituir qualquer discriminação entre as partes, porquanto tal corresponde a uma opção *de ambos os cônjuges*. Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 442.

⁽⁸⁾ Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, na versão que lhe foi conferida pela Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de Julho (doravante, *lei da nacionalidade portuguesa*). Como é sabido, sendo a *nacionalidade* um elemento de conexão tradicionalmente importante nos sistemas de direito internacional privado continentais, os direitos internos optam por privilegiar a nacionalidade do foro – nos termos, aliás, expressamente autorizados pela Convenção da Haia de 1930 sobre certas questões relativas ao conflito de leis nacionais, promovida pela Sociedade das Nações. Não tendo o interessado a nacionalidade do foro, as regras dirigem-se habitualmente à buca de uma ligação efectiva com uma das nacionalidades. Veja-se o estudo das várias soluções de THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, pp. 606ss.

⁽⁹⁾ Esta questão é, aliás, apontada por GWENDOLINE LARDEAUX, “Rome III...”, p. 1837, como uma das lacunas do Regulamento (UE) n.º 1259/2010.

II. A autonomia conflitual no Regulamento (UE) n.º 1259/2010: conteúdo e fundamentos

Como ponto prévio à solução deste problema, importa olhar às razões que levaram o legislador conflitual a conferir aos cônjuges a liberdade de escolha da lei aplicável ao divórcio como critério de conexão primário. É às partes que cabe decidir a lei que regerá o seu divórcio, de entre um leque de ordens jurídicas que o legislador europeu entendeu expressarem uma “*especial conexão*” com os cônjuges⁽¹⁰⁾.

Ora, a solução para o problema que colocámos pode redundar em *maior* ou *menor* autonomia conflitual. Com efeito, caso venhamos a concluir poderem os cônjuges designar a lei de qualquer das suas nacionalidades, a amplitude da *professio iuris* será maior do que se viermos a depreender que apenas uma das suas nacionalidades é susceptível de escolha. Nessa medida, há que identificar os propósitos da autonomia neste domínio, em ordem a perceber qual a amplitude que foi estabelecida pelo legislador conflitual.

A autonomia conflitual no divórcio é justificada por um conjunto de razões.

Em primeiro lugar, verificam-se aqui os seus fundamentos clássicos – que levaram à sua consagração inicial no domínio das obrigações⁽¹¹⁾. Por um lado, a valorização da autonomia privada dos principais interessados na relação jurídica, conferindo-lhes a liberdade de, perante uma situação plurilocalizada, designarem eles próprios as normas reguladoras do *seu* divórcio⁽¹²⁾. Por outro, a atenuação da dificuldade do legislador conflitual em fixar a lei *efectivamente* mais próxima do

⁽¹⁰⁾ Cfr. Considerando n.º 16 do Regulamento. Também frisando este aspecto, RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 442, e *Estudos de Direito Internacional...*, p. 215: “*o leque de leis dentro das quais se pode proceder à escolha revela uma ligação à vida do casal que torna justificada a sua aplicação*”.

⁽¹¹⁾ Sobre os primórdios da autonomia conflitual no direito internacional privado português, vide a ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil”, *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 379-429, pp. 381ss.

⁽¹²⁾ Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 441, e *Estudos de Direito Internacional...*, p. 215; LILIANE FONSECA ALMEIDA, *O princípio da autonomia no divórcio internacional no âmbito do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010*, (policopiado), Coimbra, 2012, p. 17; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 108, e “L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIV, n.º 2, 2011, pp. 488-496, p. 490; BEATRIZ CAMPUZANO DIAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 570; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 313; MARIE-CLAIRE FOBLETS, “Migrant Women caught between Islamic Family Law and Women's Rights. The Search for the Appropriate ‘Connecting Factor’ in International Family Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, n.º 1, 2000, pp. 11-34, p. 31; GIACOMO BIAGIONI, “Artículo 5.º”, p. 1479.

No fundo, nas áreas onde é permitido aos indivíduos modelar livremente a *sua posição jurídica*, não parece haver razões para lhes recusar a opção quanto à lei a que se sujeitam. É a ideia de *liberdade inofensiva*, inaugurada por P. S. MANCINI, “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, 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*, Ano 1, 1874, pp. 221-239 e 285-304, pp. 298 e 302, e que não perdeu actualidade. Neste sentido RUI MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 458, e “A evolução recente do direito internacional privado da família”, *Direito da Família e Direito dos Menores: Que direitos no século XXI?*, MARIA EDUARDA AZEVEDO E ANA SOFIA GOMES, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2014, pp. 67-82, p. 79; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado”, *O Direito*, Ano 139.º, n.º II, 2007, pp. 255-281, p. 278; M. DE BOER, “The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 54, n.º 1, 1990, pp. 24-62, p. 37; ERUK JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 251, 1995, pp. 9-268, p. 149; ROLF WEBER, “Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, pp. 510-530, p. 512; JAVIER MASEDA RODRIGUEZ, “Le juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 25, 2013, disponível na internet via www.reei.org, consultado em 28 de Junho de 2014, p. 23; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of the European certificate of succession”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n.º 3, 2010, pp. 522-720, p. 608; PAULIUS JURCYS, *Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective*, SSRN, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2127081>, consultado em 20 de Fevereiro de 2014, p. 5; HILDA AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: Perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 45-67, p. 47; ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º – Commentario al Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)”, *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 611-629, p. 613; SERGIO MARIA CARBONE, “Autonomia privata del diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 3, 2013, pp. 569-592, p. 588; ANATOL DUTTA, “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 547-606, p. 573; HORST EIDENMÜLLER, “Recht als Produkt”, *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 64, n.º 13, 2009, pp. 641-653, p. 642; ANDREA BONOMI, “Successions Internationales: conflit de lois et de juridictions”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 350, 2010, pp. 71-418, p. 214, e “Il diritto...”, p. 43.

Isto é, como explica HENDRIK VERHAGEN, “Party Autonomy and Assignment”, *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 189-205, p. 192, haverá um *reflexo conflitual* dos valores existentes no domínio substantivo. Em consequência, à medida que o direito da família vai conferindo um maior espaço à autonomia privada, essa liberdade alastra à *escolha de lei* (cfr. PIETRO FRANZINA,

caso, garantindo-se que a lei escolhida corresponde a uma conexão que os cônjuges reputam relevante e não aquela que o legislador *presumiu* ser a mais estreitamente ligada ao casal⁽¹³⁾. Por fim, o propósito de conferir segurança, certeza e previsibi-

“The Law...”, p. 109; BEATRIZ ANOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber Amicorum Alegria Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131, p. 127; ELLEN MOSTERMANS, “Party Autonomy: Why and When?”, *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer – University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 123-141, p. 129; JEAN-YVES CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelas, 1992, p. 256). Por esta razão, será o facto de se ter generalizado a *liberdade de divórcio* por todos os Estados-Membros que autorizou a autonomia conflitual neste domínio (CHRISTIAN KOHLER, “Le choix de la loi applicable au divorce – Interrogations sur le règlement «Rome III» de l'Union européenne”, *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 208-217, p. 211; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “Uniform...”, p. 41; PEDRO MIGUEL ASENSIO, “El Derecho Internacional Privado ante la Globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 37-87, p. 77).

⁽¹³⁾ Com efeito, surge hoje a convicção de que as conexões clássicas não oferecem soluções satisfatórias, falhando por vezes na identificação da lei mais próxima. Vide a a narração de PIERRE GANNAGÉ, “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 425-454, p. 427, sobre as consequências conflituais da migração de pessoas oriundas de países ocidentais para Estados do médio oriente e de pessoas muçulmanas para a Europa, cujos institutos substantivos são profundamente distintos em matéria de divórcio, poligamia e filiação. De facto, a aplicação da lei da *nacionalidade* introduz estraneidade no funcionamento da justiça e conduz à mobilização frequente da excepção de ordem pública internacional; a aplicação da lei da residência (frequentemente coincidente com a lei do foro) pode violar expectativas das partes.

Assim, perfila-se a solução, nos domínios familiar e sucessório, da atribuição às partes do poder de escolha da lei entre a *nacionalidade* e a *residência*, o que constitui a forma de determinar de modo certo a conexão mais próxima no estatuto pessoal (neste sentido, cfr. RUI MOURA RAMOS, “A evolução”, p. 79; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Do estatuto pessoal – Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 549-649, p. 565, e *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais – alguns aspectos (Studia Iuridica n.º 49)*, Coimbra Editora – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, p. 206; HELENA MOTA, “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2014, disponível na internet via www.cije.up.pt/revistared, consultado em 28 de Julho de 2016, p. 7; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 109, e “L'autonomia...”, p. 491; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, p. 54; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía de la Voluntad en las Relaciones Plurilocalizadas. Autonomía de la Voluntad. Elección de Ley Aplicable: Consentimiento y Forma de los Actos”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado – Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V – Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado – Wolters Kluwer España, Madrid,

lidade quanto à lei aplicável, não apenas porque a *escolha das partes* é mais fácil de concretizar do que os elementos de conexão tradicionais (residência habitual e nacionalidade)⁽¹⁴⁾ como também porque, uma vez designada pelos cônjuges, a determinação da lei competente deixa de ser uma questão controvertida⁽¹⁵⁾. Ade-

2013, pp. 1-166, p. 19; ALFRED E. VON OVERBECK, “La *Professio Juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé”, *Liber Amicorum Louis Frédéricq*, Vol. II, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, Gent, 1965, p. 1085-1112, p. 1099; ALBERTO MALATESTA, “Cultural diversity and Private International Law”, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato – Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 643-657, p. 651; FRANK VISCHER, “New tendencies in European Conflict of Laws and the influence of the U. S. Doctrine – A short survey”, *Law and Justice in a Multistate World – Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, JAMES NAFZIGER E SYMEON SYMEONIDES, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 459-471, p. 469; NADINE WATTE, “L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye”, *Revue Belge de Droit International*, vol. XXIV, n.º 2, 1991, pp. 413-437, p. 436; ORNELLA FERACI, “L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 96, n.º 2, 2013, pp. 424-491, p. 432; FRANCESCA TROMBETTA-PANIGADI, “Osservazioni sulla futura disciplina comunitaria in materia di successioni per causa di morte”, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato – Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 951-966, p. 959; ANDREA BONOMI, “Successions...”, p. 146; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 571; MARIE-CLAIRE FOBLETS, “Migrant Women...”, p. 21; ANNE RÖTHEL, “Il Regolamento Roma III: Spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 4, 2013, pp. 883-898, p. 891; ILARIA QUEIROLO E LAURA CARPANETO, “Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento «Roma III»”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLVIII, n.º 1, 2012, pp. 59-86, p. 62.

Aliás, ao permitir-se aos cônjuges eleger a lei *efectivamente* mais próxima, contribui-se para a coincidência *forum-ius*: com efeito, se a competência jurisdicional para o divórcio é estabelecida alternativamente a favor do Estado-Membro da *residência* e o da *nacionalidade comum* (cfr. art. 3.º do Regulamento Bruxelas II-bis), o facto de o casal estar mais contactado com certa ordem jurídica favorecerá que o processo de divórcio ocorra nesse Estado e os cônjuges optem por tal lei (cfr. ILARIA QUEIROLO e LAURA CARPANETO, *cit.*, p. 70). Igual resultado se promove quando se admite a designação da *lex fori* (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 662)

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, cfr. PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 109, e ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, p. 54. Com efeito, a determinação da *residência habitual* pode ser complexa, pois trata-se de uma conexão eventualmente instável, sendo conjecturáveis situações em que é problemático identificar o *local onde se encontra centro de vida* dos interessados. A nacionalidade é mais simples de concretizar, mas dificuldades podem surgir quando os cônjuges sejam plurinacionais ou apátridas e quando aquela não revele uma ligação efectiva ao Estado que a atribui.

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 442 (“*torna certo o direito aplicável, dispensando operações nem sempre fáceis quanto à determinação da lei aplicável e tornando inúteis tentativas de manipulação, que se traduzem por vezes numa race to the courthouse, em ordem a assegurar a aplicação de uma lei que mais favoreça o interesse de uma das partes em litígio*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, p. 53; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 109; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía”, p. 128; GIACOMO BIAGIONI, “Artículo 5.º”, p. 1471; TONI MARZAL YETANO, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in

European Family Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 155-193, p. 185 (sobre a autonomia conflitual no direito da família em geral); THALIA KRUGER, “Rome III and Parties’...”, p. 2; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 571; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 312; ILARIA VIARENGO, “Il Regolamento UE sulla legge...”, p. 612. Igualmente neste sentido, embora referindo-se ao domínio sucessório, cfr. HELENA MOTA, “A autonomia...”, p. 8.

No fundo, a autonomia conflitual (neste ou noutros domínios) opera uma *profilaxia de conflitos*, ao tornar incontroversa para as partes a determinação da lei aplicável. Neste sentido, OTTO KAHN-FREUND, “General Problems of Private International Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974-III, Tomo 143, 1974, pp. 139-474, pp. 341 e 346 (“*this seems to me the principal function in private international law if the doctrine known as autonomie de la volonté*”); RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável*, p. 461 (“*a escolha pelas partes da lei aplicável constitui o mais seguro e decisivo meio de garantir aqui a certeza jurídica*”); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 649; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 109; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado – Lições*, Vol. III, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1959, p. 211; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, “A responsabilidade civil extracontratual em direito internacional privado – breve apresentação das regras gerais do Regulamento (CE) n.º 864/2007”, *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, 2012, pp. 357-390, p. 377; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 475, e “Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162, p. 149; ROLF WEBER, “Parteiautonomie...”, p. 512; FRIEDRICH K. JUENGER, “Private International Law or International Private Law?”, *King's College Law Journal*, vol. 5, 1994-1995, pp. 45-62, p. 58; FRANK VISCHER, “The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974-II, Tomo 142, 1974, pp. 1-70, p. 37 (“*No other instrument can more efficiently secure the parties' interest for certainty in the result than the autonomy principle*”); JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 3, 2010, pp. 427-456, p. 444 (“*le but poursuivi par le choix de la loi applicable, c'est-à-dire l'augmentation de la sécurité juridique*”); ERNST RABEL, *The Conflict of Laws – A comparative study*, Vol. II, Callaghan & Company, Chicago, 1947, p. 359; PAUL HEINRICH NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1962, pp. 171-172; PAUL LAGARDE, “Éléments pour un droit international privé communautaire des régimes matrimoniaux et des successions”, *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado – Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 149-164, p. 160 (“*l'immense avantage de la professio iuris est la sécurité juridique*”); MARIO GIULIANO, “La Loi d'Autonomie: le Principe et sa Justification Théorique”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XV, 1979, pp. 217-235, p. 234; M. DE BOER, “Party...”, p. 20, e “The EEC...”, p. 36; JAN KROPHOLLER, *Internationales...*, pp. 271-272; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio...”, p. 73; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual”, n.º 6, e “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado – Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V – Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA,

mais, com os contornos com que a *professio iuris* foi desenhada no Regulamento (UE) n.º 1259/2010, a conexão traz *estabilidade*, porquanto a escolha cristaliza a lei aplicável *ainda* que sejam alterados os factores que a permitiram⁽¹⁶⁾.

Consejo General del Notariado – Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 603-766, p. 679; ERIK JAYME, “L'autonomie de la volonté des parties – Rapport définitif”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 64, Tomo I, 1991, pp. 62-79, p. 66, e “Identité”, p. 151 (que as toma como *as razões práticas da autonomia*); MARC FALLON e JOHAN MEEUSEN, “Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pp. 37-66, p. 57; GUILLERMO PALAO MORENO, “Autonomía”, p. 10; F. A. MANN, “The Proper Law of the Contract”, *The International Law Quarterly*, vol. 3, 1950, pp. 60-73, p. 69; DAVID E. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, The University of Michigan Press, Michigan, 1966, p. 196 (justificando a respectiva utilização do *princípio de preferência* relativo aos contratos); PAULIUS JURCYS, *Party...*, p. 6 (“*the possibility of designating the law of a particular state provides the parties with more legal certainty and predictability*”); OLE LANDO, “Chapter 24: Contracts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III – Private International Law, KURT LIPSTEIN, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1976, pp. 3-159, p. 33, “The Conflict of Laws of Contracts – General Principles”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-VI, Tomo 189, 1984, pp. 225-447, p. 284, e “Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larcier, Bruxelles, 1981, pp. 191-208, p. 193; ANDREAS BUCHER e ANDREA BONOMI, *Droit International Privé*, 2.ª Edição, Helbing & Lichtenhahn, Zurich, 2004, p. 107; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía”, p. 125; STEFAN LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 214-233, p. 218; PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, n.º 1, 1998, pp. 1-37, p. 4; ELLEN MOSTERMANS, “Party...”, p. 124; JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ, “El juego...”, p. 22; PETER HAY, OLE LANDO e RONALD ROTUNDA, “Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration”, *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Tomo II, MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE e JOSEPH WEILER, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 161-258, p. 237; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 11-39, p. 27; MAARJA TORGA, “Party...”, p. 547; ORNELLA FERACI, “L'autonomia...”, p. 431; ANDREA BONOMI, “La Convention de la Haye sur les titres, une nouvelle avancée de l'autonomie des parties en droit international privé”, *La loi applicable aux titres intermédiaires: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 – une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RJTAINE e BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 9-13, p. 12; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004, pp. 35-78, p. 35; PETER NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 2.

⁽¹⁶⁾ Na verdade, se se atentar ao art. 5.º, a limitação da autonomia conflitual às leis da residência e da nacionalidade é apreciada “*no momento da celebração do acordo de escolha de lei*”. Isto é, ainda que os cônjuges venham posteriormente a alterar as suas residência ou nacionalidade, a escolha de lei mantém-se válida, conferindo estabilidade à *lex divortii*. Igualmente sublinhando este efeito, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 661; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 110; MARIA CATERINA BARUFFI, “La competencia...”, p. 23; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía”, p. 129; MARIEL REVILLARD, “L'autonomie de la volonté dans les relations

Em segundo lugar, a autonomia conflitual no divórcio é orientada com um propósito substantivo de *facilitação do efeito jurídico pretendido pelas partes (favor divortii)*: estando os cônjuges de acordo quanto ao propósito de se divorciar, admite-se a eleição da lei que menos embarace a dissolução do vínculo que ambos querem fazer cessar⁽¹⁷⁾.

Em terceiro lugar, a autonomia conflitual, quando permite a escolha da *lei da nacionalidade*, surge como mecanismo adequado a proteger a eficácia da decisão de divórcio no país de origem dos cônjuges, quando o seu direito conflitual obrigue ao cumprimento da respectiva lei. Isto é, se um casal de cidadãos marroquinos residente em Portugal visar divorciar-se em Portugal e quiser garantir que

de famille internationales: regards sur les récents instruments internationaux”, *A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 487-502, p. 494.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ALAIN DEVERS e MICHEL FARGE, “Le nouveau droit...”, cap. XIII; MARIA CATERINA BARUFFI, “Il regolamento...”, p. 882; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 99; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, p. 54; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ e FRANCESCO SEATZU, “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento «Roma III»”, *Studi sull'integrazione europea*, vol. V, n.º 1, 2010, pp. 49-78, p. 59; ILARIA OTTAVIANO, “La prima cooperazione...”, p. 121; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 313; ILARIA VIARENGO, “The Rome III Regulation...”, p. 552 (que alude à tendência de opção por leis que não exigem um período de separação de facto como condição para o divórcio ser decretado); GIACOMO BIAGIONI, “Artículo 5.º”, p. 1471; ILARIA QUEIROLO e LAURA CARPANETO, “Considerazioni critiche...”, p. 79; ROBERTO BARATTA, “Verso la «Comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLI, n.º 3, 2005, pp. 573-606, p. 585. Este intuito de *favor divortii* resultará, como se percebe, do facto de todos os Estados-Membros da União Europeia (incluindo Malta, desde 2011) permitirem o divórcio por decisão comum dos cônjuges, independentemente de qualquer causa (cfr. ANNE RÖTHEL, “Il Regolamento...”, p. 885).

O princípio do *favor divortii* contrasta com algumas opções conflituais de fonte interna, cujas soluções têm justamente por efeito *dificultar* o divórcio. Na opinião de HELENA MOTA, “A autonomia...”, p. 4, nota n.º 6, era o caso do direito internacional privado português, já que o n.º 1 do art. 55.º do Código Civil submetia o divórcio à lei reguladora do casamento *ao tempo da propositura da acção*, mas o n.º 2 implicava que a apreciação de cada um dos factos que fundamentam o pedido à luz da lei reguladora do casamento *ao tempo da sua ocorrência*, gerando uma *conexão múltipla cumulativa* que desfavorecia o divórcio. Este efeito era minorado pelo entendimento segundo o qual o n.º 2 do art. 55.º apenas produziria efeitos quando em causa estivessem “*fundamentos em relação aos quais o divórcio possa funcionar como sanção, e não já no interior de uma concepção do divórcio como remédio ou em relação a causas objectivas de divórcio*” (RUI MOURA RAMOS, “Capítulo V – Limites à aplicação das regras de direito português: a recepção do direito internacional convencional e a aplicação do direito estrangeiro e do direito da União Europeia”, *Curso de Direito da Família*, Vol. I – Introdução; Direito matrimonial, 5.ª Edição, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 807-861, p. 853; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 415) ou segundo a concepção que via no n.º 2 apenas a resolução conflitual de um conflito móvel (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 668).

a decisão é reconhecida e executada em Marrocos, a escolha da lei marroquina (nacional) previne que um diferente critério conflitual constitua obstáculo ao efeito pretendido⁽¹⁸⁾.

III. A tese da restrição da autonomia conflitual a uma das nacionalidades dos cônjuges.

São duas as hipóteses de solução do nosso problema. *Por um lado*, pode sufragar-se que, quando algum dos cônjuges tenha mais do que uma nacionalidade, a autonomia conflitual do divórcio está limitada à lei da nacionalidade indicada como relevante por força do direito nacional⁽¹⁹⁾. *Em alternativa*, pode sufragar-se que, sendo algum dos cônjuges plurinacional, a *professio iuris* no divórcio pode ser exercida quanto à lei de qualquer das suas nacionalidades, afastando da autonomia conflitual o comando contido no Considerando n.º 22 do Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio.

A favor da limitação da liberdade de escolha apenas à *nacionalidade* dada por relevante pelo direito interno podem avançar-se três importantes argumentos.

Em primeiro lugar, deve invocar-se o argumento literal. Com efeito, é o próprio regulamento que, no Considerando n.º 22, determina que a referência à *nacionalidade* pelas suas normas é mediada, no caso de plurinacionalidade, pelas regras de direito interno. Isto é, o legislador comunitário expressamente remeteu para critérios estaduais a solução da plurinacionalidade, pelo que é defensável que a *lei da nacionalidade* ao dispor dos cônjuges haja de ser determinada pelos preceitos de fonte interna⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ O exemplo é de ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, p. 56. Também neste sentido, cfr. THALIA KRUGER, “Rome III and Parties...”, p. 2; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 571.

Este intuito dos cônjuges parece justificar os casos jurisprudenciais relatados por ILARIA VIANENGO, “The Rome III Regulation...”, p. 552: na jurisprudência alemã, o caso de um divórcio entre marido iraniano e a mulher plurinacional iraniano-alemã, residentes na Alemanha, que designaram a *lei iraniana* como forma de assegurar o reconhecimento daquele divórcio no Irão; na jurisprudência italiana, casais compostos por um cônjuge marroquino e outro italiano designaram a *lei marroquina*, em ordem a proteger a eficácia da decisão em Marrocos.

⁽¹⁹⁾ É a posição de que partem LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 665; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 111; MARIA CATERINA BARUFFI, “La competenza...”, p. 23, nota n.º 107; LILIANE FONSECA ALMEIDA, *O princípio da autonomia*, p. 39; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 318; MARCO RAITERI, “Citizenship as a Connecting...”, p. 324; THOMAS TRAAER, “Rom III...”, p. 809. Como veremos *infra*, porém, os Autores sufragam um desvio a esta solução quando em causa estejam nacionalidades de Estados-Membros da UE.

⁽²⁰⁾ Assim dispõe o Considerando n.º 22: “Sempre que o presente regulamento remeta para a nacionalidade enquanto factor de conexão para a aplicação da lei de um Estado, a questão do tratamento dos casos de plurinacionalidade é regulada pelo direito nacional, no pleno respeito pelos princípios gerais da União Europeia”.

Em segundo lugar, há que reconhecer que a redacção do art. 5.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 é claramente distinta da que foi adoptada pela União Europeia no Regulamento das Sucessões (Regulamento [UE] n.º 650/2012), onde também se consagra autonomia conflitual limitada e se usa a conexão nacionalidade. De facto, no Regulamento sucessório determina-se que o *de cujus* pode escolher a lei “*de qualquer dos Estados de que é nacional*”⁽²¹⁾, declaradamente abrindo a liberdade de escolha dos plurinacionais; já no Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio, a expressão foi outra (permitindo a opção pela “*lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges*”). Ora, se o legislador utilizou duas redacções diferentes ao consagrar autonomia conflitual limitada, é sustentável que tenha querido *dois resultados distintos*, não admitindo no divórcio a opção por qualquer das suas nacionalidades.

Por fim, importa recordar que a autonomia conflitual no divórcio não é ilimitada, restringindo a liberdade dos cônjuges às leis que tenham uma “*ligação à vida do casal que torna justificada a sua aplicação*”⁽²²⁾. Isto é, como o próprio Considerando n.º 14 afirma, a liberdade de escolha é limitada a leis com as quais os cônjuges “*tenham uma relação estreita*”. Ora, quando um dos cônjuges é titular de mais do que uma nacionalidade, é possível que o legislador europeu tenha decidido restringir a viabilidade de opção à lei da nacionalidade com que apresentar maior ligação. Não havendo critérios comunitários quanto à sua eleição, é possível que a *ratio legis* fosse conferir tal papel ao direito interno, cometendo-lhe a responsabilidade de designar a *nacionalidade relevante* para estes efeitos. No fundo, a restrição da liberdade de escolha a *uma das nacionalidades* (sendo o critério de designação deixado ao direito nacional) pode ainda atribuir-se às razões próprias da autonomia conflitual *limitada*, visando permiti-la apenas quanto à nacionalidade que apresentar com o casal a necessária ligação pessoal.

IV. Posição adoptada: a inapplicabilidade dos critérios de solução da plurinacionalidade à autonomia conflitual

Por nossa parte, não cremos que a liberdade de escolha de lei aplicável ao divórcio deva estar limitada, quando um dos cônjuges seja plurinacional, à lei de *uma* das suas nacionalidades. Pelo contrário, julgamos que o Considerando n.º 22 não é aplicável ao art. 5.º do Regulamento (quando indica a nacionalidade de um dos cônjuges como ordem jurídica susceptível de escolha) mas está restrito aos casos em que a nacionalidade é indicada como *elemento de conexão*

⁽²¹⁾ Cfr. art. 22.º do Regulamento das Sucessões (Regulamento [UE] 650/2012, de 4 de Julho de 2012).

⁽²²⁾ Cfr. RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 442, e as referências *supra* indicadas na nota n.º 2479.

objectivo – a alínea *c*) do art. 8.º do Regulamento. Isto é, segundo pensamos, o Considerando n.º 22 dirige-se aos casos em que *a nacionalidade é um elemento de conexão em sentido próprio* e não visa aplicar-se à determinação das leis cuja escolha é autorizada – onde se deve permitir a designação de *qualquer das nacionalidades*⁽²³⁾.

Esta nossa convicção fundamenta-se, por um lado, no facto de os argumentos a favor da restrição da *professio iuris* à uma das nacionalidades do cônjuge plurinacional não serem determinantes. Por outro lado, porque tal resultado já decorre, quando a *nacionalidade preterida* seja a de um Estado-Membro, da jurisprudência comunitária. Por fim, porque mesmo no confronto com nacionalidades de Estados terceiros, avultam preponderantes razões a sufragar a abertura da autonomia conflitual a qualquer das nacionalidades do cônjuge.

⁽²³⁾ Esta posição é igualmente sustentada por STEFANIA BARIATTI, “Multiple Nationalities and EU Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 1-19, p. 11; ALAIN DEVERS E MICHEL FARGE, “Le nouveau droit...”, cap. XII; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 318; THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 619; THALIA KRUGER, “Rome III and Parties’...”, p. 6 (“because the connecting factor is choice, it is not essential that only one nationality can be considered”); SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *Journal du Droit International*, vol. 138, n.º 3, 2011, pp. 491-516, p. 511; GIACOMO BIAGIONI, “Artículo 5.º”, p. 1479; OLIVIA LOPES PEGNA, “La proposta di cooperazione...”, p. 135. Igual convicção parece inferir-se das palavras de ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, pp. 55 e 63. Na verdade, os Professores apontam como *vantagem* da *professio iuris* face ao elemento de conexão *nacionalidade* o facto de se solucionarem os problemas gerados pela plurinacionalidade; isto é, os Autores parecem acreditar que a autonomia conflitual permite designar *qualquer das leis nacionais*, evitando a intervenção de critérios de designação da nacionalidade prevalecente (p. 55). Por outro lado, os Mestres apenas colocam o problema da plurinacionalidade a propósito da determinação da *lex divortii* na falta de escolha (al. *c*) do art. 8.º – p. 63), o que parece permitir a conclusão de que entendem não se colocar o problema aquando do exercício da *electio iuris*.

Uma concepção intermédia, sufragando a liberdade de escolha de qualquer das nacionalidades mas apenas quando em causa estejam nacionalidades de Estados-Membros da União Europeia, é defendida por PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 111; JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement...”, p. 454; MARIA CATERINA BARUFFI, “La competenza...”, p. 23, nota n.º 107; LILIANE FONSECA ALMEIDA, *O princípio da autonomia*, p. 39, e parece resultar das palavras de CARINE BRIÈRE, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 2009 Hadadi, proc. C-168/08”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 1, 2010, pp. 184-199, p. 199. Estes Autores têm como ponto de partida que o Considerando n.º 22 se mobiliza à autonomia conflitual; todavia, por força dos princípios de direito da União Europeia desvelados pela jurisprudência comunitária, estendem a liberdade de escolha às nacionalidades dos Estados-Membros que, por força do direito interno, pudessem ser preteridas.

1. A improcedência dos argumentos relativos à restrição da *professio iuris* à nacionalidade indicada como relevante pelo direito interno

Como vimos, há três grandes argumentos sustentando a tese de que a autonomia conflitual do plurinacional, no que concerne à escolha da *lex patriae*, deva estar restrita à nacionalidade indicada como relevante pelo direito interno: o argumento literal; a diferença de formulação face ao Regulamento Europeu das Sucessões; e as razões próprias da autonomia conflitual limitada, visando restringir-se a escolha a uma lei que revele uma ligação essencial com a vida do casal.

Ora, nenhum dos argumentos é inquestionável.

Em primeiro lugar, lembrando o argumento literal do Considerando n.º 22, há que reconhecer que este não é, em rigor, aplicável à *professio iuris*. Com efeito, a solução aí propugnada pelo legislador comunitário está dirigida aos casos em “que o presente regulamento remeta para a nacionalidade enquanto factor de conexão para a aplicação da lei de um Estado”. Repare-se que se utiliza a expressão “factor de conexão”. Ora, na verdade, não é isso que se passa no art. 5.º, onde a nacionalidade não é nunca o elemento de conexão utilizado. Aqui, o factor de conexão não é a nacionalidade, mas a *vontade das partes*⁽²⁴⁾. Simplesmente, a vontade das partes apenas pode exercer-se de entre um leque de leis – entre as quais, a lei da nacionalidade de um dos cônjuges. Nessa medida, é bom de ver que a letra do Considerando n.º 22 não abrange o caso da *professio iuris* mas apenas as situações em que o Regulamento utiliza a nacionalidade como elemento de conexão – al. *c*) do art. 8.º.

Em segundo lugar, a diferença de formulação da norma em face do art. 22.º do Regulamento das Sucessões não parece proibir a mesma solução. Efectivamente, no instrumento sucessório, o legislador preocupou-se em prescrever a solução conflitual para o caso de plurinacionalidade, num inciso colocado depois

⁽²⁴⁾ Neste sentido, cfr. THALIA KRUGER, “Rome III and Parties’...”, p. 6: “Consideration 22 uses the words «connecting factor». In cases where the parties choose the law of their nationality, arguably the connecting factor is not the nationality itself, but the choice. Moreover, because the connecting factor is choice, it is not essential that only one nationality can be considered”; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 318 (“la désignation de la loi applicable repose sur le choix des époux, et non sur la nationalité même qui n’est pas le facteur de rattachement”); GIACOMO BIAGIONI, “Artículo 5.º”, p. 1479. Com efeito, na autonomia conflitual, ensina ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado – Aspectos Fundamentais*, Vol. I, Lisboa, 1954, p. 40, que o elemento de conexão é a *vontade das partes* e não qualquer dos factores objectivos da relação jurídica: trata-se da “faculdade reconhecida às partes pela norma de conflitos, de determinar a ordem jurídica competente para regular uma dada relação”. Assim, a vontade das partes é um elemento de conexão autónomo (*ibidem*). Isto é, como explica JÜRGEN BASEDOW, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 360, 2012, pp. 9-516, p. 210, não se trata de substituir o método conflitual mas apenas olhar a um factor de conexão subjectivo e não objectivo.

da afirmação da autonomia conflitual. Esta preocupação pode apenas explicar-se pelo facto de as normas do Regulamento sucessório serem mais recentes, visando as autoridades legiferantes europeias solucionar um problema que havia ficado obscuro no Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio. Nessa medida, não parece que a regulação mais recente e minuciosa de um instrumento mais moderno possa conter a solução de interpretação de um acto comunitário mais antigo.

Por fim, o argumento relativo às razões próprias da autonomia conflitual *limitada* (a restrição da *professio iuris* à nacionalidade que contenha uma relação efectiva com o casal) não parece colher quando se opera uma remissão para o direito interno. Na verdade, em muitos sistemas nacionais, a solução da plurinacionalidade dá-se, quando uma das nacionalidades seja a do foro, em favor desta última⁽²⁵⁾. Assim, é bom de ver que muitos sistemas nacionais não têm qualquer preocupação com a *ligação à vida familiar*, privilegiando apenas a sua nacionalidade e, por isso, falhando o hipotético objectivo.

2. A violação do direito da União Europeia, quando em causa estejam nacionalidades dos Estados-Membros

Segundo julgamos, ainda que se aceitasse a restrição da liberdade de escolha a *uma* das nacionalidades do plurinacional, sempre que as regras internas conduzissem à preterição da designação da lei de um Estado-Membro, tal resultado contenderia com o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, consagrado no art. 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁽²⁶⁾. Na verdade, o cônjuge plurinacional estaria a ser prejudicado *por ter outra nacionalidade* para além daquela que quereria designar, o que parece consubstanciar uma discriminação que vem sendo proibida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Por outro lado, a desconsideração da nacionalidade *de um outro Estado-Membro* tem efeitos inegáveis na *liberdade de circulação de pessoas*, tendo por isso a jurisprudência comunitária impedido que as autoridades de um Estado-Membro possam negar situações jurídicas geradas ao abrigo da nacionalidade de outro

⁽²⁵⁾ Assim acontece entre nós, no art. 27.º da lei da nacionalidade portuguesa. Veja-se o estudo de THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, pp. 606ss, elencando as várias soluções dos Estados-Membros.

⁽²⁶⁾ Sobre o conteúdo deste princípio, *vide* RUI MOURA RAMOS, “Anotação aos arts. 18.º a 23.º TFUE”, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 257-263, p. 257. Sobre as respectivas implicações para o direito internacional privado, *vide* o profundo estudo de JOHAN MEEUSEN, “Le droit international privé et le principe de non-discrimination”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 353, 2011, pp. 9-184, concretamente pp. 63ss e, especificamente sobre a plurinacionalidade, pp. 114ss.

Estado-Membro. Isto é, apesar de não existirem normas europeias sobre plurinacionalidade, a verdade é este problema vem encontrando uma disciplina densa na jurisprudência do Tribunal de Justiça quando em causa estejam *nacionalidades de Estados-Membros* da União Europeia; esse regime vem prescrevendo a impossibilidade de negar aos cidadãos os direitos conferidos pela nacionalidade de outro Estado-Membro. No fundo, apesar de o direito da nacionalidade constituir uma competência exclusiva dos Estados-Membros, tais regras (nacionais) não podem pôr em causa o exercício das liberdades comunitárias, como aliás expressamente resulta do Considerando n.º 22 do Regulamento (UE) n.º 1259/2010⁽²⁷⁾. Ora, as implicações que o Juiz comunitário vem daí desvelando levam alguma doutrina a falar já de um *direito da União Europeia em matéria de nacionalidade*⁽²⁸⁾.

Entendamo-nos. Suponhamos que se discute a viabilidade de escolha da *lei espanhola* como lei aplicável ao divórcio, pelo facto de um dos cônjuges ser simultaneamente *português e espanhol*, ao abrigo da alínea *c*) do n.º 1 do art. 5.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010. Como é sabido, perante este plurinacional, o direito interno português dá prevalência à nacionalidade portuguesa⁽²⁹⁾, pelo que, nos termos do direito nacional, tudo se passa como se este sujeito fosse somente português. A ser assim, convocando aqui o Considerando n.º 22 do Regulamento, seria impossível a designação da lei espanhola, porquanto tal nacionalidade não é relevante face ao direito de conflitos português. Ora, a *preclusão da possibilidade de escolha da lei espanhola* como *lex divortii* configurará uma discriminação em razão da nacionalidade: a *liberdade de escolha de lei* do plurinacional seria restringida pelo facto de lhe acrescer uma nacionalidade, vedando a opção que ele teria na sua falta⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, cfr. STEFANIA BARIATTI, “Multiple Nationalities...”, p. 3: “No common solutions concerning nationalities, however, have been provided by the legislature or have developed through the ECJ case-law”. Efectivamente, aquele considerando remete para as regras estaduais de conflitos de nacionalidades “no pleno respeito pelos princípios gerais da União Europeia”. Assim, o Regulamento (UE) n.º 1259/2010 ressalva a eventualidade de a aplicação do regime interno da plurinacionalidade constituir uma violação daqueles cânones, vedando-lhe tal resultado.

⁽²⁸⁾ É o caso de SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l'émergence”, p. 492.

⁽²⁹⁾ Cfr. art. 27.º da lei da nacionalidade portuguesa.

⁽³⁰⁾ Isto é, alguém que é simultaneamente português e espanhol seria colocado em pior situação, no que concerne à autonomia conflitual, do que se fosse apenas espanhol. Neste último caso, ser-lhe-ia possível optar pela lei espanhola, enquanto *lex patriae*; no primeiro caso, apesar de o indivíduo ser também espanhol, a resolução do conflito de nacionalidades vedar-lhe-ia a escolha da lei espanhola.

A este propósito, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...* Vol. II, p. 665, convoca o Acórdão *Micheletti* quando sustenta que o Considerando n.º 22 do Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio ressalva o respeito pelos princípios gerais da União Europeia para que, “em sintonia com o acórdão Micheletti, em caso de concurso da nacionalidade de um Estado da União Europeia com a nacionalidade de um Estado terceiro, será sempre relevante a primeira”.

Ora, o Juiz comunitário já tratou directamente do problema do concurso de nacionalidades de dois ou mais Estados-Membros e seus efeitos nas liberdades fundamentais. Assim, no que tange ao conflito de leis, a prevalência da nacionalidade do foro (solução vigente em muitos dos regimes internos sobre plurinacionalidade) é disputada pela jurisprudência *García Avello*, já que tal regra não pode pôr em causa o exercício de um direito atribuído pela nacionalidade de outro Estado-Membro, porquanto tal tem efeitos na liberdade de circulação de pessoas⁽³¹⁾. Tal implicará que a plurinacionalidade não possa impedir a designação

Com efeito, seirmos no direito a escolher a lei espanhola um direito conferido pela nacionalidade espanhola, estamos muito perto das considerações expendidas pelo Juiz comunitário no Acórdão *Micheletti* que, muito embora a propósito de um problema distinto (direitos conferidos pela cidadania europeia quando em confronto estejam a nacionalidade de um Estado-Membro e de um Estado terceiro), determina que os direitos atribuídos pela nacionalidade de um Estado-Membro no âmbito dos Tratados não podem ser colocados em causa pelo facto de o indivíduo ser titular de outras nacionalidades, sob pena de transgressão do art. 18.º TFUE – cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1992, *Micheletti*, proc. C-369/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-4239, n.º 15, segundo o qual as liberdades fundamentais “não permitem que um Estado-membro recuse o benefício dessa liberdade a um cidadão de outro Estado-membro, que possua simultaneamente a nacionalidade de um Estado terceiro, pelo facto de a legislação do Estado de acolhimento o considerar nacional de Estado terceiro”. Sobre o Acórdão, cfr., entre outros, JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement...”, p. 434.

⁽³¹⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, *García Avello*, proc. C-148/02, *Colectânea da Jurisprudência* 2003, n.º 28: “não cabe a um Estado-Membro restringir os efeitos da atribuição da nacionalidade de outro Estado-Membro”. Também neste sentido, cfr. RUI MOURA RAMOS, *Estudos de Direito Internacional...*, p. 347; JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement...”, p. 436; LILIANE FONSECA ALMEIDA, *O princípio da autonomia*, p. 38; THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 610; JOHAN MEEUSEN, “Le droit international...”, p. 119; MARCO RAITERI, “Citizenship as a Connecting...”, p. 321. No fundo, como advoga CARINE BRIÈRE, “Comentário ao Acórdão *Hadadi*...”, p. 198, a jurisprudência *García Avello* rejeita “qu’une des nationalités en présence puisse éclipser l’autre”.

Perante esta realidade, concluem LOUIS D’AVOUT, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 2009 *Hadadi*, proc. C-168/08”, *Journal du Droit International*, Ano 137, n.º 1, 2010, pp. 157-183, p. 171, e MEEUSEN, *cit.*, p. 126, a cidadania europeia confere ao titular de mais do que uma nacionalidade de um Estado-Membro o direito a escolher qual a nacionalidade por que quer ser tratado, recordando que as opções dos sujeitos nos casos *García Avello* e *Hadadi* acabaram por se revelar decisivas. Por nossa parte, julgamos que este mesmo resultado pode ser entendido à luz do princípio do reconhecimento mútuo, porventura traduzido na *teoria do reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro*, limitando-se a determinar que os direitos conferidos pela nacionalidade de outro Estado-Membro têm de ser reconhecidos *in foro*. Isto é, ainda que certa nacionalidade não seja a indicada como relevante pelo direito interno, não se recusarão os direitos conferidos por aquela lei. Para mais desenvolvimentos, *vide* o que dizemos no nosso estudo *Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional*, (policopiado), Coimbra, 2015, pp. 459ss.

para o divórcio de uma lei de outro Estado-Membro de que um dos cônjuges é nacional⁽³²⁾.

Em segundo lugar, deve atentar-se à jurisprudência *Hadadi*, onde o Tribunal de Justiça, interpretando uma regra de fonte europeia como aquela que aqui nos ocupa, considerou ser vedada a desconsideração de uma das nacionalidades dos cônjuges, ainda que essa não tivesse uma ligação efectiva aos indivíduos, em matéria de competência judiciária para o processo de divórcio⁽³³⁾. Ora, a proibição de desconsideração de uma das nacionalidades dos cônjuges *para efeitos de competência judiciária* não parece permitir conclusão diferente no quadro do conflito de leis *quando o elemento de conexão é a vontade das partes* e se deu aos cônjuges o poder de designar as leis das suas nacionalidades como *lex divortii*⁽³⁴⁾. A

⁽³²⁾ Neste sentido, cfr. THALIA KRUGER, “Rome III and Parties’...”, p. 5: “this means that the individuals concerned were permitted to choose between their two nationalities and that the rule that the forum nationality receives preference could not always be used in the EU context”.

⁽³³⁾ Cfr. Acórdão de 16 de Julho de 2009, *Hadadi*, proc. C-168/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2009, pp. I-6871ss, n.º 58; RUI MOURA RAMOS, “Um novo...”, p. 423; JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement...”, pp. 441 e 450; LOUIS D’AVOUT, “Comentário ao Acórdão *Hadadi*...”, p. 166; WOLFGANG HAU, “Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht”, *IPRax – Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 30, n.º 1/2010, 2010, pp. 50-53; CARINE BRIÈRE, “Comentário ao Acórdão *Hadadi*...”, pp. 184ss; JORG DILGER, “EuEheVO: Identische Doppelstaater und forum patriae (Art. 3 Abs. 1 lit. b))”, *IPRax – Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 30, n.º 1/2010, 2010, pp. 54-58, e SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario La ley*, Ano XXX, n.º 7312, 2009, ; VINCENT EGÉA, “Compétence européenne: divorce d’époux ayant une double nationalité”, *Recueil Dalloz*, n.º 31, 2009, pp. 2106-2107; PILAR MAESTRE CASAS, “Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (Notas a la STJUE de 16 de Julio 2009, *Hadadi*, as. C-168/08)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 290-304; MARCO RAITERI, “Citizenship as a Connecting...”, p. 321. Ora, um dos argumentos que concorrem para esta proibição da desconsideração de uma das nacionalidades dos plurinacionais radica, justamente, no princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, quando em causa estejam nacionalidades dos Estados-Membros da União Europeia.

⁽³⁴⁾ Parece ser esta a convicção de ALAIN DEVERS e MICHEL FARGE, “Le nouveau droit...”, n.º 26-772, quando sustentam que “Pour les binationaux, le règlement offrant « aux époux la liberté de désigner une loi applicable avec laquelle ils ont des liens étroits » (Règl. Rome III, préambule, consid. 14), il semble difficile de faire primer l’une des nationalités en présence au motif qu’elle serait la nationalité du for ou la nationalité la plus effective». Os Autores convocam a jurisprudência europeia que recusa a desconsideração de uma das nacionalidades, seja por razões de *efectividade da ligação* (como o Acórdão *Hadadi*), seja porque o sistema jurídico interno faz prevalecer a nacionalidade do foro (como no Acórdão *García Avello*). No mesmo sentido, cfr. LILIANE FONSECA ALMEIDA, *O princípio da autonomia*, p. 39 (“a jurisprudência é clara: não se pode afastar uma nacionalidade”); THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 620.

Repare-se que o que dizemos não entra em contradição com as teses de BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 579, e de KATHARINA BOELE-WOELKI, “For better or for worse...”, p. 34, segundo as quais a jurisprudência *Hadadi* (que proíbe a desconsideração da

suportar este entendimento, aliás, está o facto de a conjugação da jurisprudência *Hadadi* (que permite aos cônjuges que tenham mais do que uma nacionalidade comum de Estados-Membros escolher qualquer uma delas para propor a acção) com a alínea *d*) do art. 5.º (que autoriza a escolha da *lei do foro*) sempre permitir a designação como *lex divortii* da lei da nacionalidade que fosse preterida pelo direito interno relativo à plurinacionalidade⁽³⁵⁾.

Assim, parece pacífico que, *quando em causa estejam duas nacionalidades de Estados-Membros*, a restrição da *professio iuris* a uma delas contrariará a jurisprudência em matéria de liberdade de circulação, sendo por isso proibida pelo direito da União Europeia⁽³⁶⁾.

nacionalidade de um dos cônjuges para determinação da “nacionalidade comum”) não é aplicável à determinação da lei aplicável. Com efeito, as Autoras defendem a impossibilidade de transposição do Acórdão *Hadadi* para o problema da lei aplicável *no domínio da regra de conflitos objectiva do art. 8.º*, onde o elemento de conexão é a “nacionalidade comum dos cônjuges”. Ora, o problema de que tratamos não é esse, mas o de saber se, *no domínio da autonomia conflitual* (isto é, sendo o elemento de conexão a *vontade das partes*), é possível desconsiderar uma das nacionalidades do cônjuge plurinacional para exercício dessa autonomia.

⁽³⁵⁾ Entendamo-nos. O Regulamento Bruxelas II-bis estabelece a competência internacional das autoridades dos Estados-Membros para conhecer do processo de divórcio. Ora, no caso de pedido conjunto, atribui-se competência às autoridades do Estado da nacionalidade comum dos cônjuges (cfr. alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º), assumindo essas competências carácter exclusivo (cfr. RUI MOURA RAMOS, “Capítulo V do *Curso de Direito da Família*”, p. 834). Suponhamos que os cônjuges são plurinacionais espanhóis e franceses, discutindo-se a questão de saber se podem desencadear o processo de divórcio em França, país com que não têm qualquer outra ligação. A jurisprudência *Hadadi* determina ser vedado às autoridades nacionais onde o processo foi desencadeado fazer *qualquer juízo de preferência* entre as nacionalidades dos cônjuges – designadamente de determinar *a nacionalidade efectiva* – permitindo requerer o divórcio junto das autoridades *de qualquer das suas nacionalidades*, independentemente do juízo que o direito interno fizer quanto à nacionalidade relevante – cfr. Acórdão *Hadadi* (*cit. supra* nota n.º 2508) n.º 58.

Ora, sendo admitida a acção de divórcio nesse país (mesmo que a nacionalidade não seja *efectiva*), a *lei do foro* estará ao dispor dos cônjuges para designação como *lex divortii*, nos termos da al. *d*) do art. 5.º do Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio. Quer isto dizer que o Regulamento n.º 1259/2010 *já permite* a opção por *qualquer das nacionalidades dos ambos cônjuges*, por força da viabilidade que o Regulamento Bruxelas II-bis consagra de desencadear o processo no país de *qualquer das suas nacionalidades*. Se assim é, não se compreenderá que o mesmo acto comunitário que conduz à viabilidade de *não aplicação das normas nacionais relativas à plurinacionalidade* no quadro da eleição indirecta da *lex patriae* (por via da opção da lei do foro) imponha, por outro lado, que apenas uma das nacionalidades esteja disponível para escolha quando se vise uma *opção directa da lei*.

⁽³⁶⁾ A expressão mais impressiva desta conclusão será de JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement...”, p. 454, quando conclui, a propósito da solução dos conflitos positivos de nacionalidades, que “*la nette prépondérance de la loi du for qui s’exprime dans les dispositions du droit international privé des États membres réglant les conflits de lois constitue une discrimination sans équivoque en raison de la nationalité. [] Les États peuvent cependant garder la règle de la priorité de leur propre nationalité si le ressortissant en question a aussi la nationalité d’un État tiers*». Assim, a doutrina não tem dúvidas de que, quando um do cônjuges tenha duas ou mais nacionalidades de Estados-Membros da UE,

3. As razões que sustentam a liberdade de escolha de *qualquer das nacionalidades*, mesmo no conflito com nacionalidades de Estados terceiros

Se a aceitação da escolha de *qualquer das nacionalidades* do cônjuge plurinacional parece ser razoavelmente líquida quando esteja em causa a viabilidade de designação da lei da nacionalidade *de um Estado-Membro*, julgamos que esta mesma solução deve também vingar quando esteja em causa uma nacionalidade de um Estado terceiro. Isto é, quando se discute se o cônjuge plurinacional português e brasileiro está em condições de acordar a designação da *lei brasileira* enquanto lei de uma das suas nacionalidades.

Com efeito, não só não parece haver razão fundamental para distinguir os casos em que a plurinacionalidade é relativa a cidadanias de Estados-Membros ou de Estados terceiros (pelo que alguma doutrina infere da impossibilidade de desconsideração da nacionalidade *de um Estado-Membro* uma verdadeira extensão da autonomia conflitual *a qualquer das nacionalidades dos cônjuges*)⁽³⁷⁾ como para esse resultado concorrem boas razões, inerentes ao fundamento da autonomia conflitual no divórcio⁽³⁸⁾.

a jurisprudência obriga a que o art. 5.º permita a designação de *qualquer* das suas nacionalidades – vide LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 665; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 111; MARIA CATERINA BARUFFI, “La competenza...”, p. 23, nota n.º 107; LILLANE FONSECA ALMEIDA, *O princípio da autonomia*, p. 39; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 318; MARCO RAITERI, “Citizenship as a Connecting...”, p. 324; THOMAS TRAAER, “Rom III...”, p. 809.

É também esta a posição do GEDIP – *Groupe européen de droit international privé*, que na sua 23.ª Reunião, em Lausanne, adoptou uma posição nos termos da qual “*Lorsqu’un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs États membres, il peut se prévaloir de l’une ou de l’autre de ces nationalités*” (art. 5.º). Esta posição é aquela que, segundo o Grupo de insígnies Professores que compõem o GEDIP, deve presidir à aplicação de todo o direito internacional privado de fonte europeia que se refira à nacionalidade. A posição do GEDIP está disponível na internet, via <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-23.htm>, consultada em 21 de Outubro de 2016.

⁽³⁷⁾ Esta posição é igualmente sufragada por ALAIN DEVERS e MICHEL FARGE, “Le nouveau droit...”, cap. XII (“*Autrement dit, lorsqu’un des époux a plusieurs nationalités, les conjoints pourraient choisir la loi de l’un des États dont il est ressortissant. Les binationaux bénéficieraient ainsi d’une extension du spectre des lois éligibles au titre de l’article 5, § 1, du règlement Rome III*”); STEFANIA BARIATTI, “Multiple Nationalities...”, p. 11 (“*are there any substantial reasons based upon EU law to discriminate against nationals of non-EU countries in these situations? Regarding the regulations, it is hard to see any such reasons*”); e PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 318.

É também esta a posição do GEDIP que, na posição a que nos referimos *supra* (nota n.º 2511), determina que “*lorsque les règles de conflit de lois de l’Union européenne permettent à une personne de choisir le droit de l’État dont elle a la nationalité et que cette personne possède deux ou plusieurs nationalités, ce choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l’un ou l’autre des États dont elle a la nationalité*”.

⁽³⁸⁾ Aliás, deve recordar-se que parte da doutrina advoga a autonomia conflitual neste domínio como especialmente adequada para as situações em que os cônjuges são plurinacionais,

3.1. A inaplicabilidade dos critérios internos de plurinacionalidade ao elemento de conexão *vontade das partes*

Parece evidente que não há, no Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio, qualquer obstáculo a que seja feita a designação da lei da nacionalidade de um dos cônjuges como *lex divortii*, seja ela de um Estado-Membro ou de um Estado terceiro. Quer isto dizer que, quando se coloque o problema da lei aplicável ao divórcio entre um cidadão português e uma cidadã brasileira, a lei brasileira é uma das leis susceptíveis de ser escolhida, nos termos da alínea *c*) do n.º 1 do art. 5.º (associada ao carácter universal do Regulamento⁽³⁹⁾). A lei brasileira só deixaria de ser passível de eleição (segundo a tese que mobiliza o considerando n.º 22 à *professio iuris*) se a cidadã brasileira for *também* portuguesa – caso em que a plurinacionalidade será decidida a favor da lei portuguesa (cfr. art. 27.º da Lei da Nacionalidade).

A nosso ver, tal resultado seria manifestamente ilógico. Gerar-se-ia um efeito que o Regulamento não prescreve (i), que não é necessário (ii), sem que se vislumbre qualquer escopo para a respectiva promoção (iii).

i) A expressa diferença de regimes entre a nacionalidade como elemento de conexão e como demarcação da amplitude da autonomia conflitual

Como vimos *supra*, parece-nos evidente que o Considerando n.º 22 não se dirige à autonomia conflitual, já que o legislador comunitário teve a preocupação de endereçar aquela prescrição aos casos em que a *nacionalidade* é o elemento de conexão e não, como aqui sucede, a *escolha das partes*. Isto é, o Regulamento traça uma clara distinção entre os casos em que a nacionalidade é um elemento de conexão (na falta de escolha) e aqueles em que é utilizada para indicar as leis susceptíveis de *electio iuris*.

A suportar este raciocínio, e para além do decisivo argumento literal que analisámos *supra* – o considerando n.º 22 alude à nacionalidade “*enquanto factor de conexão*”⁽⁴⁰⁾ – podem invocar-se mais dois vectores que ajudam a mostrar que assim é.

permitindo-lhes ser eles próprios a designar qual a nacionalidade relevante. Cfr., neste sentido, MARIE-CLAIRE FOBLETS, “Migrant Women...”, p. 24.

⁽³⁹⁾ Cfr. art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010. Sobre o carácter universal do Regulamento, cfr. PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 100.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. o que dissemos *supra*, a propósito da impropriedade dos argumentos da tese oposta à que aqui sustentamos. Vejam-se as expressões particularmente impressionantes de THALIA KRUGER, “Rome III and Parties...”, p. 6 (“*Consideration 22 uses the words «connecting factor». In cases where the parties choose the law of their nationality, arguably the connecting factor is not the nationality itself, but the choice. Moreover, because the connecting factor is choice, it is not essential that only one*

Em primeiro lugar, há que levar em consideração a diferença na referência à *nacionalidade* entre a regra da autonomia conflitual (art. 5.º) e a relativa à determinação da lei aplicável na falta de escolha (art. 8.º). Com efeito, a regra de conflitos *objectiva* atende à *nacionalidade comum* dos cônjuges, ao passo que no domínio da liberdade de escolha se admite a eleição da lei da nacionalidade *de um dos cônjuges*. Esta diferença liga-se à *ratio* da autonomia conflitual no divórcio: o legislador quis expressamente *alargar* o leque de leis susceptíveis de opção quando os cônjuges tenham nacionalidades diferentes, potenciando assim as razões que levaram à utilização desta conexão – flexibilidade; *favor divortii*; segurança jurídica; reconhecimento da decisão de divórcio no país de origem⁽⁴¹⁾. Ora, se o legislador usa a nacionalidade *de duas formas distintas*, bastando-se com uma ligação menos forte ao casal no quadro da autonomia com vista a alargar o leque de escolhas (pois não se exige que a nacionalidade seja comum), tal revela que é consentâneo com o propósito do Regulamento a permissão de designação da lei de qualquer das nacionalidades de um dos cônjuges, pois só assim se amplia verdadeiramente o leque de ordens jurídicas ao dispor das partes.

Em segundo lugar, não podem desconsiderar-se as conclusões que resultam do Regulamento (UE) 2016/1103, que estabelece uma cooperação reforçada em matéria de competência jurisdicional, lei aplicável e reconhecimento de sentenças em matéria de regimes matrimoniais. Com efeito, em tal acto normativo é permitida a escolha de lei da nacionalidade de qualquer dos cônjuges (al. *b*) do n.º 1 do art. 22.º), sendo que, na falta de escolha, pode vir a ser aplicável a lei nacional comum dos cônjuges (al. *b*) do n.º 1 do art. 26.º). Isto é, consagra-se algo de muito próximo das soluções vigentes no Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio (arts. 5.º e 8.º). Todavia, naquele acto europeu, o legislador comunitário dá um sinal decisivo para este problema: *quando a lei da nacionalidade for chamada por falta de escolha dos cônjuges* (art. 26.º) e estes tiverem mais do que uma nacionalidade comum, a conexão “nacionalidade” deixa de ser utilizada⁽⁴²⁾; efeito que não existe no quadro da autonomia conflitual (art. 22.º).

nationality can be considered)” e de PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 318 (“*la désignation de la loi applicable repose sur le choix des époux, et non sur la nationalité même qui n’est pas le facteur de rattachement*”).

⁽⁴¹⁾ Neste sentido, PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 317: “*S’agissant ensuite du choix de la loi nationale d’un époux, le premier constate st que ce n’est pas la nationalité commune des époux qui est prise en compte, ce qui aurait pourtant marqué un rattachement fort des époux, mais celle de l’un d’eux. Cette différence par rapport à la règle objective de rattachement peut s’expliquer par une volonté d’augmenter les possibilités de choix pour époux de nationalités différentes, et traduit une fois encore une certaine faveur sous-jacente au divorce*”.

⁽⁴²⁾ Assim estabelece o n.º 2 do art. 26.º do Regulamento (UE) 2016/1103: “*Se os cônjuges tiverem mais de uma nacionalidade comum no momento da celebração do casamento, só se aplicam as alíneas a) e c) do n.º 1*”. Isto é, preclude-se a intervenção das regras internas de solução da *plurinacionalidade*, determinando apenas a aplicabilidade das outras conexões indicadas pelo Regulamento.

Esta opção demonstra, muito claramente, que a plurinacionalidade é tratada de forma distinta pelo legislador conflitual europeu: *por um lado*, quando o elemento de conexão é a nacionalidade – caso em que se preocupa em que exista *apenas uma lei indicada*; *por outro*, os casos em que a lei aplicável é *designada pelas partes*, onde nenhuma cautela avulta pelo facto de *várias leis* serem susceptíveis de eleição⁽⁴³⁾. Isto é, quando a plurinacionalidade se revela um problema, o legislador decide desconsiderar aquele elemento de conexão; tal significa que a plurinacionalidade *não é um problema a solucionar* no domínio da autonomia conflitual.

ii) A desnecessidade de determinação da nacionalidade relevante

Em segundo lugar, há que reconhecer que a solução do conflito positivo de nacionalidades (e consequente indicação, pelo legislador, da *nacionalidade relevante*) não é necessária no quadro da autonomia conflitual, estando restrito aos casos em que a nacionalidade é o elemento de conexão. Isto é, quando a regra de conflitos determina a aplicação da *lex patriae*, é evidente que se coloca o problema de saber *qual* a nacionalidade relevante: será o caso, aliás, do próprio Regulamento do divórcio, na alínea *c*) do art. 8.º. De outro modo: a solução dos conflitos positivos de nacionalidades é um passo essencial porque o factor de conexão (nacionalidade) não permitiu cumprir a sua função (indicar ao julgador a lei que o legislador considerou mais próxima), porquanto a sua concretização resulta na indicação de *mais do que uma lei*.

Nada disto sucede no domínio da *professio iuris*, onde não existe verdadeiramente um *conflito de leis nacionais*. Quando os cônjuges designam *uma nacionalidade de um dos cônjuges*, o sistema conflitual funciona sem colocar qualquer obstáculo: foi eleita uma lei que tinha com o casal o contacto que o legislador entendeu relevante, sem que se houvesse gerado a necessidade de resolver o problema da plurinacionalidade. Por outras palavras, a intervenção das regras nacionais que determinem *qual a nacionalidade relevante* é absolutamente desnecessária na economia da autonomia conflitual, pois não se gera aqui o seu pressuposto – a existência de um *conflito positivo* de leis indicadas pela regra de conflitos⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Neste sentido, cfr. SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence”, p. 511

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido, THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 619 (“we have to conclude that the nationality conflict is in fact a false conflict: it is not necessary to reduce the two nationalities to one in order to apply the rule correctly”); THALIA KRUGER, “Rome III and Parties’...”, p. 6 (“because the connecting factor is choice, it is not essential that only one nationality can be considered”); SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence”, p. 511 (“une solution du conflit de nationalités ne semble pas indispensable lorsque le critère de la nationalité est employé afin de définir les lois que les intéressés peuvent choisir pour régir leur situation. En cas de pluralité de nationalités, l’éventail des lois entre lesquelles les parties peuvent choisir s’en trouve élargi. [] En revanche, pour la détermination de la loi applicable à défaut de choix par les parties, une résolution du conflit de natio-

iii) A inexistência de fundamento para restringir a autonomia conflitual

Por fim, veja-se que aquela tese provoca um resultado cuja *ratio* não se percebe. Impedir a designação da lei de uma das nacionalidades *só pelo facto de haver também uma outra cidadania* parece prejudicar os plurinacionais (retirando-lhes a viabilidade de opção por uma das suas leis nacionais, porventura a mais próxima) sem que se vislumbre qualquer razão para o fazer.

Com efeito, o art. 5.º apenas restringe a escolha a um leque de leis (entre as quais nacionalidade) para assegurar que as ordens jurídicas elegíveis têm uma conexão com o casal⁽⁴⁵⁾. Essa ligação existe *por se ter aquela nacionalidade*, não desaparecendo pelo facto de àquela acrescer outra cidadania, porventura menos conectada com aquele casal mas que, apenas por ser a *nacionalidade do foro*, sobre aquela prevalecerá. Nessa medida, não apenas o Regulamento *não restringe* a escolha a uma das nacionalidades (estamos fora do domínio das regras internas de solução dos conflitos positivos de nacionalidade, que se mobilizam somente quando o elemento de conexão seja a *nacionalidade* e não a *escolha das partes*) como nem haveria qualquer razão para o fazer⁽⁴⁶⁾.

nalités est nécessaire puisque, par hypothèse, seule une loi peut être applicable»); OLIVIA LOPES PEGNA, “La proposta di cooperazione...”, p. 135 (“nel caso in cui uno, o entrambi, abbiano più di una cittadinanza si moltiplichino per essi le leggi tra cui poter scegliere quella applicabile. Non sussistono ostacoli in questo caso alla possibilità di prendere in considerazione tutte le cittadinanze”).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Considerando n.º 14 do Regulamento e RUI MOURA RAMOS, *Estudos de Direito Internacional...*, p. 215.

⁽⁴⁶⁾ Em sentido não totalmente convergente, cfr. SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence”, p. 511. Com efeito, se a Autora começa por concluir que “lorsque la règle de conflit permet aux intéressés de choisir, comme loi applicable, leur loi nationale, les personnes qui ont seulement la nationalité d’un État tiers peuvent choisir la loi de cet État tiers. Il ne semble pas critiquable en soi de permettre aux doubles nationaux de se fonder sur leur nationalité d’un État tiers”, a verdade é que a Professora considera dever abrir-se uma excepção a esse princípio no domínio familiar. Segundo o seu pensamento, uma vez que o direito da família é o ramo jurídico onde maiores divergências de valores haverá, “une préférence pour la citoyenneté européenne peut permettre de privilégier les valeurs familiales des sociétés européennes”, evitando assim a mobilização da excepção de ordem pública internacional.

Por nossa parte, temos convicção contrária: não há razão para impedir a escolha da lei nacional dos cônjuges, mesmo de um Estado terceiro, porquanto ela tem conexão relevante. Só se o resultado de aplicação dessa lei puser em causa os princípios fundamentais da ordem jurídica do foro haverá razão para impedir a sua mobilização cabal (art. 12.º do Regulamento) ou para a desqualificar (art. 10.º), não devendo tal juízo ser feito *a priori* através de uma limitação da *professio iuris* às nacionalidades dos Estados-Membros.

Todavia, e independentemente da bondade da solução, a Professora perfilha tal solução *apenas para os casos em que a nacionalidade é um elemento de conexão*, não a utilizando no domínio da autonomia conflitual, onde “une solution du conflit de nationalités ne semble pas indispensable lorsque le critère de la nationalité est employé afin de définir les lois que les intéressés peuvent choisir

3.2. Não realização da *ratio* da autonomia conflitual pela restrição da liberdade dos plurinacionais

Em segundo lugar, e mesmo que assim não fosse, é bom de ver que a limitação a *uma das nacionalidades* goraria os objectivos próprios da autonomia conflitual no divórcio. Lembre-se que, entre outras razões, a *ratio legis* da autonomia conflitual no divórcio é a tutela da autonomia privada dos cônjuges, a indicação mais certa da lei mais estreitamente conexa, o *favor divortii* e o escopo de assegurar a eficácia da decisão de divórcio no país de origem dos cônjuges *quando esse país determine a aplicação da sua própria lei*.

Ora, se a *professio iuris* se liga primordialmente ao intuito de permitir aos cônjuges eleger as regras *do seu divórcio* (conquanto a opção recaia sobre uma lei com a qual haja ligação efectiva), é bom de ver que tal escopo cairia por terra caso se proibisse a opção por *uma* das nacionalidades. Com efeito, negar-se-ia ao casal de plurinacionais luso-suíços residente em Portugal a designação da lei suíça, ordem jurídica com quem ambos têm uma forte ligação. Quer isto dizer que se prejudicou, sem razão evidente, o escopo próprio da autonomia conflitual. Iguamente, prejudicar-se-ia o desígnio de deixar às partes a indicação certa da lei mais próxima: seria o legislador a fixar qual a *nacionalidade relevante* para efeitos de escolha (porventura privilegiando a *lex fori*) e não os cônjuges a elegê-la⁽⁴⁷⁾.

Por outro lado, o propósito de *favor divortii*, que orienta todo o Regulamento, perderia parte da sua eficácia, ao amputar a viabilidade de escolha da lei da nacionalidade do cônjuge (porventura mais flexível) que o direito interno não fizesse preferir. No exemplo *supra* utilizado (o casal de luso-suíços residente em Portugal), caso se deixasse actuar o art. 27.º da Lei da Nacionalidade para determinar a nacionalidade relevante, precluir-se-ia a possibilidade de os cônjuges optarem por fundamentos de divórcio eventualmente mais brandos da lei suíça, de que ambos são nacionais.

Por fim, recorde-se que um dos fundamentos que a doutrina aponta para a autonomia conflitual no divórcio é o propósito de assegurar a execução da decisão no país de origem dos cônjuges, *ainda que seja Estado terceiro e obri-gue ao cumprimento da sua lei*; é o caso dos cônjuges luso-marroquinos que, residindo em Portugal, designam como *lex divortii* a lei de Marrocos para que, nesse país, o divórcio seja reconhecido, mesmo que o respectivo DIP restrinja o

pour régir leur situation. En cas de pluralité de nationalités, l'éventail des lois entre lesquelles les parties peuvent choisir s'en trouve élargi».

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, cfr. THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 619: “This outcome denies the spouses their choice. The purpose of the rule is to permit people to choose the law of the place which they feel connected (eg their home country) and to ensure, as far as possible, the recognition of the divorce in that country”.

reconhecimento ao cumprimento da sua lei⁽⁴⁸⁾. Ora, este propósito da autonomia conflitual arruinar-se-ia caso se não permitisse a designação *da nacionalidade do Estado terceiro*. Pelo contrário, o fundamento próprio da autonomia conflitual no divórcio impõe a viabilidade de designação da lei marroquina, *ainda* que não seja a prevalecente nos termos do direito interno⁽⁴⁹⁾.

Em suma, quando em causa estejam plurinacionais, o propósito da autonomia conflitual *impõe* a viabilidade de designação da lei de qualquer das nacionalidades dos cônjuges. Só assim se cumpre a *ratio legis* da autonomia conflitual no Regulamento (UE) n.º 1259/2010.

3.3. A uniformidade de soluções e a insegurança das partes

Em terceiro lugar, e mesmo que assim não fosse, é bom de ver que a restrição da autonomia conflitual a *uma das nacionalidades* do plurinacional, por aplicação dos critérios internos minarira o objectivo próprio da unificação conflitual.

Na verdade, deve recordar-se que o propósito de instauração ao nível europeu de um regime conflitual unificado é a harmonia de soluções enquanto condição necessária ao bom funcionamento do mercado interno, gerando segurança e previsibilidade jurídicas, e evitando que se gere uma *“race to the courthouse* em Estados diferentes com vista a obter uma solução mais favorável ao divórcio – cfr. Considerandos n.ºs 1 e 9 do Regulamento⁽⁵⁰⁾. Ora, permitir que a liberdade

⁽⁴⁸⁾ Cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, pp. 55-56.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 619 (*vide* a citação da nota n.º 2522).

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, cfr. MARIA CATERINA BARUFFI, “Il regolamento...”, p. 868, e “La competenzaa...”, p. 3; PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 87; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley...”, p. 42; KATHARINA BOELE-WOELKI, “For better or for worse...”, p. 23; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 567; BRUNO NASCIBENE, “Jurisdiction and applicable law in matrimonial matters: Rome III Regulation?”, *The European Legal Forum*, vol. 9, n.º 1, 2009, pp. 1-6, p. 2; CHRISTIAN KOHLER, “Le choix...”, p. 209; PETER WINKLER VON MOHRENFELS, “Die Rom III-VO und die Parteiautonomie”, *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 527-542, p. 536.

Com efeito, a unificação das regras de competência jurisdicional internacional no Regulamento Bruxelas II-bis não precluíram o *forum shopping*, porquanto a existência de critérios alternativos de atribuição de jurisdição no art. 3.º do Regulamento (CE) 2201/2003 continua a permitir que a acção de divórcio seja proposta em mais do que um Estado-Membro. Ora, atendendo à regra de litispendência deste acto normativo (art. 19.º, que obriga a autoridade em que o processo foi instaurado em segundo lugar a suspender a instância), a diversidade de soluções conflituais pode justamente concorrer para uma *race to the courthouse* – cfr. THALIA KRUGER, “Rome III and Parties’...”, p. 1; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010”, p. 568, e “Uniform...”, pp. 29 e 38; ILARIA OTTAVIANO, “La prima cooperazione...”, p. 114; PETRA HAMMJE, “Le nouveau

de escolha seja limitada de forma diferente *consoante o Estado onde o processo de divórcio ocorre* é o oposto que se pretendia. Nessa medida, é bom de ver que a restrição da *professio iuris* a uma das nacionalidades dos cônjuges plurinacionais, sendo a indicação dessa nacionalidade cometida ao direito interno, vai gerar justamente esta diversidade de lei aplicável⁽⁵¹⁾.

Entendamo-nos. Suponhamos um casal de plurinacionais, simultaneamente portugueses e argentinos, sendo um deles residente em *Buenos Aires* e outro em *Madrid*. Se quiserem eleger como *lex divortii* a lei da nacionalidade (ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do art. 5.º do Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio) e caso se aceitasse a vigência da regra contida no Considerando n.º 22 no domínio da autonomia conflitual, a *lei susceptível de escolha* seria diferente consoante o divórcio fosse apreciado em Portugal ou em Espanha⁽⁵²⁾. Com efeito, caso o processo fosse cometido a autoridades portuguesas, estas fariam prevalecer a *nacionalidade portuguesa* (nos termos do art. 27.º da Lei da Nacionalidade Portuguesa),

règlement “, p. 293; CHRISTIAN KOHLER, “Le choix...”, p. 208; ELISABETTA BERGAMINI, “Evoluzioni nel diritto di famiglia dell’Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Studi sull’integrazione europea*, vol. VII, 2012, pp. 181-201, p. 186; MÀRIE NÍ SHUILLEABHÁIN, “Ten years of European family law: retrospective reflections from a common law perspective”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, pp. 1021-1053, p. 1037; LINDA J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn from Europe?”, *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1999-2020, p. 2010; IVA PERIN TOMIČIĆ, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union – Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, vol. 57, n.º 4 e 5, 2007, pp. 847-880, p. 862. Reconhecemos, evidentemente, que a unificação conflitual não conduz cabalmente à uniformidade de soluções, porquanto a diversidade dos direitos nacionais no que concerne aos institutos da parte geral do direito internacional privado (designadamente em matéria de qualificação, de cognição do direito estrangeiro e de mobilização de normas de aplicação necessária e imediata estrangeiras) pode levar à diversidade de soluções.

A este propósito, pode colocar-se a questão de saber se a manutção de alguma viabilidade de *forum shopping* no Regulamento Bruxelas II-bis não será propositada, expressando em si mesma o *favor divortii*. Isto é, havendo diversidade conflitual (quando em causa estejam jurisdições de Estados-Membros não participantes no Regulamento sobre lei aplicável ao divórcio), acaba por permitir aos cônjuges escolher a jurisdição cuja regra de conflitos venha a permitir uma mais fácil dissolução do casamento. Neste sentido, MARIA CATERINA BARUFFI, “La competenza...”, p. 7; ILARIA OTTAVIANO, “La prima cooperazione...”, p. 122; GIACOMO BIAGIONI, “Artículo 5.º”, p. 1481; ILARIA QUEIROLO E LAURA CARPANETO, “Considerazioni critiche...”, p. 79; MARIEL REVILLARD, “L’autonomie...”, p. 493.

⁽⁵¹⁾ Neste sentido, STEFANIA BARIATTI, “Multiple Nationalities...”, p. 10: “*The application of recital 22 of the Rome III Regulation in all cases would thus lead to different solutions in the various Member States, that may increase forum shopping and uncertainty.*”

⁽⁵²⁾ Com efeito, tanto haveria competência jurisdiccional das autoridades portuguesas (por força da alínea b) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Bruxelas II-bis, nos termos da jurisprudência *Hadadi* – cfr. o que dissemos *supra*, p. 12) como das autoridades espanholas (nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Bruxelas II-bis).

ao passo que a propositura da acção de divórcio em Espanha implicaria que, aí, se restringisse a escolha à *nacionalidade argentina*⁽⁵³⁾.

Quer isto dizer que um processo de divórcio em Portugal *apenas teria como válida a escolha da lei portuguesa* e a acção em Espanha apenas aceitaria a *designação da lei argentina*. O que implicaria que uma escolha de lei seria *aceite* perante as autoridades de um dos países e *desconsiderada* junto dos órgãos do outro, arruinando a uniformidade de julgados que o Regulamento queria assegurar⁽⁵⁴⁾.

Ademais, esta eventualidade arruinaria o propósito de *segurança jurídica* que se quis conferir com a designação da *lex divortii*. Com efeito, caso estes cônjuges houvessem designado a lei argentina, contando por isso com a sua aplicação, o facto de vir a ser uma autoridade portuguesa a conhecer o divórcio esvaziaria a sua eficácia (porquanto aqui se teria a nacionalidade portuguesa como a única susceptível de escolha), o que poderia redundar na aplicação de uma lei com que os cônjuges não contavam⁽⁵⁵⁾.

Nessa medida, o princípio da *uniformidade de julgados*, que constitui o escopo do Regulamento (UE) n.º 1259/2010, proibirá a desconsideração de uma das nacionalidades (seja ou não de um Estado-Membro), enquanto condição necessária à harmonia jurídica internacional⁽⁵⁶⁾.

Claro que, dir-se-á, esta desuniformidade de julgados poderá manter-se no quadro da aplicação do art. 8.º do regulamento, onde a nacionalidade comum dos cônjuges é o elemento de conexão. Tal é evidente e também essa circunstância reclamará critérios de matriz europeia (uniformes) para lidar com o conflito positivo de nacionalidades. Simplesmente, se aí a solução da plurinacionalidade surge como problema de resolução necessária⁽⁵⁷⁾ –há que determinar qual a lei que está a ser indicada pela regra de conflitos e, na falta de disciplina comunitária, o

⁽⁵³⁾ Com efeito, o conflito positivo de nacionalidades é resolvido, em Espanha, nos termos do n.º 9 do art. 9.º do Código Civil Espanhol, nos termos do qual, não tendo o interessado nacionalidade espanhola, se dá preferência à nacionalidade do país onde aquele tem a sua residência e, na sua falta, à nacionalidade adquirida em último lugar.

⁽⁵⁴⁾ Em sentido convergente (embora a propósito da competência jurisdiccional no divórcio), cfr. LOUIS D’AVOUT, “Comentário ao Acórdão *Hadadi*...”, p. 163; CARINE BRIERE, “Comentário ao Acórdão *Hadadi*...”, p. 197; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Doble nacionalidad...”, cap. IX (que reclama normas europeias de solução da plurinacionalidade entre cidadanias de Estados-Membros).

⁽⁵⁵⁾ Também neste sentido, PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement “, p. 318.

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, STEFANIA BARIATTI, “Multiple Nationalities...”, p. 14. A Autora ainda lembra outro argumento – o princípio da paridade de tratamento das ordens jurídicas, que proibirá uma distinção entre a forma como são tratadas as leis da nacionalidade consoante sejam ou não de um Estado-Membro da União Europeia. Assim, a Professora conclui que a opção de escolha de qualquer das nacionalidades de um dos cônjuges “*should not be available to EU citizens only, but should be open to third countries’ nationals as well.*”

⁽⁵⁷⁾ Neste sentido, THALIA KRUGER E JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 626; SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence “, p. 511.

legislador europeu decidiu deixar tal problema aos direitos estaduais –, no caso sobre que nos debruçamos não existe razão para gerar tal desarmonia decisória.

3.4. O desinteresse do legislador conflitual na *ligação efectiva* à lei escolhida no caso de conflito móvel

Por fim, julgamos que a solução por nós propugnada (a viabilidade de designação de *qualquer das nacionalidades dos cônjuges*) é aquela que foi querida pelo legislador conflitual. Esta nossa conclusão decorre do facto de, rigorosamente, o Regulamento não obrigar a que a *lex divortii* designada pelos cônjuges seja a lei da residência ou a lei da nacionalidade *no momento do divórcio*. Isto é, o propósito de *estabilidade de lei aplicável* que o artigo 5.º revela ao solucionar o conflito móvel permite concluir que a *ligação à lei da nacionalidade determinada como relevante pelo direito interno* não é preponderante.

Entendamo-nos. Vimos *supra* que o propósito de *estabilidade* da determinação da lei aplicável é patente no modo como o legislador conflitual europeu modelou a autonomia conflitual na eventualidade de posterior alteração da residência ou da nacionalidade dos cônjuges. Com efeito, o regulamento cristaliza a amplitude da *professio iuris* no momento da designação da lei aplicável; isto é, considera válida a *electio iuris* da lei da nacionalidade de um dos cônjuges *ao tempo do acordo de escolha de lei*, ainda que esse cônjuge venha futuramente a alterar a sua nacionalidade⁽⁵⁸⁾.

Nessa medida, é possível inferir duas conclusões: por um lado, quando a lei designada haja sido a *lex patriae*, o legislador não obriga que a *lex divortii* seja a da nacionalidade *ao tempo do divórcio*, em nome da estabilidade da lei aplicável (i); por outro, que a limitação da *electio iuris* se liga ao propósito de, *no momento da escolha*, haver uma ligação com certa ordem jurídica, mesmo que tal conexão se perca no período que medeia a designação da lei e o processo de divórcio (ii).

Tal revela que o legislador europeu não está empenhado em ver aplicada *apenas a lei da nacionalidade relevante* porquanto, no limite, aceita que a *lex divortii* não tenha qualquer ligação a nenhum dos cônjuges no momento da instauração do processo. O regulamento apenas se preocupa em que, *no momento da escolha de lei*, a ordem jurídica designada tivesse uma ligação de natureza pessoal ao casal.

Se assim é, e por maioria de razão, torna-se evidente que o problema da determinação de *qual das nacionalidades prevalece* não é relevante no domínio da autonomia conflitual (art. 5.º), assumindo importância apenas quando a nacionalidade é o elemento de conexão (art. 8.º, – onde, aliás, o *momento relevante* é o da instauração do processo de divórcio). Em sede de autonomia conflitual, a

⁽⁵⁸⁾ Cf. PIETRO FRANZINA, “The Law...”, p. 110; KATHARINA BOELE-WOELKI, “For better or for worse...”, pp. 28-29 e 31; PETRA HAMMJE, “Le nouveau règlement”, p. 320

ratio legis foi admitir a escolha das leis com quem o casal tinha conexão quando exerceu a *professio iuris* – o que sucede quando designe a lei de *uma das nacionalidades* (mesmo que não a indicada como prevalecente pelo direito interno). Se assim não fosse (isto é, se o legislador se tivesse preocupado com a *intensidade* da conexão “nacionalidade”), nunca admitiria que uma alteração posterior da nacionalidade deixasse intocada a escolha de lei.

4. Conclusões

Não é por acaso que alguma doutrina vem propondo a adopção de regras europeias sobre o conflito positivo de nacionalidades. Na verdade, enquanto a *nacionalidade* for critério utilizado pelo direito internacional privado europeu para a lei aplicável, a plurinacionalidade surge como questão jurídica cuja resolução se quer uniforme⁽⁵⁹⁾.

Simplemente, este problema coloca-se *apenas* quando a nacionalidade é o *factor de conexão* e, portanto, deve indicar *uma única lei*. Tal não sucede quando a nacionalidade é utilizada enquanto critério de delimitação do leque de leis ao dispor das partes: o elemento de conexão é *a escolha das partes* e, assim, não há razão para proibir a eleição de *qualquer das leis nacionais*.

Na verdade, a restrição da liberdade de escolha a *uma* das nacionalidades do cônjuge plurinacional contradiria os propósitos que o legislador europeu quis perseguir com o estabelecimento da autonomia conflitual (relevo à vontade dos cônjuges; *favor divortii*; flexibilidade; garantia do reconhecimento do divórcio no país de origem dos cônjuges), prejudicando simultaneamente a uniformidade de soluções. Se a isto aditarmos o facto de a indicação de *uma única* nacionalidade não ser necessária quando o elemento de conexão é a vontade das partes e, por outro lado, o facto de a *ratio legis* da restrição da escolha a um leque de leis (onde se inclui a nacionalidade) ser realizada pela designação de *qualquer das nacionalidades*, a conclusão do nosso trabalho torna-se evidente: quando algum dos cônjuges seja plurinacional, a disciplina do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 permite *inequivocamente* a escolha da lei de qualquer das suas nacionalidades como *lex divortii*.

⁽⁵⁹⁾ Nesta sequência, a positivação de normas europeias de solução da plurinacionalidade vem sendo tónica comum, encontrando-se na doutrina algumas propostas de formulação. Vide as sugestões de JÜRGEN BASEDOW, “Le rattachement...”, p. 454; de STEFANIA BARIATTI, “Multiple Nationalities...”, p. 17 (que propõe a impossibilidade de desconsideração de *uma das nacionalidades* sempre que estejamos no quadro de autonomia conflitual); de THALIA KRUGER e JINSKE VERHELLEN, “Dual Nationality...”, p. 626 (que sugere a consagração, na UE, de uma solução inspirada na Lei Suíça de DIP); e de SABINE CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence”, pp. 509 e 514 (que propõe um *princípio de paridade* [e alternatividade] entre nacionalidades dos Estados-Membros).