

Proc. CC 46/2003 DSJ-CT – Cidadãos estrangeiros. Procedimentos e requisitos para instauração de processo de divórcio. Residência.

PARECER

1. Vem submetida à apreciação deste Conselho a questão colocada pelo Consulado do Brasil (...) acerca dos procedimentos e requisitos necessários para que um casal brasileiro, cujo casamento foi realizado no Brasil, possa instaurar em Portugal, país onde reside com visto legal de permanência, o processo de divórcio.

A questão prende-se com o facto de os referidos cidadãos, alega, serem confrontados com diferentes exigências, ou mesmo recusa, por parte das conservatórias.

2. Questionado o Consulado para identificar quais as conservatórias visadas, foram as mesmas ouvidas. Todas referiram não se rever nas dúvidas suscitadas porque com normalidade são instaurados processos de divórcio de estrangeiros, e de brasileiros em particular.

Realço, por mais completa e esclarecedora, parte da resposta da (...) Conservatória do Registo Civil (...):

“...à semelhança do procedimento habitual com pedidos de divórcio em que ambos os requerentes são nacionais de outros países, solicitar-se-ia às autoridades competentes, no caso concreto, ao Consulado do Brasil (...), informação sobre os requisitos legais impostos pela lei brasileira, por ser essa a aplicável por força do estabelecido no artigo 52º, nº 1 do Código Civil, para o qual remete o artigo 55º, nº 1 deste mesmo preceito legal.

Todavia, tanto quanto sabemos, a lei brasileira procede em tal matéria ao reenvio para a lei do domicílio, considerando “domicílio” o lugar onde os seus cidadãos se encontrem, independentemente do factor tempo, depreendendo-se, assim, que consideram como conceitos equivalentes “domicílio” e “residência”.

Logo, apesar de os cidadãos em causa não possuírem autorização de residência, mas sendo portadores de visto, conforme é referido na comunicação do Consulado, não veríamos qualquer óbice, salvo melhor opinião, à concretização da sua pretensão.”

3. No mesmo sentido apontava a informação dos Serviços Jurídicos do IRN, elaborada antes das alterações introduzidas no Código do Registo Civil (CRC) pelo Dec.Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, em que se entendeu:

“...que é essencial, para que uma conservatória do registo civil possa conhecer da acção de divórcio por mútuo consentimento, que um dos requerentes, independentemente da sua nacionalidade e do local onde foi celebrado o casamento que se pretende dissolver, tenha residência em Portugal, podendo então escolher entre a conservatória da área de residência e uma qualquer outra, desde que expressamente designada por ambos.

Logo, o que importa definir é como se determina o estatuto de residente de um cidadão estrangeiro.”

Quanto ao conceito de residência e sua prova, os Serviços Jurídicos remetiam para o parecer deste Conselho elaborado no processo CC 61/2000 DSJ-CT.¹

4. Superiormente foi, porém, entendido que dada a proximidade da alteração do CRC, alteração que, entre outras, faria cessar a regra da competência territorial no registo civil, a matéria deveria ser estudada já nesse pressuposto e, nomeadamente, quanto à viabilidade de um casal estrangeiro e aí residente poder requerer, junto de uma qualquer conservatória do registo civil em Portugal, a dissolução desse casamento por divórcio por mútuo consentimento.

5. Em estudo está, pois, a definição do âmbito da competência das conservatórias de registo civil para decidir processos de divórcio por mútuo consentimento em que os cônjuges são estrangeiros, casaram no estrangeiro e residem ou não em Portugal.

Os Serviços Jurídicos enunciaram vários comandos legais atinentes à matéria e apresentaram duas correntes doutrinárias quanto à caracterização das normas de competência internacional como normas de conflitos ou normas materiais.

Não definindo uma posição, sempre deixaram no ar a dúvida sobre se será legítimo considerar competente uma qualquer conservatória do registo civil para decidir uma acção de divórcio cujos requerentes são estrangeiros não residentes em Portugal.

Cumprido emitir parecer.

¹ Nesse parecer, e no que à matéria ora em apreço importa, foram firmadas as seguintes conclusões:

I. A residência habitual é uma situação de facto que não se confunde com o direito de residência.

II. A prova da residência habitual pode ser feita pelos diversos meios enunciados no presente parecer.

III. Para os cidadãos brasileiros que provem ter residência habitual em Portugal, a sua capacidade matrimonial é aferida pela nossa lei, que aceita o reenvio da lei brasileira.

IV. Para os cidadãos brasileiros não residentes habitualmente em Portugal ou que não consigam provar essa residência, a capacidade matrimonial é aferida pela lei brasileira...

V...

VI...

VII....”

6. O art.º 271.º do CRC, na redacção introduzida pelo citado Dec.Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, estipula que:

“O processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens é instaurado mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, apresentado em qualquer conservatória do registo civil”.

Nesta matéria o CRC é complementado pelo Dec.Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, na redacção introduzida pelo mencionado Dec.Lei n.º 324/2007, o qual dispõe, no seu art.º 12.º:

“1. São da exclusiva competência da conservatória de registo civil:

a)...

b) A separação e divórcio por mútuo consentimento, excepto nos casos resultantes de acordo obtido no âmbito de processo de separação ou divórcio litigiosos;

...”

Todos os processos de divórcio por mútuo consentimento constituem hoje, pois, competência exclusiva das conservatórias de registo civil na senda da atribuição de competência decisória operada em 1995,

“...à qual têm correspondido resultados altamente benéficos do ponto de vista dos requerentes do divórcio e da judicatura, com reflexos em toda a sociedade através da maior celeridade decisional”, referia-se no preâmbulo do citado Dec.Lei n.º 272/2001.

Deste mesmo diploma legal importa ainda destacar os seguintes comandos:

Art.º 16.º - “ As referências efectuadas à competência dos tribunais judiciais relativas aos processos previstos no presente diploma consideram-se efectuadas às entidades que, nos termos dos artigos anteriores, adquirem as correspondentes competências.”

Art.º 17.º, n.º 4 – “As decisões do conservador no âmbito dos processos previstos no capítulo anterior produzem os mesmos efeitos, nomeadamente em termos fiscais, que produziriam sentenças judiciais sobre idêntica matéria.”

Art.º 19.º - “ É subsidiariamente aplicável aos processos previstos no presente diploma o Código de Processo Civil”.

Para uma estruturação de raciocínio temos assente um primeiro ponto - os processos de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento são da competência exclusiva das conservatórias de registo civil e as decisões dos conservadores produzem os efeitos que produziriam sentenças judiciais sobre a mesma matéria.

7. O Código Civil (CC) dedica todo o Capítulo III, do Título I, aos Direitos dos estrangeiros e conflitos de leis.

Nesta matéria importa reter desde logo o preceituado no art.º 14.º quando dispõe que os estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis.

Por seu lado o art.º 25.º, sob a epígrafe “Âmbito da lei pessoal”, estipula que o estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas e as relações de família são regulados pela lei pessoal dos respectivos sujeitos.²

Ainda dentro da Subsecção I definidora do âmbito e determinação da lei pessoal, estabelece o art.º 31.º que:

“A lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo”.

Na Subsecção V encontram-se expressamente reguladas as relações de família e dela importa analisar, designadamente, os seguintes comandos:

“Art.º 52.º

1. Salvo o disposto no artigo seguinte, as relações entre os cônjuges são reguladas pela lei nacional comum.

2. Não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade, é aplicável a lei da sua residência habitual comum e, na falta desta, a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas”.

“Art.º 55.º

1. À separação judicial de pessoas e bens e ao divórcio é aplicável o disposto no artigo 52.º.

2. Se, porém, na constância do matrimónio houver mudança da lei competente, só pode fundamentar a separação ou o divórcio algum facto relevante ao tempo da sua verificação.”

² “2. Na capacidade das pessoas cabe tanto a personalidade jurídica, ou capacidade de gozo de direitos, como a capacidade de exercício. A expressão *estado* dos indivíduos também compreende não só a condição jurídica das pessoas relacionada com a sua situação familiar (o *status familiae*), embora as relações de família sejam referidas autonomamente neste preceito e reguladas em pormenor noutras disposições, mas também a posição jurídica determinada por qualidades ou requisitos de carácter pessoal ou individual.”, in Código Civil Anotado, P. Lima e A. Varela, 1987, Vol I, pg.71.

Da interpretação destes preceitos resulta claro que as relações entre os cônjuges, designadamente o divórcio e a separação de pessoas e bens são reguladas pela lei nacional comum.

Assim, se ambos os cônjuges forem nacionais brasileiros, moçambicanos ou ucranianos há que observar sobre a matéria os diferentes pressupostos da respectiva lei nacional comum.

Na falta dessa lei comum recorre-se à primeira regra subsidiária indicada, ou seja à lei da residência habitual comum.³

A residência habitual não necessita de ser a residência permanente da pessoa⁴.

Neste sentido vem decidindo a jurisprudência em diferentes acórdãos.

Assim, entendeu-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, (TRP) de 13.02.1990, Proc. 0224636:

“I – A nossa lei integra no conceito de domicílio um elemento objectivo, o facto de residência e outro subjectivo, a intenção de ali permanecer. A expressão “habitual” refere-se à intenção de residir e não à residência após o decurso de certo tempo.

II – Se os Réus são emigrantes, trabalhando em França e ali residem, não se encontrando recenseados em Portugal e para aqui se deslocam em férias, residindo então em Guimarães, deve considerar-se que é em França que têm a sua residência habitual.

...”

Residência de um indivíduo é, pois, o lugar onde habita. O conceito pressupõe uma certa fixidez, uma certa demora, uma habitação estável e prolongada.

No mesmo sentido, o acórdão do TRP, de 29.05.1995, proferido no Proc. 9550426:

“I – O domicílio de uma pessoa, corresponde ao lugar da sua residência habitual, é a casa onde a pessoa vive com estabilidade e em que tem instalada e organizada a sua economia doméstica, com o exercício das actividades correspondentes às necessidades primárias da existência, o que pode corresponder a dois locais geograficamente distintos.

...”

³ “Se um cidadão espanhol, casado com uma inglesa, vive habitualmente em Lisboa com a mulher, é a lei portuguesa que define o estatuto das suas relações pessoais e patrimoniais. É na residência comum que, perante a diferente nacionalidade dos cônjuges, assenta a *lex familiae*.”-Código Civil Anotado já citado, pg .87.

⁴ Sobre a noção de residência habitual cf.art.º 82.º do CC e Proc. N.º CC 61/2000 DSJ-CT, in BRN n.º 2/05.

Importa ainda ter em atenção a conclusão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 21.06.1979, proferido no Proc. 068108.⁵

E ainda o acórdão do TRP no Proc. 9450743, de 17.11.1994:

“Tendo a autora de uma acção de divórcio uma residência em Portugal e outra no estrangeiro, compete ao tribunal da sua residência em Portugal o conhecimento de tal acção.”

Podemos, pois, assentar com segurança que não havendo uma lei nacional comum, se atende, como segundo elemento de conexão, à lei da residência habitual comum do casal, entendido este conceito como o lugar onde a família vive com intenção de aí permanecer, de aí estabelecer o centro de sua vida, ainda que não de forma permanente. Se também este elemento não existir deve aplicar-se a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estritamente conexas.

8. Aqui chegados, importa reter que para a lei substantiva portuguesa o divórcio é um direito do indivíduo e, como tal, regido pela respectiva lei pessoal, com as especificidades que acabámos de ver relativamente a cônjuges de nacionalidades diferentes, e com ou sem residência habitual comum.

Resulta assim desde logo respondida uma das questões colocadas, ou seja, nas conservatórias de registo civil nacional pode ser instaurado o processo de divórcio ou de separação por mútuo consentimento de dois estrangeiros, desde que previamente se verifique que esse divórcio é permitido pela lei aplicável ao mesmo.

Vamos agora analisar a outra vertente da questão exposta, qual seja a de valorar ou não o lugar da celebração do casamento relativamente à competência para a respectiva dissolução.

Quanto a esta matéria cremos que há que atentar no disposto no art.º 49.º, n.º 1, do CRC que estipula:

“Os documentos passados em país estrangeiro, em conformidade com a lei local, podem servir de base a actos de registo ou instruir processos independentemente de prévia legalização, desde que não haja dúvidas fundadas acerca da sua autenticidade”.

⁵ “ Em acção de divórcio, a estadia do autor numas terras portuguesas, considerada pela Relação como uma presença meramente accidental, não integra os elementos do conceito de residência, por não ser uma morada excepcional do autor que este tivesse adoptado com a consciência de que representava um dos centros da sua vida, pelo que é impossível justificar a competência dos tribunais portugueses com o fundamento de que o mesmo autor residia em Portugal quando propôs a acção.”

No mesmo sentido, o acórdão do STJ, de 13.07.1973, no Proc. 064701.⁶

Em consequência, para a instauração do processo de divórcio de dois estrangeiros em Portugal é irrelevante o país onde foi contraído o casamento cuja dissolução se visa, desde que esse casamento tenha sido aceite como válido na esfera jurídica pessoal dos cônjuges ou, pelo menos, na de um deles.

Assim, se se pretende instaurar um processo de divórcio entre um nacional italiano e uma nacional argelina contraído na China, importa assegurarmo-nos de que aquele casamento deu entrada nas respectivas esferas jurídicas pessoais dos nubentes. A certidão daquele casamento a apresentar deve, assim, ser proveniente do Estado italiano ou do argelino.

9. Vamos agora fazer a abordagem da questão no domínio da lei processual civil, lei supletiva do registo civil e como tal expressamente designada nos art.º s 231.º do CRC e 19.º do Dec.Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro.

O Código do Processo Civil define no art.º 75.º a competência territorial dos tribunais portugueses para a instauração do processo de divórcio e de separação de pessoas e bens, tomando como critério a residência habitual do autor.

Ora, relativamente ao mútuo consentimento, já atrás verificámos que o processo pode ser legalmente instaurado em qualquer conservatória.⁷

Mas o facto de poder ser requerido em qualquer conservatória portuguesa não significa que qualquer casal o possa instaurar.

Na verdade, há que ter em consideração o disposto no art.º 65.º do Código do Processo Civil, normativo que define os factores de atribuição da competência internacional dos tribunais portugueses, na falta de tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais.⁸

⁶ "...II – A validade extrínseca do casamento é regulada pela lei do Estado em que o acto tenha sido celebrado..."

⁷ Ver art.º 271.º do CRC.

⁸ "a) Ter o réu ou algum dos réus domicílio em território português, salvo tratando-se de acções ...

b) Dever a acção ser proposta em Portugal, segundo as regras de competência territorial estabelecidas na lei portuguesa.

c) Não poder o direito invocado tornar-se efectivo senão por meio de acção proposta em território português, ou não ser exigível ao autor a sua propositura no estrangeiro, desde que entre o objecto do litígio e a ordem jurídica nacional haja algum elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real."

Da análise deste artigo ressalta desde logo como condição de que depende essa competência internacional o facto do domicílio em território português.

A competência internacional dos tribunais portugueses para a decisão de acções que tenham algum elemento de conexão com outras ordens jurídicas, depende, pois, da verificação das circunstâncias enunciadas no art. 65.º referido, designadamente no seu n.º 1.

Assim, se os cônjuges que pretendem divorciar-se não tiverem a mesma nacionalidade, a lei aplicável é a do seu domicílio ou residência habitual e, na falta desta, como atrás já vimos a lei do Estado com o qual a família tenha maior conexão.

Como esclarece A. Varela⁹:

“Sempre que de acordo com as regras da competência territorial traçadas na ordem interna, a acção deva ser instaurada em Portugal, os tribunais portugueses terão competência (internacional) para julgar, não obstante os elementos de conexão que ela possua com ordens jurídicas estrangeiras.”

E estes princípios são válidos quer para portugueses quer para estrangeiros. Na verdade, os tribunais portugueses são internacionalmente incompetentes para uma acção de divórcio entre cônjuges que não têm domicílio nem residência em Portugal,¹⁰ excepção feita aos pressupostos previstos na alínea d) do mencionado art.º 65.^{º11}

Na mesma senda de raciocínio, a jurisprudência tem entendido que, sendo ambos os cônjuges portugueses, as relações entre eles reger-se-ão, em princípio, pela lei nacional comum. Mas, uma vez aceite a competência internacional de tribunal estrangeiro para decretar o divórcio, em função da residência habitual comum, não há lugar, em sede de revisão e confirmação da sentença, à apreciação dos fundamentos de facto da decisão.¹²

Com Luís de Lima Pinheiro¹³ diremos que um dos princípios específicos de Direito da Competência Internacional é o da proximidade relativamente às partes. As partes têm interesse na competência dos tribunais do Estado a que tenham fácil acesso, designadamente aquele onde residem, ou onde pelo menos uma das partes tem residência habitual. Outros dos princípios, continua o mesmo autor, são os da eficácia prática da

⁹Manual de Processo Civil, 2.ª edição, pág.200.

¹⁰ Neste sentido os acórdãos do STJ, de 27.07.1970, Proc.066380 e de 27.07.1976 – Boletim do Ministério da Justiça, 259.º-203.

¹¹ “Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes, nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea d), do Código do Processo Civil para uma acção de divórcio quando ambas as partes são cidadãos portugueses, embora nenhuma delas resida em território nacional, nem tenha ocorrido em Portugal o facto fundamento do divórcio” – Acórdão do TRP, de 13.12.1988 – Boletim do Ministério da Justiça. 390.º-470.

¹² Ver acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 12.05.1993, Proc. 0065561 e de 27.06.2002, Proc. 00102676 e do TRP, de 09.07.1991, Proc.0124048 e de 12.07.1993, Proc. 9240922.

¹³ In Direito Internacional Privado, Vol.III, pg.22 e seguintes.

decisão e “ o da distribuição harmoniosa da competência entre jurisdições estaduais. Esta distribuição harmoniosa deve atenuar o fórum shopping e a incerteza sobre o foro competente (...).”

Podemos, assim, concluir que hoje, tal como antes das alterações introduzidas no CRC pelo Dec.Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, determinante para que uma conservatória do registo civil possa conhecer da acção de separação ou de divórcio por mútuo consentimento, é que um dos requerentes, independentemente da sua nacionalidade e do local onde foi celebrado o casamento que se pretende dissolver, declare ter residência em Portugal.

10. Sendo certo que nos processos de divórcio de estrangeiros há por vezes filhos menores, importa referir que essa circunstância em nada altera o que ficou dito. Na verdade, definida a competência internacional da conservatória para um determinado processo de divórcio, todos os acordos a que dentro dele haja lugar seguem o processado legalmente estabelecido, sendo irrelevante a nacionalidade dos intervenientes.

Neste sentido, e citando mais uma vez a jurisprudência, agora em processos autónomos relativos a menores:

“Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para as acções de promoção e protecção de menores estrangeiros e aplicação das previstas medidas, se aqueles se encontrarem à data da instauração dos processos em Portugal e tendo os factos que conduziram à intervenção das autoridades ocorrido igualmente no nosso país”.¹⁴

“Os tribunais portugueses são internacionalmente incompetentes para decidir visitas a (ou de) menor residente habitualmente no Luxemburgo...”¹⁵

11. Por fim, é necessário não esquecer o teor do n.º 1 do art.º 65.º do Código do Processo Civil, já atrás mencionado, quando faz depender a competência internacional dos tribunais portugueses do que se achar estabelecido em tratados, convenções, regulamentos comunitários e leis especiais.

De facto, o direito convencional internacional, desde que ratificado ou aprovado, tem recepção automática no direito interno português e tem mesmo primazia sobre o mesmo.

Ora, no âmbito comunitário, e quanto à matéria em apreço, Portugal está vinculado ao Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, Regulamento que veio substituir o n.º 1347/2000, e entrou em vigor a 1 de Março de 2005. O Regulamento dispõe sobre a competência, reconhecimento e execução de decisões em

¹⁴ Acórdão do TRP, de 27.02.2007, Proc.0720409.

¹⁵ Acórdão do TRL, de 20.05.2004, Proc. 10809/2004-2

matéria matrimonial e de responsabilidade parental, e revogou o Regulamento anterior n.º 1347/2000.

Os critérios definidores da competência internacional de cada Estado acham-se enunciados no art.º 3.º do Regulamento e, são, no que à separação ou divórcio por mútuo consentimento respeita:

“1. São competentes para decidir das questões relativas ao divórcio, separação ou anulação do casamento, os tribunais do Estado-Membro:¹⁶

a) Em cujo território se situe:

-a residência habitual dos cônjuges, ou

-a última residência habitual dos cônjuges, na medida em que um deles ainda aí resida, ou

-...,ou

-em caso de pedido conjunto, a residência habitual de qualquer dos cônjuges, ou

- ...

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

Também a nível do Regulamento, como vimos, o critério que prevalece na definição da competência internacional, para além do da nacionalidade comum dos cônjuges, é o da proximidade às partes, ou seja, assenta na atribuição de competência ao Estado onde, pelo menos, uma das partes tenha residência habitual.

Acresce que cada um dos factores atributivos de competência aqui enunciados tem valor autónomo, pelo que basta a verificação de um deles para que os tribunais sejam competentes, ou seja, uma vez verificada qualquer das circunstâncias enumeradas nessas alíneas, tem-se desde logo como reconhecida a competência internacional dos tribunais portugueses¹⁷, das conservatórias no caso do divórcio por mútuo consentimento.

Do exposto retiramos, pois, as seguintes conclusões:

- Os processos de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento são da competência exclusiva das conservatórias de registo civil e as decisões dos conservadores produzem os efeitos que produziriam sentenças judiciais sobre a mesma matéria.

¹⁶ Esclarece o art.º 2.º do mesmo Regulamento, que por tribunal se entende todas as autoridades que nos Estados-Membros têm competência para decidir nas matérias pelo mesmo abrangidas.

¹⁷ Acórdão do STJ, de 25.11.2004, Proc.04B3758.

- As relações entre os cônjuges, designadamente o divórcio e a separação de pessoas e bens, são reguladas pela lei nacional comum. Assim, se ambos os cônjuges tiverem a mesma nacionalidade há que observar sobre a matéria os diferentes pressupostos da respectiva lei nacional comum.
- Na falta de lei nacional comum, como segundo elemento de conexão, atende-se à lei da residência habitual comum do casal e, na falta desta, à lei do país com o qual a família tem mais estreita conexão.
- Independentemente da nacionalidade dos cônjuges e do local onde foi celebrado o casamento, para que uma conservatória do registo civil possa conhecer da acção de separação ou de divórcio por mútuo consentimento, é necessário que aqueles, ou pelo menos um deles, tenha residência em Portugal, e assim o declare.

Este parecer foi homologado por despacho, do Exm^o Presidente, de 29 de Julho de 2008.