Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
EVGENI TANCHEV
apresentadas em 26 de março de 2020[1]

Processo C-249/19

JE
contra
KF

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunalul București (Tribunal de Bucareste, Roménia)]

«Reenvio prejudicial — Regulamento (UE) n.º 1259/2010 — Cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial — Determinação da lei aplicável ao divórcio e à separação judicial — Artigo 10.º — Aplicação da lei do foro — Interpretação da expressão "não preveja o divórcio" — Critérios de apreciação — Interpretação restritiva ou extensiva»

1. No seu pedido de decisão prejudicial, o Tribunalul București (Tribunal de Bucareste, Roménia) solicita a interpretação do artigo 10.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010[2], uma disposição que não foi ainda interpretada pelo Tribunal de Justiça[3]. O processo principal respeita a uma ação que opõe JE a KF e que tem por objeto a determinação da lei aplicável ao seu processo de divórcio. Este regulamento, o primeiro instrumento de direito internacional privado da história da União adotado no âmbito do processo de «cooperação reforçada», foi descrito pela doutrina como um sucesso e constitui uma pedra angular de um futuro direito europeu[4]. A Roménia é um dos 17 Estados-Membros que participam nesta cooperação reforçada.

1 Língua original: inglês.

2 Regulamento do Conselho de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial (JO 2010, L 343, p. 10, também denominado «Regulamento Roma III»).

3 É certo que foi pedido ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre esta disposição nos processos que deram origem ao Despacho de 12 de maio de 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343), e ao Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988). Contudo, nesse despacho, o Tribunal de Justiça declarou-se incompetente para responder às questões submetidas e, no referido acórdão, o Tribunal de Justiça não tinha de se pronunciar sobre a interpretação desta disposição. V., igualmente, nota 12 das presentes conclusões.

4 Este regulamento introduziu, na maior parte dos Estados participantes, pelo menos duas alterações fundamentais: a ampla aceitação da autonomia das partes, por um lado, e, por outro, a substituição da nacionalidade pela residência habitual como principal elemento de conexão relevante na ausência de escolha contratual da lei aplicável. V. Basedow, J., *European Divorce Law: Comments on the Rome III Regulation*, Verbeke, A.-L., Scherpe, J. M., Declerck, C., Helms, T., e Senaeve, P., *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law — Liber Amicorum Walter Pintens*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 150.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Regulamento (CE) n.º 2201/2003

2. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 [5]:

«São competentes para decidir das questões relativas ao divórcio, separação ou anulação do casamento, os tribunais do Estado-Membro:

[…]

b) Da nacionalidade de ambos os cônjuges ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, do "domicílio" comum.»

2. Regulamento (UE) n.º 1259/2010

3. O artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 [6], sob a epígrafe «Escolha pelas partes da lei aplicável», dispõe:

«1. Os cônjuges podem acordar em designar a lei aplicável ao divórcio e à separação judicial desde que se trate de uma das seguintes leis:

a) A lei do Estado da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo de escolha de lei; ou

b) A lei do Estado da última residência habitual dos cônjuges, desde que um deles ainda aí resida no momento da celebração do acordo; ou

c) A lei do Estado da nacionalidade de um dos cônjuges à data da celebração do acordo; ou

d) A lei do foro.

2. Sem prejuízo do disposto no n.º 3, um acordo que determine a lei aplicável pode ser celebrado e alterado a qualquer momento, o mais tardar à data da instauração do processo em tribunal.

3. Se a lei do foro assim o determinar, os cônjuges podem ainda designar a lei aplicável perante o tribunal durante o processo. Nesse caso, essa designação será registada em tribunal nos termos da lei do foro.»

5 Regulamento do Conselho de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (JO 2003, L 338, p. 1, também denominado «Regulamento Bruxelas II *bis*»).

6 Regulamento do Conselho de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial (JO 2010, L 343, p. 10).

4. O artigo 8.º desse regulamento, sob a epígrafe «Lei aplicável na ausência de escolha pelas partes», dispõe:

«Na ausência de escolha nos termos do artigo 5.º, o divórcio e a separação judicial serão regidos pela lei do Estado:

a) Da residência habitual dos cônjuges à data da instauração do processo em tribunal; ou, na sua falta,

b) Da última residência habitual dos cônjuges, desde que o período de residência não tenha terminado há mais de um ano antes da instauração do processo em tribunal, na medida em que um dos cônjuges ainda resida nesse Estado no momento da instauração do processo em tribunal; ou, na sua falta,

c) Da nacionalidade de ambos os cônjuges à data da instauração do processo em tribunal; ou, na sua falta,

d) Em que se situe o tribunal onde o processo foi instaurado.»

5. O artigo 10.º desse regulamento, sob a epígrafe «Aplicação da lei do foro», dispõe:

«Sempre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do seu sexo, aplica-se a lei do foro.»

6. O artigo 12.º deste regulamento, sob a epígrafe «Ordem pública», dispõe o seguinte:

«A aplicação de uma disposição da lei designada nos termos do presente regulamento só pode ser recusada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro.»

B. Direito romeno

7. Nos termos do artigo 2600.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil romeno:

«(2) Se a lei estrangeira, assim determinada, não permitir o divórcio ou o admitir em condições extraordinariamente restritivas, aplica-se a lei romena se um dos cônjuges, na data do pedido de divórcio, tiver nacionalidade romena ou residência habitual na Roménia.

(3) O disposto no n.º 2 é igualmente aplicável no caso de o divórcio ser regulado pela lei escolhida pelos cônjuges.»

II. Factos na origem do litígio no processo principal e questão prejudicial

8. JE e KF casaram-se em Iași, Roménia, em 2 de setembro de 2001 e tiveram um filho dessa relação, nascido em Verona, Itália, em 23 de junho de 2005.

9. JE intentou uma ação no Judecătoria Iași (Tribunal de Primeira Instância de Iași, Roménia), em 13 de outubro de 2016, em que pedia o divórcio de KF.

10. Por Sentença cível de 31 de maio de 2017, este órgão jurisdicional declarou-se incompetente para conhecer do litígio, remetendo para o Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunal de Primeira Instância do Quinto Distrito de Bucareste, Roménia), onde o processo deu entrada em 9 de agosto de 2017.

11. Por Sentença cível de 20 de fevereiro de 2018, o referido tribunal determinou a competência geral dos tribunais romenos para a tramitação do processo de divórcio em causa, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 2201/2003. Além disso, considerou que a lei aplicável ao litígio era a lei italiana, por força do artigo 8.º, alínea a), do Regulamento n.º 1259/2010, uma vez que, na data em que a ação de divórcio deu entrada no tribunal, as partes tinham residência habitual em Itália (as partes viveram durante um período considerável em Itália).

12. A este respeito, o Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunal de Primeira Instância do Quinto Distrito de Bucareste, Roménia) salientou que, em conformidade com o direito italiano, um pedido de divórcio como o que foi apresentado por JE só pode ser requerido no caso de ter havido separação judicial dos cônjuges declarada ou decidida por um tribunal e desde que tivessem decorrido pelo menos três anos entre a separação judicial e o momento em que o pedido de divórcio é apresentado em tribunal.

13. Uma vez que não tinha sido demonstrada a existência de uma decisão de um tribunal a decretar a separação judicial das partes e dado que o processo de separação judicial não está previsto na legislação romena, o referido órgão jurisdicional declarou que tal processo devia correr nos tribunais italianos e, em conformidade, qualquer pedido nesse sentido perante os tribunais romenos era inadmissível.

14. JE interpôs recurso desta sentença para o órgão jurisdicional de reenvio, alegando que o tribunal de primeira instância devia ter aplicado o artigo 2600.º, n.º 2, do Código Civil romeno, que «constitui a transposição para a legislação romena do artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010».

15. JE invocou igualmente o artigo 12.º do Regulamento n.º 1259/2010, alegando que a aplicação da lei italiana é manifestamente incompatível com a natureza de ordem pública do foro competente, pelo que se impõe a exclusão da aplicação da lei estrangeira que normalmente seria aplicável ao processo de divórcio e, em contrapartida, a aplicação da lei romena.

16. Nestas circunstâncias, o Tribunalul București (Tribunal de Bucareste, Roménia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«[Deve o] artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010, nos termos do qual ["s]empre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do seu sexo, [se] aplica a lei do foro", [ser interpretado] no sentido de [que] a expressão "a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio" deve ser interpretada de forma restritiva e literal, isto é, no sentido de que apenas abrange as situações em que a lei estrangeira aplicável não preveja de nenhuma forma o divórcio, ou deve ser interpretada de forma extensiva, no sentido de que também abrange as situações em que a lei estrangeira aplicável admite o divórcio, mas em condições excecionalmente restritivas, que implicam um processo obrigatório de separação judicial prévio ao divórcio, processo para o qual a lei do foro não prevê disposições processuais equivalentes?»

17. Foram apresentadas observações escritas ao Tribunal de Justiça pelos Governos romeno, alemão e português, bem como pela Comissão Europeia. Não foi requerida nem realizada nenhuma audiência.

III. Análise

A. Resposta à questão prejudicial

18. Importa salientar que todas as partes que intervêm no presente processo sustentam que o artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 deve ser interpretado de forma *estrita*, no sentido de que a expressão nele contida «[s]empre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio» respeita apenas a situações em que a lei estrangeira aplicável não preveja o divórcio sob nenhuma forma, ou seja, desconheça o instituto do divórcio.

19. Nas presentes conclusões, cheguei à conclusão de que esta interpretação é manifestamente correta.

20. O artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 exclui a aplicação da lei determinada nos termos dos artigos 5.º ou 8.º deste regulamento nos casos em que, nomeadamente, essa lei não preveja o divórcio (primeira alternativa contida no artigo 10.º, a seguir «disposição em causa»). É pouco provável que esta alternativa seja frequentemente utilizada na prática, uma vez que visa proporcionar uma solução para as raras hipóteses de inexistência de uma lei nacional que preveja o divórcio (na União, Malta foi o último Estado-Membro a introduzir uma lei sobre o divórcio após um referendo realizado em 2011[7]). Praticamente todos os Estados têm atualmente legislação sobre divórcio, com exceção das Filipinas e da cidade de Vaticano, onde apenas é permitida a anulação do casamento. O artigo 10.º salvaguarda o direito ao divórcio e gostaria de salientar que existem também disposições semelhantes (que reconhecem igualmente o direito ao divórcio como norma mínima) nas normas de conflitos nacionais e que inspiraram esta disposição[8].

21. A interrogação do órgão jurisdicional de reenvio decorre de a lei aplicável ao processo principal ser, por força do artigo 8.º, alínea a), do Regulamento n.º 1259/2010, a lei italiana. Segundo o direito italiano, o divórcio só pode ser requerido quando a separação judicial tiver sido previamente declarada ou decretada por um tribunal, ao passo que a lei do foro (ou seja, a lei romena) não prevê tal processo.

22. No que respeita ao que se refere no n.º 14 das presentes conclusões, saliento que o Regulamento n.º 1259/2010 é diretamente aplicável e não requer transposição ou equivalência no direito nacional. Por conseguinte, para determinar a lei aplicável a um pedido de divórcio como o que está em causa no processo principal, os tribunais romenos apenas podem aplicar o Regulamento n.º 1259/2010 e o órgão jurisdicional de reenvio não deve remeter, a este respeito, para o Código Civil romeno[9], dado que não é relevante nas presentes circunstâncias.

23. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, segundo a jurisprudência nacional, em circunstâncias como as do caso em apreço, quando são submetidos aos tribunais romenos pedidos de separação judicial ou de divórcio que não sejam precedidos de uma separação judicial declarada ou decretada em conformidade com a lei italiana, os tribunais romenos declaram tais pedidos, respetivamente:

7 Artigo 66.º-B do Código Civil introduzido pela Lei de alteração do Código Civil (« *Civil Code Amendment Act* »), *The Malta Government Gazette* n.º 18784, de 29 de julho de 2011.

8 V., por exemplo, quanto a Espanha: artigo 107.º, n.º 2, segundo período, alínea c), do Código Civil; quanto à Alemanha: § 17, n.º 1, segundo período, da exposição de motivos do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); quanto a Itália: artigo 31.º, n.º 2, da legge 31.5.1995, n.º 218 — Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato; quanto à Bélgica: artigo 55.º, n.º 3, do Código de Direito Internacional Privado de 2004. V. Lein, E., em Calliess, G.-P., *Rome Regulations: Commentary*, Segunda edição, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, 916 ; Pereira, P., *Rome III: la compétence juridictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale*, RMCUE, 2007, p. 394 e Basedow, J., *European Divorce Law: Comments on the Rome III Regulation*, *op. cit.*, p. 148.

9 Como o órgão jurisdicional de reenvio menciona no n.º 15 do despacho de reenvio (na secção intitulada «Disposições nacionais aplicáveis ao caso concreto»).

a) inadmissíveis (dado que a lei romena não prevê o processo de separação judicial); b) prematuros (com fundamento em que o divórcio é pedido diretamente perante os tribunais romenos, sem ser previamente concedida a separação judicial pelos tribunais italianos); ou c) improcedentes (com base nestes dois fundamentos conjuntamente [10]).

24. Por outras palavras, o órgão jurisdicional de reenvio explica que obstáculos processuais (decorrentes da inexistência de um processo de separação judicial no direito romeno) conduziram a soluções processuais nos casos em que não foi possível conhecer do mérito desses pedidos.

25. Como explicarei a seguir, há que responder à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio no sentido de que a primeira alternativa contida no artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 deve ser interpretada de forma estrita.

1. Redação e economia da disposição em causa

26. A redação da primeira alternativa contida no artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 é clara. A lei do foro aplica-se apenas «sempre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio» (ou seja, quando um casal não tenha nenhuma possibilidade de divórcio). Nada indica que esta alternativa seja também aplicável quando a lei estrangeira aplicável permita o divórcio, mas o sujeite a condições restritivas (por exemplo, separação judicial prévia).

27. Por conseguinte, a formulação «não preveja o divórcio» não pode significar que a lei aplicável «preveja o divórcio sob determinadas condições (materiais ou processuais)».

28. Com efeito, como a Comissão salientou, embora todos os Estados-Membros tenham as suas próprias regras em matéria de divórcio, os requisitos variam de um Estado-Membro para outro e o simples facto de a lei aplicável ser mais restritiva (do que a lei do foro) não significa manifestamente que «não preveja o divórcio» na medida em que, se os seus requisitos estiverem preenchidos, o divórcio pode ser decretado.

29. Daqui decorre que a redação da primeira alternativa contida no artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 visa apenas os casos em que a lei estrangeira aplicável não estabelece um regime jurídico para o divórcio [11].

30. Isto é confirmado pelo considerando 24 deste regulamento [12], que prevê que a lei do tribunal em que o processo foi instaurado só se deve aplicar quando a lei aplicável «não preveja o divórcio». Mais uma vez, nada indica que, à luz deste considerando, o artigo 10.º vise também as situações em que o divórcio é admitido, mas sujeito a requisitos restritivos.

31. A primeira alternativa contida no artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 é uma consequência da aplicação universal das normas de conflitos de direito da União em matéria de divórcio e separação judicial, em conformidade com o artigo 4.º do mesmo regulamento: «[é] aplicável a lei designada pelo presente regulamento, mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro participante». Esta disposição promove a «divorciabilidade» a um aspeto geral e positivo das normas de conflitos de direito da União

10 O raciocínio do órgão jurisdicional de primeira instância referiu-se tanto ao facto de as partes não estarem previamente legalmente separadas por força de uma decisão judicial como ao facto de tal separação ser inadmissível, dado que a lei romena não prevê um processo de separação judicial. V. n.os 14 e 26 do despacho de reenvio.

11 Esta interpretação é amplamente defendida na doutrina. Com efeito, não encontrei doutrina que militasse a favor da interpretação oposta. V., por exemplo, Helms, T., em Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuIPR — Kommentar*, Band V, 4.ª edição, ottoschmidt, 2016, p. 885. Refiro outra doutrina mais adiante nas presentes conclusões.

12 Quanto às diferentes versões linguísticas deste considerando, v. Conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:686, n.os 76 e 77) e Lein, E., *op. cit.*, p. 920.

em matéria de divórcio e de separação judicial, concretamente do direito internacional da família. O *favor divortii* no Regulamento n.º 1259/2010 é reforçado pelos princípios da autonomia das partes e da ligação mais estreita às partes. Estas normas da União exigem, por assim dizer, um «direito fundamental efetivo e inevitável ao divórcio» [13].

32. A minha interpretação do artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 é igualmente corroborada pela doutrina, segundo a qual esta disposição visa a situação em que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º deste regulamento *não reconhece de todo um regime jurídico de divórcio* e em que o divórcio não seria simplesmente possível. *Consequentemente, esta disposição não abrange uma situação em que o casamento não pode ser dissolvido por não estarem preenchidas determinadas condições prévias, por exemplo, quando os fundamentos de divórcio sejam muito restritivos por força desse regime jurídico, como a exigência de um período de separação mais extenso. A aplicação do artigo 10.º também fica precludida se a lei de um Estado impuser condições inadmissivelmente exigentes para o divórcio* [14].

33. Quando a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º do Regulamento n.º 1259/2010 «não preve[ja] o divórcio», a primeira alternativa contida no artigo 10.º deste regulamento preenche esta lacuna designando a *lex fori*. Para dar um exemplo, e por oposição ao caso em apreço, se a lei filipina (que prevê apenas a separação judicial e não o divórcio) fosse aplicável a um processo de divórcio no órgão jurisdicional de reenvio, este último poderia então recorrer ao direito romeno para decretar o divórcio [15].

34. Concordo com a posição do Governo alemão no sentido de que a leitura conjugada das disposições acima referidas e de outras disposições do Regulamento n.º 1259/2010 reforça a interpretação da primeira alternativa contida no artigo 10.º deste regulamento, segundo a qual não é pertinente quando a lei estrangeira aplicável permite o divórcio sob condição de uma separação judicial prévia e obrigatória.

35. Decorre do artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1259/2010 que este se aplica ao divórcio *e* à separação judicial. Quando disposições individuais deste regulamento se apliquem (também) à separação judicial, isso é expressamente mencionado na letra desses artigos [16].

36. Assim, o Regulamento n.º 1259/2010 não atribui à separação judicial um papel menor. Se a primeira alternativa contida no artigo 10.º do referido regulamento também se aplicasse a situações em que o divórcio é permitido mas está sujeito à separação judicial prévia, então temos de partir do princípio de que o legislador da União teria legislado expressamente nesse sentido.

37. No caso em apreço, a lei italiana, que é a lei aplicável, não proíbe o divórcio. Limita-se a sujeitá-lo a determinados requisitos, tendo competência para os estabelecer no âmbito do direito da família, na sua vertente substantiva. Por conseguinte, no caso em apreço, a lei aplicável deve ser determinada em conformidade com os artigos 5.º ou 8.º do Regulamento n.º 1259/2010 e não com o seu artigo 10.º

13 «Ein wirksames und unverzichtbares Grundrecht auf Scheidung» (v. Gruber, U. -P., *Scheidung auf Europäisch — die Rom III-Verordnung*, IPRax 2012, p. 391, e de Maizière, N., *Das Europäische Scheidungskollisionsrecht nach der Rom III-Verordnung*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Iéna, 2017, p. 244).

14 Tolani, M., em Althammer, C., *Brussels IIa [e] Rome III*, C. H. Beck, Munich, 2019, p. 360.

15 V. Lein, E., Calliess, G.-P., *Rome Regulations*: *Commentary*, *op. cit.*, p. 919. Para mais exemplos, v. Henrich, D., *Zur Parteiautonome im Europäisierten Internationalen Familienrecht*, em Verbeke, A.-L., Scherpe, J. M., Declerck, C., Helms, T., e Senaeve, P., *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber Amicorum Walter Pintens*, *op. cit.*, p. 707.

16 V., por exemplo, a segunda alternativa contida no artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010, que se refere a situações em que a lei aplicável «não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à *separação judicial* em razão do seu sexo» (sublinhado nosso).

2. Interpretação sistemática ou contextual da disposição em causa

38. Considero (à semelhança do Governo português) pertinente fazer também referência ao artigo 13.º e ao considerando 26 do Regulamento n.º 1259/2010. Ambos requerem igualmente uma interpretação da expressão «não preveja o divórcio» não no sentido de que a lei estrangeira aplicável a submete a determinados requisitos, mas no sentido de que não prevê, em caso algum, o divórcio.

39. O artigo 13.º do Regulamento n.º 1259/2010 prevê que nada nesse regulamento obriga os tribunais de um Estado-Membro participante cuja lei não preveja o divórcio a decretá-lo. Considero (à semelhança da Comissão) que esta disposição tem apenas um valor declarativo e não normativo. A sua relevância no caso em apreço reside na expressão «não preveja o divórcio», que retoma a redação do artigo 10.º

40. O artigo 13.º é explicado no considerando 26 do Regulamento n.º 1259/2010. Prevê que «[s]empre que o presente regulamento refira o facto de a lei do Estado-Membro participante em cujo tribunal foi instaurado o processo não prever o divórcio, tal deverá ser interpretado no sentido de que a lei desse Estado-Membro não contempla o instituto do divórcio».

41. O considerando 26 fornece uma explicação clara que ultrapassa o quadro específico do artigo 13.º relativamente à interpretação da expressão «não preveja o divórcio». A explicação que figura no referido considerando aplica-se igualmente ao artigo 10.º, que emprega a mesma expressão.

42. Com efeito, a doutrina defende igualmente que, embora o considerando 26 diga respeito ao artigo 13.º do Regulamento n.º 1259/2010, a interpretação do artigo 10.º torna-se mais clara se esta disposição for lida em conjugação com o referido considerando. Decorre do considerando 26 que, se o divórcio for um conceito conhecido da lei aplicável, mas que não está à disposição dos cônjuges nas circunstâncias específicas da sua relação, o artigo 10.º não se aplica e o litígio só pode ser apreciado à luz do artigo 12.º desse regulamento [17].

43. Por conseguinte, o artigo 10.º não abrange situações em que um casamento não possa ser dissolvido pelo facto de não estarem preenchidos os requisitos, devido, por exemplo, aos fundamentos restritivos para o divórcio (tais como um período de separação mais extenso na lei aplicável em matéria de divórcio). Além disso, o artigo 10.º também não é aplicável quando a lei do Estado preveja requisitos excessivamente exigentes para um divórcio [18]. Uma vez que o instituto do divórcio existe no direito italiano, o artigo 10.º não é aplicável ao caso em apreço.

3. Interpretação histórica da disposição em causa

44. A interpretação histórica determina que há que interpretar uma disposição à luz da sua história, tendo em conta as diferentes etapas que levaram à sua adoção.

17 Lein, E., em Calliess, G.-P., *Rome Regulations*: *Commentary*, *op. cit.*, p. 920. V., igualmente, Helms, T., em Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*: *EuZPR/EuIPR – Kommentar*, *op. cit.*, p. 885 (com referências a outra doutrina que defende esta posição na nota 19 desta obra). V. igualmente Gruber, U.-P., *Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung*, *op. cit.*, p. 390.

18 Tolani, M., em Althammer, C., *Brüssel IIa [und] Rom III: Kommentar*, C. H. Beck, 2014, Munich, p. 362.

45. A proposta inicial de um regulamento de alteração do Regulamento n.º 2201/2003 [19] não continha nenhuma disposição comparável ao atual artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010. Durante as negociações subsequentes, vários Estados-Membros defenderam a posição segundo a qual o divórcio é um direito que deve ser garantido nas suas ordens jurídicas internas [20]. Uma vez que não se conseguiu chegar a acordo quanto a essa proposta, a Comissão adotou, em 2010, a proposta para um regulamento do Conselho que aplica uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial [21].

46. O texto que veio a ser o artigo 10.º figurava já na proposta da Comissão de 2010 como projeto de artigo 5.º e o seu conteúdo manteve-se inalterado ao longo do processo legislativo. No preâmbulo, a razão indicada para a sua inclusão era evitar discriminações. O considerando 20 da proposta continha igualmente a mesma formulação do atual considerando 24, mas não incluía nenhuma referência à disposição de ordem pública [22].

47. A interpretação histórica também confirma a interpretação estrita da disposição em causa que defendo nas presentes conclusões. Com efeito, a primeira alternativa contida no artigo 10.º foi introduzida sobretudo atendendo ao direito maltês (dado que, à data da redação da proposta de regulamento, Malta não previa a concessão do divórcio [23]).

48. Como salientou o Governo português, a disposição em causa constitui uma manifestação do princípio do *favor divortii*, no sentido de que veda a aplicação de um direito material com base no fundamento de este não permitir a obtenção do divórcio, ainda que esse direito tenha sido escolhido por acordo entre os cônjuges.

49. Além disso, nem os *travaux préparatoires* nem o considerando 24 deste regulamento contêm quaisquer indicações de que o referido artigo 10.º também deva ser aplicável quando a lei estrangeira prevê o divórcio, mas o sujeita a requisitos restritivos.

50. Pelo contrário, como observei no n.º 40 das presentes conclusões e como salientou a Comissão, o legislador da União esclareceu, no considerando 26 deste regulamento, que a expressão «não preveja o divórcio», empregue no artigo 13.º e no artigo 10.º, deve ser interpretada, no contexto do artigo 10.º, no sentido de que a lei do foro se aplica quando a lei aplicável não contemple o instituto do divórcio.

4. Espírito e finalidade da disposição em causa

51. Partilho a opinião dos Governos alemão e romeno no sentido de que a interpretação estrita da primeira alternativa contida no artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010 decorre, em particular, do caráter derrogatório desta disposição (ou seja, derrogando as regras previstas nos artigos 5.º e 8.º deste regulamento), bem como dos considerandos 24 e 26 deste regulamento.

52. Por conseguinte, este artigo não deixa nenhuma margem de apreciação ao tribunal competente e apresenta-lhe uma alternativa simples e objetiva: ou a lei aplicável conhece o instituto do divórcio ou não o conhece.

53. Esta interpretação é confirmada pelos objetivos do Regulamento n.º 1259/2010, que são claramente expressos nos seus considerandos 9 e 29.

19 COM(2006) 399 final.

20 V. documento do Conselho 8364/07 (Presse 77), p. 11 da versão em língua alemã.

21 COM(2010) 105/2 final.

22 V. Lein, E., em Calliess, G.-P., *Rome Regulations* : *Commentary*, *op. cit.*, p. 919.

23 Para a mesma interpretação, v. Helms, T., em Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht* : *EuZPR/EuIPR – Kommentar*, *op. cit.*, p. 885.

54. Estes procuram harmonizar as normas de conflitos de leis em matéria de divórcio e de separação judicial a fim de reforçar a segurança jurídica (os artigos 5.º e 8.º do Regulamento n.º 1259/2010 definem claramente qual a lei aplicável a um divórcio ou a uma separação judicial), a previsibilidade e a flexibilidade, evitando o risco de *forum shopping* (ou seja, procurar o foro mais favorável nos vários Estados-Membros) e, por conseguinte, visam facilitar a livre circulação de pessoas na União. A previsibilidade da legislação aplicável nos Estados-Membros participantes pode também constituir um meio de reduzir o incentivo ao *forum shopping*, que tinha sido facilitado pela ampla escolha de foros prevista no artigo 3.º do Regulamento n.º 2201/2003.

55. Importa sublinhar, à semelhança da Comissão, que, através da adoção de normas comuns em matéria de conflitos de leis, os Estados-Membros participantes aceitaram o princípio de que os seus tribunais poderão ser obrigados a aplicar a lei estrangeira, apesar das diferenças que possa eventualmente apresentar relativamente ao seu próprio direito nacional e que as únicas exceções a este princípio são as previstas nos artigos 10.º, 12.º e 13.º do Regulamento n.º 1259/2010. Por conseguinte, a possibilidade de aplicar a lei do foro, prevista no artigo 10.º do referido regulamento, constitui uma *exceção* a este princípio que deve, enquanto tal, ser objeto de interpretação estrita [24].

56. Em contrapartida, uma interpretação extensiva da disposição em causa, mencionada na questão prejudicial, frustraria a autonomia dos cônjuges em matéria de divórcio e de separação judicial (prevista no artigo 5.º do regulamento) e impediria a aplicação (por força do artigo 8.º do regulamento, na ausência de escolha pelas partes) da lei mais estreitamente conexa com os mesmos.

57. A interpretação extensiva seria igualmente contrária ao objetivo do regulamento de garantir segurança jurídica dos cidadãos e poderia também encorajar o *forum shopping*, dado que a parte que requer o divórcio poderia intentar a ação nos tribunais de um Estado-Membro em que a lei prevê requisitos menos restritivos para a concessão do divórcio. Com efeito, comprometeria igualmente a realização do objetivo de previsibilidade prosseguido pelo referido regulamento, na medida em que implicaria uma análise casuística dos requisitos em que um divórcio pode ser permitido em conformidade com a lei aplicável e uma avaliação subjetiva da medida em que esses requisitos podem ser considerados restritivos.

58. Além disso, como o Governo alemão salientou, o divórcio que só é admitido sob determinados requisitos constitui, em princípio, mais a regra do que a exceção e, neste caso, os requisitos previstos pelo direito italiano não são, na minha opinião, tão restritivos que tornem a obtenção do divórcio quase impossível.

B. Consequências da resposta à questão prejudicial

59. Atendendo: i) ao facto de, na sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio suscitar a dificuldade de o direito romeno desconhecer o conceito de separação judicial e não conter, portanto, disposições processuais aplicáveis a tais processos; ii) à abordagem dos tribunais romenos referida no n.º 23 das presentes conclusões; e iii) para dar uma resposta completa e útil ao órgão jurisdicional de reenvio, parece-me necessário que o Tribunal de Justiça forneça igualmente orientações sobre as consequências da resposta proposta à questão prejudicial.

60. Considero que «para dar ao órgão jurisdicional nacional uma resposta adequada [e útil] para efeitos da aplicação do direito [da União] ao litígio que lhe foi submetido» [25], importa examinar aqui a questão de saber em que medida o órgão jurisdicional de reenvio deve aplicar a lei italiana relativa ao divórcio, quando esta exige uma separação judicial obrigatória, processo para o qual não existe nenhuma disposição ou medida equivalente no direito romeno.

24 V., por exemplo, Acórdão de 6 de junho de 2019, Weil (C-361/18, EU:C:2019:473, n.º 43).

25 Acórdão de 28 de junho de 1978, Simmenthal (70/77, EU:C:1978:139, n.º 57).

61. Com efeito, incumbe ao Tribunal de Justiça fornecer ao órgão jurisdicional nacional «todos os elementos de interpretação que possam ser úteis à decisão do processo que lhe foi submetido, quer aquele tenha ou não feito referência a tais elementos no enunciado das suas questões» [26].

62. Antes de mais, por força da secção 1 do capítulo II do Regulamento n.º 2201/2003, quando um tribunal de um Estado-Membro é chamado a pronunciar-se no âmbito de um pedido de divórcio, não se pode declarar incompetente (contrariamente a um tribunal chamado a pronunciar-se em matéria de responsabilidade parental, que tem poderes discricionários para se dirigir a tribunais de outro Estado-Membro, ao abrigo do artigo 15.º deste regulamento), e é obrigado a decidir tal pedido de divórcio.

63. Concordo com Governo alemão no sentido de que os Estados-Membros que participam na cooperação reforçada criada pelo Regulamento n.º 1259/2010 devem garantir que tanto o divórcio como a separação judicial possam ser decididos pelos seus tribunais. Por conseguinte, em vez de considerar que a separação judicial deve ser previamente decidida ou decretada perante os tribunais italianos, os tribunais romenos devem, na minha opinião, seguir eles próprios esse processo e aplicar, por analogia, as regras processuais nacionais relativas ao divórcio ou até adaptar as regras processuais estrangeiras (italianas) relativas à separação judicial (em conjugação com as regras nacionais romenas). Caso contrário, as disposições do Regulamento n.º 1259/2010 seriam parcialmente inoperantes.

64. Em primeiro lugar, a separação judicial constitui um elemento-chave do Regulamento n.º 1259/2010 e, em segundo lugar, não é de todo extraordinário que, quando um tribunal é chamado a pronunciar-se, em conformidade com a lei aplicável por força deste regulamento, decida de uma separação judicial. Daqui resulta que o tribunal de reenvio não pode recusar pronunciar-se sobre o pedido no processo principal com base no artigo 12.º do referido regulamento (que está reservado a casos excecionais [27]) com o fundamento de que o seu direito nacional não prevê a separação judicial ou não prevê normas processuais para esse efeito.

65. Como solução concreta para o caso em apreço, a Comissão propôs que o tribunal ao qual o litígio foi submetido aplique os requisitos materiais previstos pela lei aplicável e afaste a aplicação de eventuais requisitos processuais previstos por essa lei, quando a lei processual do foro não preveja o preenchimento destes requisitos. Assim, se, num determinado caso, estiverem preenchidos os requisitos materiais que permitem que seja decretada a separação judicial, o tribunal do foro pode sanar a circunstância de não poder decretar ele próprio a separação judicial, prescindindo desse requisito processual da lei estrangeira.

66. Concordo. Na minha opinião, tal solução seria equilibrada e corresponderia à vontade implícita do legislador da União. Em primeiro lugar, não encoraja indevidamente o *forum shopping*, uma vez que exige que estejam preenchidos os requisitos materiais da lei aplicável. O requerente não se poderia subtrair a esses requisitos dirigindo-se a um tribunal competente ao abrigo das regras muito generosas do Regulamento n.º 2201/2003 e pedindo a aplicação da sua própria lei (esses requisitos podem ser facilmente evitados se as partes acordarem quanto à escolha da lei do foro).

67. Em segundo lugar, esta solução respeita o princípio fundamental em matéria de conflitos de leis, segundo o qual as questões processuais se inserem no âmbito da lei do foro. Este princípio reflete-se no princípio do direito da União segundo o qual, salvo indicação em contrário, os procedimentos são dirigidos aos tribunais e às autoridades chamados a pronunciar-se sobre um processo, estando sujeitos aos princípios da equivalência e da efetividade [28].

26 Acórdão de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 43).

27 V. considerando 25 do Regulamento n.º 1259/2010.

28 V. Acórdão de 7 de junho de 2007, van de Weerd e o. (C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318, v., em particular, n.º 28).

68. Com efeito, em vários instrumentos legais recentes, o legislador da União foi confrontado com a questão de determinar a melhor forma de garantir o respeito do direito material *conferido pela legislação aplicável* no *Estado do foro*, mesmo quando este último não disponha de legislação (substantiva) equivalente. Estes instrumentos preveem determinados mecanismos de adaptação da legislação material e processual nacionais a fim de garantir o resultado. Pode referir-se, por exemplo, a legislação aplicável no Regulamento (UE) n.º 650/2012[29], relativa à adaptação dos direitos reais (artigo 31.º) e à nomeação e aos poderes dos administradores de heranças em determinadas situações (artigo 29.º), bem como o Regulamento (UE) n.º 2016/1103[30] e o Regulamento (UE) n.º 2016/1104[31], relativamente à adaptação dos direitos reais (artigo 29.º).

69. Embora o Regulamento n.º 1259/2010 não preveja especificamente essa adaptação, também não a proíbe expressamente.

IV. Conclusão

70. Por estas razões, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial submetida pelo Tribunalul Bucureşti (Tribunal de Bucareste, Roménia) do seguinte modo:

O artigo 10.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, deve ser interpretado no sentido de que a expressão «sempre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio» se aplica apenas quando a lei estrangeira aplicável não preveja nenhuma forma de divórcio, ou seja, quando não *conheça o instituto do divórcio*.

Contudo, quando a lei aplicável contenha um requisito de direito processual que o tribunal em que o processo foi instaurado não possa aplicar em razão das limitações impostas pelo seu próprio direito processual, esse tribunal pode dispensar o mencionado requisito se, nesse processo, estiverem preenchidos os requisitos previstos no direito material da *lex causae*.

No caso em apreço, o tribunal em que o processo foi instaurado não é obrigado a, no âmbito de um processo distinto, reconhecer a separação judicial das partes nos três anos anteriores ao divórcio. Deve, contudo, confirmar, na decisão a proferir no processo de divórcio, que o requisito da separação legal estava preenchido. A fim de obter a prova do cumprimento deste requisito, o tribunal ao qual o litígio foi submetido deve, na medida do necessário, adaptar a lei processual do foro.

29 Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (JO 2012, L 201, p. 107).

30 Regulamento do Conselho de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais (JO 2016, L 183, p. 1).

31 Regulamento do Conselho, de 24 de junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas (JO 2016, L 183, p. 30).